PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

BEM JURÍDICO PENAL AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: a construção da dogmática penal e a afirmação do objeto de tutela como compatibilização do direito penal ambiental com o Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte
2021

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

BEM JURÍDICO PENAL AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: a construção da dogmática penal e a afirmação do objeto de tutela como compatibilização do direito penal ambiental com o Estado Democrático de Direito

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Público – da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para conclusão do curso de doutorado.
Orientador: Prof. Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Área de Concentração: Direito Público (O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas).

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Oliveira, Alexandre Luiz Alves de
O48b Bem jurídico penal ambiental e o princípio da legalidade: a construção da dogmática penal e a afirmação do objeto de tutela como compatibilização do direito penal ambiental com o Estado Democrático de Direito / Alexandre Luiz Alves de Oliveira. Belo Horizonte, 2021.
306 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal ambiental - Legislação - Brasil. 2. Princípio da legalidade - Brasil. 3. Bem jurídico - Brasil. 4. Estado Democrático de Direito. 5. Legislação penal - Aspectos ambientais - Brasil. 6. Responsabilidade penal - Aspectos ambientais - Brasil. 7. Proteção ambiental - Brasil. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 351.777.6
Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

BEM JURÍDICO PENAL AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: a construção da dogmática penal e a afirmação do objeto de tutela como compatibilização do direito penal ambiental com o Estado Democrático de Direito

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Público – da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para conclusão do curso de doutorado.

Área de Concentração: O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão PUC/Minas (Orientador)

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen PUC/Minas

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira PUC/Minas

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara USP/SP

Profa. Dra. Andrea Walmsley Soares Cordeiro Faculdade Damas/PE

Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo (suplente) PUC/Minas

Prof. Dr. Lucas Alvarenga Gontijo (suplente) PUC/Minas

Belo Horizonte, 05 de abril de 2021

“A injustiça em um lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar.”

Martin Luther King.

AGRADECIMENTOS

“Venha a nós o vosso Reino, seja feita a vossa vontade!” Toda honra e toda glória seja dada ao Senhor que possibilitou a concretização de um sonho. Um etapa se finda para que outras possam vir sobre os auspícios do Criador e de seu filho Jesus Cristo.

Não tenho palavras suficientes para agradecer minha querida mãe, Leda Domingos Alves, pelo afeto e apoio incondicional. Tenho um imenso orgulho de ser seu filho e anseio trazer-lhe sempre alegrias.

Louvo, também, todos os meus familiares que incentivaram e compreenderam a importância deste projeto.

Aos amigos feitos dentro do programa, mas que serão levados para toda a vida: Flávia Penna, Fernanda Valle e Rafhael Ribeiro.

Agradeço a todos os docentes do Programa de Pós-Graduação da PUC/Minas, nomeadamente, aos Professores Doutores Guilherme Colen e Henrique Viana que, além de contribuírem para meu aperfeiçoamento intelectual, tão gentilmente se dispuseram a avaliar este trabalho. Não podem ser esquecidos todos os demais funcionários da PUC/Minas! Meu muito obrigado, principalmente, a “Cida”.

Ao meu orientador Prof. Dr. Cláudio Brandão meu agradecimento por todos os ensinamentos e “conversas fraternas”. Perco um orientador, mas tenho a certeza de que ganhei um grande amigo.

À CAPES e ao povo brasileiro, minha sincera gratidão.

Por último, ao meu falecido pai, Paulo Alves de Oliveira. Que falta faz você aqui!

RESUMO

De definição pouco precisa vive-se, hodiernamente, em um mundo em disparada. As análises das transformações científicas, tecnológicas e sociais escampam aos nossos dedos. A verificação das consequências destas modificações tão céleres estão sempre ultrapassadas. As promessas do Iluminismo, que em uma primeira análise prometeu uma libertação do homem, mostraram-se problemáticas. Apresenta-se o dilema entre este desenrolar e a sua necessária reflexão Tal qual como Ícaro, a ciência e a tecnologia voaram alto demais. A sociedade atual é a sociedade do risco, ou seja, a utilização irrefletida da ciência e da tecnologia é o epicentro do medo. Assim, a sociedade do risco é a sociedade da insegurança. Clama-se por proteção. Exige-se a proteção frente estes novos desafios e o Estado e, consequentemente, o Direito são convocados para a batalha. Dentre as questões que afligem o futuro da humanidade chama a atenção a negligência com o meio ambiente. Seja pelas sua exploração desmensurada seja pelos acidentes ambientais fato é que a Terra não suporta mais a malversação do meio. Desta constatação surge, em meados do século XX, o Direito Ambiental. Este novo ramo do Direito tem como escopo central a manutenção do equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações. Este paradigma irá se irradiar por todo ordenamento jurídico e, diante da importância deste bem, exigirá um tutela penal. Isto posto, o bem jurídico meio ambiente receberá a proteção do Direito Penal, no entanto, nota-se que, diante de suas peculiaridades, ocorrerá uma flexibilização dos princípios penais para possibilitar a sua tutela. Desta flexibilização destaca-se, neste trabalho, um choque em as tipificações dos crimes ambientais com o Princípio da Legalidade. Até onde é legítimo flexibilizar a taxatividade dos tipos penais para se proteger o meio ambiente? Como conciliar o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado com o Direito/Princípio da Legalidade. A resposta é pela ponderação e análise de cada tipo penal ambiental, ou seja, utilizando-se como moderador o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Sociedade do Risco. Construção da dogmática penal. Direito Penal Ambiental. Princípio da Legalidade e bem jurídico meio ambiente.

ABSTRACT

Of little definition one lives, today, in a world in a wave. The analyses of scientific, technological and social transformations are at our own end. The verification of the consequences of these rapid changes is always outdated. The promises of the Enlightenment, which in a first analysis promised a liberation of man, proved problematic. The dilemma between this unfolding and its necessary reflection is presented as icarus, science and technology have flown too high. Today's society is the society of risk, that is, the unthinking use of science and technology is the epicenter of fear. Thus, the society of risk is the society of insecurity. There's a cry for protection. Protection is required in the face of these new challenges and the State and, consequently, the law is called into battle. Among the issues that afflict the future of humanity draws attention to negligence with the environment. Whether by its unmeasured exploitation or by environmental accidents, the fact is that the Earth no longer supports the misdemeanor of the environment. Environmental law emerged from this finding in the mid-20th century. This new branch of law in as central scope the maintenance of environmental balance for present and future generations. This paradigm will radiate throughout the legal system and, given the importance of this good, will require criminal protection. This said, the environmental legal good will receive the protection of criminal law, however, it is noted that, given its peculiarities, there will be a flexibilization of criminal principles to enable its protection. This flexibility highlights, in this work, a shock in the typifications of environmental crimes with the Principle of Legality. How legitimate is it to make the taxing of criminal types more flexible to protect the environment? How to reconcile the fundamental right to a balanced environment with the right/principle of legality. The answer is for the weighting and analysis of each environmental criminal type, that is, using as moderator the principle of proportionality.

Keywords: Risk Society. Construction of criminal dogmatics. Environmental Criminal Law. Principle of Legality and environmental legal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....11

2 SOCIEDADE E DIREITO PENAL.....17
2.1 Considerações iniciais.....17
2.2 Apresentação do tema.....18
2.3 Contexto atual.....20
2.4 Sociedade e o controle social.....36
2.5 Estado e a violência do Direito Penal.....45

3 DIREITO PENAL E A BUSCA POR SUA LEGITIMIDADE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E METODOLÓGICA.....56
3.1 Considerações iniciais.....56
3.2 Breve histórico do Direito Penal (direito penal do terror) 59
3.3 O direito penal científico.....76
3.3.1 A Alemanha e o desenvolvimento do seu método dogmático.....77
3.3.2. Os inícios do método dogmático.....78
3.3.3 O Positivismo.....80
3.3.4 O Neokantismo.....84
3.3.5 O Finalismo.....85
3.3.6 A Escola de Kiel.....88
3.3.7 O Funcionalismo.....89

4 O BEM JURÍDICO-PENAL.....92
4.1 Considerações iniciais.....92
4.2 Conceituações de Bem Jurídico.....94
4.3 A trajetória da teoria do Bem Jurídico.....100

5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....123
5.1 Considerações Iniciais.....123
5.2 Princípios Penais.....125

5.3 Princípio da Legalidade.....138
5.3.1 Breve Escorço histórico do Princípio da Legalidade.....144
5.3.2 Determinações do Princípio da Legalidade.....149
5.3.2.1 *Exigência de lei prévia*.....152
5.3.2.2 *Exigência de lei escrita*.....155
5.3.2.*3 Vedação do emprego da analogia in malam partem*.....158
5.3.2.4 *Exigência de lei certa (taxatividade*).....160

6 OS RISCOS AO MEIO AMBIENTE E SUA PROTEÇÃO LEGAL.....168
6.1 Os riscos ao meio ambiente.....168
6.2 A tutela legal do meio ambiente.....181

7 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE E A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO LEGALIDADE.....207
7.1 A tutela penal do meio ambiente.....207
7.2 A Lei dos Crimes Ambientais e a (in)observância dos princípios penais.....224
7.3 A Lei dos Crimes Ambientais e o Princípio da Legalidade.....240
7.3.1 A Lei dos Crimes Ambientais o desrespeito ao Princípio da Legalidade.....240
7.3.1.1 *A Lei dos Crimes Ambientais e a violação da taxatividade pelos elementos normativos*.....243
7.3.1.2 *A Lei dos Crimes Ambientais e a violação da taxatividade pelas normas penais em branco heterogêneas*.....252
7.3.2 A necessidade de conciliação de Princípio da Legalidade com a Lei dos Crimes Ambientais.....260

8 CONCLUSÃO.....290

REFERÊNCIAS.....295

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo investigar o bem jurídico penal ambiental como o objeto da tipicidade material da lei dos crimes ambientais pátria e o Princípio da Legalidade.

As transformações sociais operadas pós Revolução Industrial modificaram enormemente a forma de interação do homem com o próprio homem e com o seu meio circundante. O advento do capitalismo e do industrialismo, ainda no século XVIII, trouxeram uma revolução no modo de ser social numa velocidade até então sem precedentes dentro da história da humanidade. As conquistas do desenvolvimento da técnica e da ciência refletiram-se em todas as áreas do acontecer humano. Deste fato, o eixo econômico migrou do setor primário e de um comércio simplicista para um sistema marcado pelo capital/trabalho e pela produção industrial. E, destes fatores, a mudança ou relação social entre as pessoas igualmente modificou-se. Se antes a sociedade era estruturada em estamentos ligados a terra ou a hereditariedade (nobreza, clero, plebe) a sociedade do início da Idade Moderna se dividia por classes (burguesia e proletariado). A estrutura de poder do antigo regime não mais refletia quem detinha o poder de fato (econômico). Desta feita, as revoluções setecentistas modificaram as relações de poder substituindo-se as monarquias absolutistas pelo Estado de Direito. Posteriormente, com a ascensão da burguesia, valores surgem que consubstanciaram os denominados direitos humanos de primeira dimensão. No contexto dos direitos humanos de primeira dimensão surgem as garantias penais fundamentadas na proteção da liberdade. O princípio da legalidade surge daí, como a base estrutural da dogmática que será forjada em oposição ao poder penal até então aplicado. Isso significa que a noção de bem jurídico será posterior ao princípio da legalidade e dele decorrente.

O direito à propriedade e à liberdade se tornam direitos natos e invioláveis e a igualdade de todos perante a lei ganha majestade. Contudo, observa-se que esta igualdade formal não se fez acompanhar de uma igualdade material. Já nos finais do século XIX percebe-se a necessidade de uma intervenção estatal frente a enorme desigualdade social provocada pela inércia do Estado Liberal. Direitos sociais, culturais e econômicos entram em pauta como uma necessidade de uma sociedade mais justa. Reclama-se, assim, por um Estado Social que possa atuar frente as carências materiais. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, novos desafios se apresentam a sociedade e, consequentemente ao Estado. Nasce a percepção do futuro comum das

nações e do homem. A bomba atômica, por paradoxal que seja, despertou a humanidade para as consequências globais das condutas humanas. Novas aspirações ganham ênfase como o direito à paz, à autodeterminação dos povos e, o que nos interessa diretamente, à necessidade da proteção ambiental. O conceito de bem jurídico formulado no século XIX não abarcou essa necessidade citada, nomeadamente a preservação do meio ambiente. Isto se deu porque os direitos humanos de primeira dimensão (liberdade, propriedade, como anteriormente citados, apenas para exemplificar) eram direitos atribuíveis à um sujeito determinado. O meio ambiente enquanto bem jurídico não pertence ao âmbito de pessoalidade, mas o transcende muito vez que é atribuível a sucessivas gerações presentes e futuras.

Neste panorama, o advento desta capacidade deletéria do homem a nível global, repercutiu numa nova necessidade até então desconhecida: a proteção do meio ambiente. No passado, as relações do homem com o meio ambiente não geravam maiores repercussões. Os danos porventura ocorridos tinham uma natureza que permitiam o seu controle. Eram problemas locais e de curto alcance temporal. Podiam ser quantificados (inclusive frutos de seguro), controlados e de explicações causais simples. O direito passado quando regulava as relações do homem com o seu meio tinha um escopo meramente econômico ou quanto muito sanitarista. O meio ambiente não era um bem digno de tutela, pois não havia no pretérito a potencialidade de destruição devassadora dos tempos atuais.

A partir da segunda metade do século XX, todavia, o ser humano percebe este perigo que se descortina no horizonte. Os recursos naturais se tornam cada dia mais escassos, a poluição oriunda do industrialismo assume grandes proporções e técnicas são criadas sem uma profunda reflexão sobre suas consequências. Exemplos se avultam como a crise do petróleo, o efeito estufa, o buraco na camada de ozônio, a manipulação genética, a energia nuclear, etc. O mundo torna-se mais perigoso. Não que antes não houvesse desastres ambientais, mas estes novos têm contornos que ganham em magnitude e são oriundos da própria atividade humana. Exige-se, diante disso, segurança e proteção diante desta nova situação como um imperativo de continuidade da vida na Terra.

Perante este novo valor a ser perseguido, exige-se do Estado a sua proteção. O meio ambiente passa a ser tutelado de forma autônoma assistindo-se, assim, o surgimento de um novo ramo do direito: o Direito Ambiental. Destaca-se, como marco do seu nascedouro, no âmbito internacional, a Convenção de Estocolmo de 1972 e, em se tratado de legislação pátria, a Lei

6.938/ 81 (Política Nacional do Meio Ambiente). O Direito Ambiental assume protagonismo na tutela ambiental e ganha contorno próprios dentro da legislação. Assim, princípios e normas ambientais vêm estabelecer a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado refletindo-se em todo ordenamento jurídico, inclusive, na seara penal.

Ao acompanhar a necessidade de tutela do meio ambiente o legislador constituinte elevou o meio ambiente a um direito fundamental material com sua previsão expressa no artigo 225 da Constituição da República de 1988. Todos teriam assegurado o direito ao meio ecologicamente equilibrado que seria um bem de uso comum do povo. Ademais, o mesmo dispositivo constitucional impõe ao Estado e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A Constituição Federal não deixou uma liberalidade ao poder público. A proteção ambiental é uma obrigação estatal e deve ser perseguida por todos os meios disponíveis, inclusive com o estabelecimento de incriminações (mandado expresso de criminalização estabelecido no art. 225, §3º, da CF/88). Desta maneira, a Constituição da República de 1988 determina que o legislador infraconstitucional tipifique as condutas que seriamente venham a lesar o meio ambiente.

Devido ao mandado de criminalização constitucional é publicada a Lei 9.605/98. A punição criminal ambiental por um perfil mosaico é concentrada num texto legal com o escopo de se construir um "código penal ambiental". Não se quer dizer com isso o surgimento de um outro ramo do direito, mas procurou-se trazer nesta lei especificidades que fogem do paradigma do direito penal comum.

Nota-se que a lei dos crimes ambientais apesar de trazer em seu bojo particularidades próprias (responsabilidade da pessoa jurídica, por exemplo) é uma lei penal. O seu objeto de tutela (meio ambiente) não autoriza a não observância das limitações ao direito de punir. O Direito Penal tem cânones que garantem o indivíduo frente a potestade do Estado independente do bem jurídico tutelado. Toda legislação penal, seja a lei de drogas, a ambiental, o estatuto do desarmamento, etc, devem obediência aos princípios penais. São garantias provenientes da promoção da dignidade da pessoa humana de obediência obrigatória.

Apesar do acima consignado, nota-se, entretanto, que da análise da lei dos crimes ambientais algumas determinações de princípios penais não são observadas. A proteção do meio ambiente é fundamental, mas é necessária uma compatibilização com os princípios reguladores do *jus puniendi*. É imperioso estabelecer normas que venham a tutelar o meio ambiente frente aos

riscos ambientais, mas esta tutela não pode ser a qualquer custo. A proteção do meio é uma necessidade, porém não sem observância de um Direito Penal democrático. Percebe-se, desta feita, uma imperiosa importância de se compatibilizar a proteção ambiental sem se negligenciar as conquistas de um direito penal humanizador.

Pelo exposto, percebe-se que o direito é um reflexo da sociedade que o regula. A sociedade de risco trouxe novos desafios que se chocam com paradigmas do passado. A peculiaridade do bem jurídico meio ambiente (bem difuso) irá provocar uma necessidade de reflexão para a adaptação deste objeto de tutela frente a princípios penais limitadores da intervenção penal provenientes de épocas passadas.

Isto posto, a Lei 9.605/98 violou o princípio da legalidade em diversos dispositivos. Observa-se em seu texto um excesso de normas de elementos de conteúdo normativo, norma penais em branco e uma falta de delimitação e determinação na formulação da matéria da proibição trazendo assim tipos penais demasiadamente abertos o que acaba por acarretar uma insegurança jurídica frente a ausência de taxatividade.

Destaca-se no presente trabalho a necessidade de o objeto da tipicidade material da lei dos crimes ambientais estar em consonância com o princípio da legalidade. Indaga-se se a substância da tipicidade nos crimes ambientais gera a possibilidade de determinação da matéria de proibição. A questão é como realizar a tutela deste novo bem jurídico marcado de peculiaridades sem deixar de prestar obediência a taxatividade. Exemplos se avultam na Lei 9.605/98 de elementos normativos presentes no tipo que tornam difícil a delimitação da conduta proibida. Depara-se, não raras vezes, com tipos penais abertos onde a conduta vedada não encontra precisão clara. Como conciliar, então, esta nova necessidade de tutela e suas particularidades com o Princípio da Legalidade? Até onde pode haver uma flexibilização das determinações da taxatividade? É o que se buscará expor neste texto que será apresentado em seis capítulos de desenvolvimento.

O primeiro capítulo realiza uma análise da sociedade atual. Importante para a compreensão do direito hodierno é perceber as características da sociedade que procura regular. Impensável era cogitar em um direito penal ambiental no passado. A sociedade da modernidade tardia irá refletir-se no direito. Conhecer os seus contornos auxilia a identificar as transformações por que passam tanto o Estado quanto o ordenamento jurídico. Somente em uma sociedade do risco tem-se um direito penal que procura elidi-lo.

O estudo tem com referências principais Anthony Giddens e Ulrich Beck. Relata-se as características principias da alta modernidade ou da sociedade do risco e das consequências que este no paradigma social provocou, ensejando, inclusive, uma tutela legal diante da insegurança frente aos novos perigos. Neste primeiro momento, também, é feita uma análise do Estado. Se o Estado é chamado a proteger o indivíduo frente aos novos riscos civilizatórios caracterizá-lo trará maior lucidez sobre como este se relaciona com o Direito Penal. Ademais, são feitas considerações sobre o controle social exercido pelo Direito Penal.

O capítulo segundo versa sobre o desenvolvimento histórico do Direito Penal e, como não são assuntos dissociados, a trajetória do método penal em busca de uma cientificidade. Conhecer a história do Direito Penal é conhecer o desenvolvimento do seu método. A história permite identificar os fundamentos dos institutos e, ademais, auxilia que novos erros não sejam cometidos (irracionalidade da escola de Kiel, por exemplo). Objetiva-se, com este tópico, perceber como o direito e a sociedade de seu tempo se dispunham. Conhecer a trajetória do direito penal e de seus institutos permite um cotejo com o tempo presente. As conquistas promovedoras da dignidade do ser humano são frutos de lutas que se desenrolaram em momentos históricos distintos. O Estado Democrático de Direito deriva-se da síntese da dimensão dos Direitos Humanos e o Direito Penal democrático também. Desta maneira, a análise de conciliação dos desafios da tutela penal do meio ambiente com um de Direito Penal democrático depende de uma compreensão da formação histórica dos institutos que lhe dão sustentação.

O capítulo terceiro dispõe sobre o bem jurídico. Resumidamente apresenta alguns enfoques de autores de destaque e, também, realiza uma análise de suas perspectivas. Assim, este capítulo permite perceber a importância do bem jurídico para a dogmática penal e auxiliará, juntamente com o próximo capítulo, a responder ao âmago da indagação acima exposta.

O capítulo quarto descreve o Princípio da Legalidade com suas repercussões que trazem uma limitação ao *jus puniendi* estatal. Ganha destaque nesta parte a importância da taxatividade para a determinação da matéria de proibição. É uma garantia penal que encontra dificuldade de conciliação com as descrições típicas penais ambientais.

O quinto capítulo retrata os problemas ambientas vivenciados e sua regulação pelo Direito. São mencionados nestes tópicos as principais questões ambientais do pretérito e do presente e a formação e consolidação do direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, a construção e afirmação do Direito Ambiental.

O sexto e último capítulo versa sobre o Direito Penal Ambiental pátrio. Seu escopo central é observar alguns tipos penais trazidos pela Lei 9.605/98 que não apresentam a taxatividade. Neste ponto objetiva-se observar a falta de técnica do legislador frente a tipificação de condutas que lesem o bem jurídico meio ambiente e uma necessidade de compatibilização com as determinações do Princípio da Legalidade se é que isso seja possível.

Por fim saliente-se que a metodologia utilizada na construção deste trabalho é dedutiva-bibliográfica. Consultados foram livros de autores nacionais e estrangeiros, sendo digno de nota os ensinamentos promovidos igualmente nas aulas deste presente curso de pós-graduação.

2. SOCIEDADE E O DIREITO PENAL

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que tem como missão possibilitar a convivência social mediante a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Como qualquer outro ramo do direito sofre as influências oriundas da sociedade que procura regular. As normas jurídicas vinculam-se ao contexto social e ao momento histórico vivenciado. Assim, conhecer os contornos da sociedade presente possibilita compreender o Estado que a regula por intermédio do direito. Um Direito Penal Ambiental é decorrente da sociedade de risco. Conhecer os traços característicos da sociedade pós-industrial possibilita uma compreensão mais clara destes novos bens jurídicos. Saliente-se que estes novos bens jurídicos reclamam proteção e disciplina em sua utilização. Assim é feito neste tópico, também, uma observação das formas de controle social e de Estado. Sendo o Estado um dos garantidores principias do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conhecer seus fundamentos permite conhecer como se relaciona com seus cidadãos e como promove a proteção dos interesses sociais.

2.1 Considerações Iniciais

A caracterização da sociedade atual é importante para a compreensão da sua regulação pelo Direito ainda mais quando envolve o Direito Penal. Constata-se que se vive em um momento de transição. Estes contornos imprecisos do tempo presente dificultam a análise do estudioso, uma vez que ainda se experimentam os acontecimentos. Diante de tal fato, vários pensadores procuram denominar o período hodierno. Anthony Giddens (1991) fala em consequências da modernidade. Zygmunt Bauman (2010) denomina nosso instante de modernidade líquida. Boaventura de Sousa Santos (1999) relata que se verifica um capitalismo desorganizado.

Saliente-se que para o presente texto os traços identificadores da sociedade atual serão feitos tendo referência alguns sociólogos contemporâneos. De Ulrich Beck[1] apontamentos de duas de suas principais obras, a saber: “A Sociedade do risco” e “A metamorfose do mundo”.

[1] A opção por primazia por Ulrich Beck não significa a ausência de consulta às contribuições de outros autores igualmente importantes dentro do pensamento contemporâneo. A escolha se dá mais por uma questão de familiaridade do que por qualquer outro motivo. Anthony Giddens, Zygmunt Bauman, Boaventura de Souza Santos dentre outros são utilizados como leituras complementares, mas poderiam ser referência principal para o presente tópico, pois possuem o mesmo brilhantismo de Ulrich Beck.

“Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade” é leitura obrigatória para todos aqueles que procuram entender as particularidades da atualidade. Permite uma percepção da sociedade do século passado e da sociedade do alvorecer deste. Apesar da importância desta obra verifica-se que foi escrita há mais trinta anos (1986). Diante disso é salutar verificar os desdobramentos das constatações do autor durante este período. Desta maneira, é de valia ver os desdobramentos feitos pelo o autor em “A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade”[2] (2016, primeira edição inglesa) que permite melhor conhecimento do pensamento do autor seja confirmando ou retificando as constatações da obra pretérita. De Anthony Giddens duas obras, “As Consequências da Modernidade” e “Modernidade e Identidade”, trazem também importantes reflexões sobre este período de transição contemporâneo. Para o pensador britânico vive-se hoje os desdobramentos da modernidade. É um período de ansiedade diante do novo e da rapidez das inovações que não permite a assimilação crítica das suas consequências. Enfim, este capítulo do trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema e quiçá aprofundar os dilemas apresentados. É mais um convite à reflexão e à introdução sociológica já que estes fatos acabaram reverberando no direito e, no caso deste trabalho, no Direito Penal ambiental.

Assim, após traçar algumas características da sociedade hodierna dar-se-á a análise dos reflexos desta no Direito. A caracterização da sociedade presente auxilia entender as relações sociais que serão disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

2.2 Apresentação do tema

Francisco Muñoz Conde (1985, p. 13) relata que a tarefa do Direito Penal[3] é a produção, a solução e a decisão dos acontecimentos que apresentam repercussões jurídico-penais. Estas

[2] Nota-se que se trata de texto mais recente de Ulrich Beck, uma vez que o autor faleceu em 2015.

[3] Dentro deste texto se dará primazia a esta nomeclatura em vez de direito criminal. Parece-nos mais atual e mais corrente. Tal circunstância já foi inclusive fruto de obsevação de Edmund Mezger em meados do século passado: Derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. La expresión "derecho penal" a la que corresponde la antigua designación 'ius poenale' o, en alemán, 'peinliches Recht', es de origen más reciente para nosotros; según se há omprobado, se ha empleado por primera vez aproximadamente a mediados del siglo XVIII, y ha comenzado a regir a principios del siglo XIX. Todavía en la actualidad es la expresión corriente, si se hace referencia al contenido de la consecuencia jurídica. El término empleado antes: "derecho criminal ('ius crimínale')" —que tiene como punto de arranque la vinculación de la consecuencia jurídica a las circunstancias de un suceso, crimen o delito— ha perdido actualidad (MEZGER, 1955, p.27).

repercussões jurídico-penais apresentam uma característica emblemática: a violência. Direito Penal é violência. "É subjacente à ideia de Direito Penal a ideia de violência. Registre-se, inicialmente, que o próprio senso comum já associa a ação criminosa à ideia de violência (...)" (BRANDÃO, 2010, p. 08).

Como salienta Enrique Bacigalupo, na busca da consecução das finalidades do Direito Penal, determinadas condutas são consideradas inaceitáveis pelo sistema social e, no caso de sua realização, prescritas são as mais rigorosas consequências conhecidas (penas). Para as condutas mais intoleráveis, as sanções mais severas e drásticas. (BACIGALUPO, 1996, p.01).

O Direito Penal, desta forma, procura evitar condutas violentas como o latrocínio, o sequestro, o estupro, no entanto, para atender estes objetivos utiliza-se, também, de violência[4]. Desta forma, a pena de prisão, a pena de morte, etc. não deixam de ser atos violentos, uma vez que, também, lesionam bens jurídicos (liberdade/vida). Aliás, como bem salienta Muñoz Conde, a violência é praticada por todos, tanto pelos indivíduos quanto pelo Estado, por ricos e pobres, homens ou mulheres governando, em maior ou menor grau, as relações humanas. (MUÑOZ CONDE, 1985, p.16).

> Mas a presença da violência no nosso ramo do Direito vai muito além do crime. A pena, que é consequência do crime, também, é uma manifestação de violência. No ordenamento jurídico brasileiro, existem as penas de morte (somente nos crimes militares próprios em tempo de guerra), de privação de liberdade, de restrição de direitos e de multa. O fato é que quaisquer dessas penas atingem bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. (BRANDÃO, 2010, p. 09).

Observa-se, contudo, que apesar das relações humanas poderem ser marcadas pela violência, esta não é sempre valorada da mesma maneira. Existem violências aceitas pela sociedade e outras não. Algumas são justificadas, outras são repreensíveis. O ato é valorado de conformidade com a situação histórico-espacial. A conduta, repita-se, é compreendida e mensurada dependendo de uma referência espaço-temporal. A violência e sua significação dependerão sempre de uma contextualização e de uma avaliação:

> Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman, pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles. La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o defendida. No hay, pues, un concepto de violencia

[4]"La pena, especialmente en sus manifestaciones más drásticas, que tienen por objeto la esfera de la libertad personal y de la incolumidad física de los individuos, es violencia institucional, esto es, limitación de derechos y represión de necesidades reales fundamentales de los individuos, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder legítimo o del poder de facto en una sociedade" (BARATTA, 2004, p. 301).

> estático ahistórico, que puede darse al margen del contexto social en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la bondad o maldad de un determinado tipo de violencia. (MUÑOZ CONDE, 1985, p.16 e 17).

Apesar de o Direito Penal ser violência, salienta Muñoz Conde, ele se diferencia das demais instituições do sistema de controle social. O Direito Penal é um controle normativo prévio ao fato e esta formalização procura dar racionalidade a sua aplicação afastando-o da subjetividade e da imprevisibilidade. (1985, p. 18). Ademais, a violência do Direito Penal necessita ser legitimada. A aplicação da pena, ou mesmo a sua ameaça, só se justifica para a proteção de bens jurídicos fundamentais. Assim, somente se concebe um Direito Penal em um Estado Democrático de Direito quando este observa certos limites[5], principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Antes, porém de uma análise mais pormenorizada do Direito Penal e seus institutos, salutar é traçar algumas características da sociedade atual que ele procura regulamentar. A caracterização da sociedade presente auxilia entender as relações sociais que serão disciplinadas por este ramo do direito e os bens jurídicos que ele tem por escopo proteger. Ademais, como o Direito Penal participa ativamente dentro do controle social dos cidadãos, relevante também é fazer algumas considerações sobre este instituto com o intuito de introduzir o leitor na temática.

2.3 Contexto Atual

A divisão tradicional dos períodos históricos[6] informa que a partir de 1789, tendo como marco a Revolução Francesa, inicia-se a Idade Contemporânea. De maneira habitual, entretanto, utiliza-se, de forma imprecisa, o vocábulo moderno(a) para denominar o tempo presente ou o pretérito recente. Este emprego demonstra o caráter talismã assumido pelo termo. Se é certo que os avanços científicos e tecnológicos daquele momento (Renascimento e Iluminismo) deixaram marcas indeléveis, diferenças sociais significativas existem no momento atual que possibilitam afirmar que, se não se vive uma nova era, vive-se, pelo menos, um período de transformação.

[5] Estas questões de um Direito Penal dentro de um Estado Democrático de Direito serão melhor explanadas em tópico próprio deste texto.

[6] A história da humanidade, geralmente, é dividida em quatro grandes estágios: A idade Antiga compreende o período da invenção da escrita (4000 a.c.) até a queda do Império Romano (476 d.C.); a Idade Média corresponde ao intervalo que vai da queda do Império Romano do Ocidente até a tomada de Constantinopla pelos turcos (1453 D.C.); a Idade Moderna surge deste instante e termina com a Revolução Francesa (1789 d.C.) e a Idade Contemporânea conta-se a partir deste momento até os dias atuais.

São, parafraseando uma das grandes obras de Anthony Giddens, as consequências da modernidade.

Anthony Giddens denomina, em seu livro Modernidade e Identidade, o momento presente de alta modernidade[7]. Constata-se, contudo, que antes de observar as características do momento atual necessário é compreender o que significa para o autor o termo "modernidade". Entender este período histórico possibilita uma melhor compreensão dos seus desdobramentos, uma vez que se vivencia um período de transição.

Para Giddens a modernidade corresponde às instituições e os padrões de comportamento fixados, inicialmente, na Europa logo após o feudalismo e que no século XX tornaram-se globais (ou quase). Destaca, inicialmente, como características daquela época, o industrialismo, ou seja, a utilização do maquinário no processo de produção e o capitalismo como sistema de produção marcado por mercados competitivos/venda da força de trabalho. A modernidade apresentaria, ainda, outra forma social distinta que iria caracterizá-la: estado-nação[8]. (GIDDENS, 2002, p.21).

Boaventura de Sousa Santos (1999) relata que o paradigma cultural da modernidade surge até mesmo antes do modo de produção capitalista se tornar dominante. Salienta o pensador português que o marco específico do capitalismo é a relação capital e trabalho que surgem no século XVIII. Desta maneira, o paradigma da modernidade é prévio ao capitalismo ganhando novos desdobramentos após o seu surgimento.

> O projeto sociocultural da modernidade constituiu-se entre o século XVI e finais do século XVIII. Só a partir daí se inicia verdadeiramente o teste do seu cumprimento histórico e esse momento coincide com a emergência do capitalismo enquanto modo de produção dominante nos países da Europa que integram a primeira grande onda de industrialização. Se concebermos o capitalismo como sistema de trocas monetárias generalizadas, como faz, por exemplo, I. Wallrstein, a data da emergência do capitalismo terá de recuar alguns séculos, até ao século XVI pelo menos (...). Não nos parece, porém que tal concepção seja adequada para os nossos propósitos analíticos, pois a especificidade histórica do capitalismo reside nas relações de produção que instaura entre capital e o trabalho e são elas que determinam a emergência e a generalização de um sistema de trocas caracterizadamente capitalista. Isso só ocorre a partir de finais do século XVIII ou mesmo meados do século XIX e, portanto, depois de estar constituído, enquanto projeto sociocultural, o paradigma da modernidade. (SANTOS, 1999, p.78 e 79).

[7] Várias denominações são utilizadas ao retratar o estágio atual da humanidade: pós-modernidade, pós-modernismo, sociedade pós-industrial, sociedade da informação, sociedade de risco, etc.

[8] "Como entidade sociopolítica, o estado-nação contrasta de modo fundamental com a maioria dos tipos de ordem tradicional. Desenvolve-se apenas como parte de um sistema mais amplo de estados-nações (que hoje se tornou de caráter global), tem formas muito específicas de territorialidade e capacidade de vigilância, e monopoliza o controle efetivo sobre os meios de violência". (GIDDENS, 2002, p.21).

Giddens relata que a modernidade representou um rompimento com seu pretérito. O dinamismo da modernidade é uma ruptura com os períodos pré-modernos tanto em amplitude como em profundidade. “O mundo moderno é um mundo em disparada” (GIDDENS, 2002, p.22). Este fenômeno derivou-se de três conjuntos de elementos, a saber: a separação de espaço e tempo; o desencaixe das instituições sociais e a reflexividade institucional.

> Para começar, a modernidade não pode respeitar sequer o seu próprio passado para não falar do de qualquer ordem social pré-moderna. A transitoriedade das coisas dificulta a preservação de todo sentido de continuidade histórica. Se há algum sentido na história, há que o descobrir e defini-lo a partir de dentro do turbilhão de mudança, um turbilhão que afeta tanto os termos da discussão como o que está sendo discutido. A modernidade, por conseguinte, não apenas envolve uma implacável ruptura com todas e quaisquer condições históricas precedentes como é caracterizada por um interminável processo de rupturas e fragmentações internas inerentes. (HARVEY, 2012, p.22).

Para Anthony Giddens a separação de espaço e tempo é uma resultante de uma independência do espaço e tempo com referências as particularidades do lugar. As culturas pré-modernas, também, lidavam com as questões do tempo e do espaço, vinculando a maioria das atividades a um lugar específico. Com a modernidade houve uma universalização do tempo advindas do incremento do relógio mecânico e da padronização dos horários no planeta. É um mundo com um sistema universal de tempo e zonas de tempo globalizadas. O desenvolvimento de atividades cotidianas nesta dimensão “vazia” (desvinculado do lugar) não foi experimentado na pré-modernidade. As atividades pré-modernas vinculavam-se a um tempo local enquanto na modernidade as atividades, não raras vezes, vinculam-se ao tempo universal padronizado. (GIDDENS, 2002, p.23).

O segundo elemento apresentado como elemento do dinamismo moderno é o desencaixe[9] das instituições sociais. Com a modernidade as relações sociais não mais necessariamente vinculam-se a contextos locais. O exercício de uma atividade não é mais uma derivação necessária de uma carência atual permitindo uma maior especialização. Desvincula-se no espaço e tempo por intermédio do dinheiro[10]. “O dinheiro põe entre parênteses o tempo (porque é um meio de crédito) e o espaço (pois o valor padronizado permite transações entre uma

[9] “Quero distinguir dois tipos de mecanismos de desencaixe intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento das instituições modernas. O primeiro deles denomino fichas simbólicas; o segundo chamo de estabelecimento de sistemas de peritos. Por fichas simbólicas quero significar meios de intercâmbio que podem ser “circulados” sem ter em vista as características dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular. (...) Por sistema de peritos quero referir a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em vivemos hoje”. (GIDDENS, 1991, p.30 e 35).

[10] O dinheiro e a moeda existem em períodos pré-modernos, todavia, na maioria das vezes, era de validade apenas local e não atingiu o mesmo nível de intercâmbio da modernidade.

infinidade de indivíduos que nunca se encontraram fisicamente)" (GIDDENS, 2002, p. 24). Esta abstração ou, nos termos de Giddens, descolamento das relações sociais se baseará na confiança[11] onde as relações pessoais entre quem pratica a atividade e o cliente perdem em importância em comparação com períodos anteriores.

Por fim, o terceiro elemento do dinamismo da modernidade apresentado pelo autor é a reflexividade. A reflexividade no contexto da modernidade não é uma simples reavaliação da ação. É percepção da inexistência da certeza do conhecimento científico. Embora a filosofia moderna (Iluminismo) acreditasse que a ciência poderia trazer o conhecimento verdadeiro constata-se a precariedade do saber pelo princípio metodológico da dúvida. "Nenhum conhecimento sob as condições da modernidade é conhecimento no sentido "antigo", em que "conhecer" é estar certo" (GIDDENS, 1991, p. 46). O melhor exemplo da "fragilidade" do saber é o princípio da relatividade que ruiu a física clássica. Desta maneira, a modernidade, em seu início, alardeava a validade universal do conhecimento científico para, em seu período final ou de maturidade, perceber ser este axioma uma inverdade.

> A antes semideusa (qual titã retirado do espólio mitológico grego) ciência absoluta, rainha dos milagres, mostrou-se, afinal, imperfeita e, qual misto de Ícaro deslumbrado padecente de síndrome de Narciso, deixou queimarem-se as asas que transportavam, ao som de cânticos celestiais, às moradas do Absoluto e tem vindo em chamas, a cair. E com ela caem os anseios de domínio daqueles que agora vêm obrigados a refletir na constatação de afinal parecer ser real a simetria entre a altitude do voo e a da queda... (FERNANDES, 2001, p.43).

Para Anthony Giddens, este dinamismo da modernidade acaba por culminar numa propensão a globalização. As relações sociais, basicamente locais outrora, passaram gradualmente a ser regionais e, posteriormente, mundiais[12]. "Devemos captar a difusão global da modernidade em termos de uma relação continuada entre o distanciamento e a mutabilidade crônica das circunstâncias e compromissos locais". (GIDDENS, 2002, p. 27). Desta forma, percebe-se que, com esta situação de desencaixe, o que antes apresentava interesse e consequência local ganha repercussão ampla ao atingir pessoas e ambientes que a princípio não se vinculariam aos fatos realizados:

---

[11] A confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). (GIDDENS, 1991, p.41)

[12] "Mesmo admitindo que existe uma economia-mundo desde o século XVI, é inegável que os processos de globalização se intensificaram enormemente nas últimas décadas. Isto é reconhecido mesmo por aqueles que pensam que a economia internacional não é uma economia global, em virtude da continuada importância dos mecanismos nacionais de gestão macroeconômica e da formação de blocos comerciais". (SANTOS, 1999, p. 249).

> A globalização significa que, em relação às consequências de pelo menos alguns dos mecanismos de desencaixe, ninguém pode "eximir-se" das transformações provocadas pela modernidade: é assim, por exemplo, em relação aos riscos globais de uma guerra nuclear ou de uma catástrofe ecológica. Muitos outros aspectos das instituições modernas, inclusive os que operam em menor escala, afetam as pessoas que vivem em ambientes mais tradicionais, fora das partes mais "desenvolvidas" do mundo. Nestes setores desenvolvidos, contudo, a conexão entre o local e global está ligada a um intenso conjunto de transformações na natureza da vida cotidiana. (GIDDENS, 2002, p. 27).

A situação de desencaixe, a especialização cada vez mais crescente e a globalização dependerão da confiança. Cada dia "sabe-se mais de menos" e a necessidade de confiar no outro (pessoas e instituições) passa a ser um imperativo. Esta fragilidade, como salienta o pensador britânico, não se limita somente aos leigos, pois cada indivíduo é um especialista de um microcosmo. Impossível o conhecimento e o exercício das mais variadas atividades presentes na modernidade. O avanço científico e tecnológico torna os indivíduos dependentes e "crentes" em atividades que fogem ao seu controle. A confiança, não raras vezes, passa a ser mais uma aceitação de uma situação fática diante do inevitável.

> Por exemplo, uma pessoa pode chegar a extremos para evitar ingerir alimentos que contêm aditivos, mas se ela não cultivar tudo o que come, deverá necessariamente confiar que os fornecedores de "alimentos naturais" oferecem produtos superiores. Alguém pode se voltar para a medicina holística depois de uma decepção com a ortodoxia médica, mas é claro que isso não passa de uma transferência de fé. Alguém que sofre uma doença pode desconfiar das afirmações de todas as formas de cura a ponto de evitar qualquer contato médicos independente do progresso da doença. Mas mesmo uma pessoa que tenha efetivamente optado por uma separação radical com essa acharia virtualmente impossível escapar de todo do impacto dos sistemas de medicina e pesquisa médica, dado que eles influenciam muitos aspectos do "ambiente do conhecimento", assim como elementos concretos da vida social cotidiana. (GIDDENS, 2002, p.28).

A alta modernidade, assim, seria o desdobramento dos efeitos da modernidade. É a constatação que a ciência e a tecnologia apresentam duas facetas. O fato de abrirem perspectivas novas não é corolário de somente consequências benéficas. A promessa do projeto do Iluminismo[13] de um ordenamento racional da sociedade e do mundo não se constatou. A razão providencial[14], nos termos de Giddens, é uma quimera. A ideia de destino vinculada a uma

[13] "O domínio científico da natureza prometia liberdade da escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais. O desenvolvimento de formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento prometia a libertação do mito, da religião, da superstição, liberação do uso arbitrário do poder, bem como do lado sombrio da nossa própria natureza humana. Somente por meio de tal projeto poderiam as qualidades universais, eternas e imutáveis de toda a humanidade ser reveladas". (HARVEY, 2010, p.23).

[14] "Não é de forma alguma surpreendente que a defesa da razão desagrilhoada apenas remodele as ideias do providencial, ao invés de removê-las. Um tipo de certeza (lei divina) foi substituído por outro (a certeza de nossos sentidos, da observação empírica), e a providência divina foi substituída pelo progresso providencial". (GIDDENS, 1991, p. 54).

predeterminação dos acontecimentos pela ciência não se mostrou factível. Vivencia-se o risco e a insegurança frente às novas possibilidades. A alta modernidade é a sociedade de risco[15].

> No sentido de uma teoria sociocultural, a sociedade de risco é, assim, conceituada na linha de Ulrich Beck como o estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, levando à necessidade de redefinição dos padrões de controle formal e de responsabilidade, haja vista que tais ameaças não apenas escapam à percepção sensorial, como também não podem ser determinadas pela ciência. (BECHARA, 2014, p.209)

A expressão "Sociedade de Risco" é a denominação dada por Ulrich Beck para a sociedade da alta modernidade. Em seu livro "Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade" o pensador alemão relata as características da sociedade do final do século XX fruto da modernização[16]. Apesar de mais de 30 anos da publicação de sua obra (a primeira edição é de 1986), ela fornece um retrato da modernidade e das suas consequências. Possibilita, assim, um melhor entendimento do contexto atual. Suas observações permitem compreender o tempo presente diante dos desdobramentos da modernidade, principalmente, as consequências do último século. Por isso, a sociedade de riscos é a sociedade oriunda do "final" da modernidade, ou seja, como Beck mesmo a denomina, a sociedade da modernidade tardia.

> Aunque puede hablarse de una cierta diversidad en la delimitación teórica de la sociedad del riesgo que permite referirse a distintos modelos, en parte complementarios entre sí, según la caracterización que el acuñador del término (sociedad del riesgo) propone, en las sociedades postindustriales desarrolladas las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de «nuevos» riesgos de tal magnitud —especialmente de origen tecnológico—, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad del riesgo. (MENDOZA BUERGO, 2001, p.24 e 25).

Silva Sánchez (2001) sobre a caracterização da sociedade contemporânea como "sociedade de risco" feita por Ulrich Beck traz a seguinte reflexão:

---

[15] Para Anthony Giddens risco e perigo não são expressões sinônimas: "Perigo e risco estão intimamente relacionados, mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. (GIDDENS, 1991, p.42).

[16] Modernização para Ulrich Beck é: "Modernização significa o salto tecnológico de racionalização e transformação do trabalho e da organização, englobando para além disso muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção sócio-científica da modernização indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e configura toda trama social, no qual se alteram em última instância, as fontes de certeza das quais se nutre a vida." (BECK, 2011, p. 23).

> Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich BECK, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como (sociedad del riesgo) o (sociedad de riesgos) *(Risikogesellschaft).* En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas.
> De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenômeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan em el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiários de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p.26 e 27).

A primeira reflexão apresentada por Ulrich Beck (2011, p.23) é que existe uma relação sistemática entre a produção social de riqueza e a produção social de riscos. A sociedade do período anterior tinha como principal adversidade a questão da distribuição da riqueza. A esta sociedade, chamada por ele de sociedade da escassez, soma-se uma nova problematicidade no final da modernidade: o risco advindo do processo do desenvolvimento científico-tecnológico. Se em um passado não muito distante a questão versava sobre a utilização dos recursos e a distribuição de renda para atender as carências dos indivíduos, na modernidade tardia incrementa-se o risco como um novo desafio social. A modernização, que era solução, transforma-se em um novo problema/desafio.

> Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do "manejo" político e científico– administrativo, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas de desenvolvimento técnico-econômico. (BECK, 2011, p. 24).

Observa-se, assim, que as fontes de produção de riquezas estão contaminadas. Ulrich Beck relata que tal fato não é uma novidade, todavia a inovação se verifica pelo super desenvolvimento das forças produtivas. No processo de superação da miséria forças destrutivas, também, foram desencadeadas fugindo do "controle". Desta maneira, duas questões se apresentam: a necessidade de produção de riqueza e sua distribuição (principalmente nos países do terceiro mundo) e os riscos produzidos pelo desenvolvimento do processo de modernização. São riscos produzidos pela própria humanidade no escopo de superação das "necessidades"

materiais. Saliente-se que aos riscos naturais, amenizados pela ciência e tecnologia, agregaram-se, ao meio social, novos e grandes riscos frutos da atividade humana.

> El primero sería el *cambio* en el *potencial* de los peligros actuales en relación con los de otras épocas: a partir de los rasgos distintivos apuntados por BECK, se destaca qué la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son *(artificiales)*, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éstes. Tales riesgos, además, no sólo son de una magnitud creciente frente a los peligros naturales, sino que son de grandes dimensiones,es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal, ya que al tratarse de «grandes riesgos tecnológicos» (...) (MENDOZA BUERGO, 2001, p.25 e 26).

Assim, saliente-se, também, que os riscos não são propriamente uma singularidade da modernidade tardia "Os riscos do desenvolvimento industrial são certamente tão antigos quanto eles mesmos." (BECK, 2011, p. 26). Ulrich Beck, todavia, apresenta algumas características dos riscos da modernidade tardia que os diferem dos demais riscos existentes no passado dando-lhes um traço distintivo e assustador.

> A produção, as fontes de energia, o consumo de produtos não envolvia tecnologias complexas e não interferiam na construção das expectativas da vida em comum. Os riscos do passado caracterizavam-se pela pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição ou previsão. Logo, não é a existência do risco que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão deste risco. (BOTTINI, 2007, p.33).[17]

Primeiramente os riscos da pós-modernidade são frutos do desenvolvimento das forças produtivas. Derivam, assim, do desenvolvimento científico-tecnológico[18]. Ulrich Beck (2011, p.27) relata que, não raramente, são invisíveis, globais[19], irreversíveis e abertos a processos sociais de definição (baseiam-se em interpretações causais). "Refiro-me, em primeira linha, à

[17] No mesmo sentido se expressa Paulo Silva Fernandes: "Os novos avanços tecnológicos, sem par na humanidade ocasionaram, como já referimos, novos riscos provenientes dessa *ratio* técnico-científica calculadora, riscos esses que- provenientes de decisões tomadas por nossos "concidadãos" -, e dada a sua gravidade, assumem-se como capazes de colocar em xeque toda a possibilidade de vida em nosso planeta". (FERNANDES, 2001, p.55).

[18] "Com efeito, em consequência do desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico, realiza-se na atualidade uma pluralidade de atividades aptas a originar múltiplos novos riscos. Tais riscos são geralmente tidos como consequências ou efeitos secundários não desejados, em relação aos quais em princípio, não se pode afirmar que sejam naturais, na medida em que são decorrentes de decisões e atividades relativas à tecnologia humana. Caracteriza-se, se assim, a sociedade de risco, diferenciando-se da sociedade de épocas anteriores pela existência de riscos artificiais, aptos a atingir grandes dimensões e alcançar um número indeterminado de pessoas". (BECHARA, 2014, p.210)

[19] "Houve um incremento no risco - afirmaria Beck -, a sociedade moderna e seus avanços tecnológicos elevaram o perigo para níveis nunca dantes imaginados. O mundo e a raça humana encontram-se ameaçados de extinção, por guerras, desastres nucleares, problemas ecológicos... A economia, parece-nos claro, também entraria nessa "nova semântica" que surge rompendo com a anterior, até mesmo porque os riscos advindos da economia também são globais, impessoais e imprevisíveis." (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 53).

radioatividade, que escapa completamente à percepção humana imediata, mas também às toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos (...)" (BECK, 2011, p.27).

> A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre o surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. (BOTTINI, 2007, p. 33 e 34).

Os riscos da alta modernidade apresentam, também, com característica as situações sociais de ameaça. Os riscos do tempo presente da mesma forma que as carências materiais do pretérito repercutem mais nas classes menos abastadas do que nas classes privilegiadas[20] e a mesma lógica se verifica no tocante aos países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Observa-se, contudo, uma peculiaridade nos riscos da tardia modernidade: o efeito bumerangue (Ulrich Beck). Os riscos da sociedade atual acabam em algum momento, também, atingindo os que o produziram, ou seja, não são exclusivos de uma classe ou país.

> Reduzindo a uma fórmula: a miséria é hierárquica, o *smog* é democrático. Com a ampliação dos riscos da modernização – com a ameaça à natureza, à saúde, à alimentação etc. -, relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais. Isto ainda continua a provocar consequências bastante diversas. Objetivamente, porém, os riscos produzem, dentro de seu raio de alcance e entre as pessoas por eles afetados, um efeito equalizador. Nisto reside justamente sua nova força política. Nesse sentido, sociedades de risco simplesmente não são sociedades de classe; suas situações de ameaça não podem ser concebidas como situações de classe, da mesma forma como seus conflitos não podem ser concebidos como conflitos de classe. (BECK, 2011, p.43).

Pierpaolo Bottini (2007) sobre o efeito bumerangue e a democratização dos riscos da alta modernidade assim se expressa:

> As atividades perigosas, até os anos 70, eram restritas geograficamente. O produtor de riscos conhecia a extensão e os limites dos mesmos e adotava medidas de proteção, deslocando-se para regiões distantes seus efeitos. Esta lógica dominou a atividade industrial por longo período e foi responsável pelo afastamento de meios de produção perigoso dos locais de moradia ou de frequência das classes mais abastadas, o que contribuiu para o distanciamento geográfico das classes sociais. Esta dicotomia entre agente causador do risco e agente suportador do risco, ainda presente em diversos

[20] "Tipo, padrão e meios da distribuição de riscos diferenciam-se sistematicamente daqueles da distribuição de riqueza. Isso não anula o fato de que muitos riscos sejam distribuídos de um modo especificado pela camada ou pela classe social. A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo. Assim, os riscos parecem reforçar, e não revogar, a sociedade de classes. À insuficiência em termos de abastecimento soma-se a insuficiência em termos de segurança e uma profusão de riscos que precisam ser evitados. Em face disto, os ricos (em termos de renda, poder, educação) podem comprar segurança e liberdade em relação ao risco". (BECK, 2011, p.41).

> âmbitos na atualidade, fica comprometida diante de riscos sem referente geográfico ou temporal. A atividade nuclear ou a utilização da engenharia genética para a produção de alimentos e outras atividades implicam potenciais de perigo suportado por todos os setores sociais, mesmo por aqueles beneficiados pelo risco. (BOTTINI, 2007, p.39 e 40).

Outra observação interessante feita por Ulrich Beck é que os riscos da modernidade tardia não rompem com a lógica do sistema capitalista. Em um primeiro instante, era de se esperar que a gravidade da situação freasse o desenvolvimento tecnológico-científico alienado e, consequentemente, limitasse ou restringisse o sistema capitalista. Nota-se, contudo, que esta inferência não se verifica. O que se constata, na verdade, é o surgimento de um novo estágio do sistema capitalista para atender a uma nova demanda oriunda da própria modernização: a segurança. "Riscos da modernização são *big business.* A fome pode ser saciada, as necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, auto produzível". (BECK, 2011, p. 28).

> Os medos não têm raiz. Essa característica líquida do medo faz com que ele seja explorado política e comercialmente. Os políticos e os vendedores de bens de consumo acabam transformando esse aspecto em um mercado lucrativo. O comum é tentar reagir, fazer alguma coisa, buscar desvendar as causas da ansiedade e lutar contra as ameaças invisíveis. Isso é conveniente do ponto de vista político ou comercial. Tal atitude não vai curar a ansiedade, mas alimentar essa indústria do medo. Adquirir bens para obter segurança só alivia uma parte da tensão e mesmo assim, por um breve tempo. (BAUMAN, 2010, p.74).

Pierpaolo Cruz Bottini (2007) também observa que o sistema econômico tira proveito dos riscos que produz ao criar uma "indústria de domínio da periculosidade". O risco e seu controle são novas oportunidades de negócio frente a uma demanda insaciável por segurança. Verifica-se, assim, um conflito entre setores onde prejudicados e beneficiados pelo incremento do risco travam uma verdadeira disputa no tocante a sua regulamentação.

> Desta forma, constata-se uma ampla gama de interesses econômicos que envolvem o risco, que abordam seus efeitos por meio das mais diversas perspectivas e com os mais diversos objetivos. Lucra-se com o aumento do risco e lucra-se com a ampliação dos controles voltados a este mesmo risco. Por outro lado, setores específicos são prejudicados com o desenvolvimento de atividades perigosas. Este conflito econômico pelo grau de tolerância ou pela extensão das medidas de contenção de atividades é responsável pelo fortalecimento dos discursos políticos e sociais que disputam a gestão de riscos e, consequentemente, contribui para a consolidação da insegurança social sobre o tema. (BOTTINI, 2007, p.42).

Por fim não pode deixar de ser mencionado o caráter político do gerenciamento dos riscos do tempo presente. Foi dito acima que os riscos são abertos a processos sociais de definição. As carências da sociedade da escassez são perceptíveis por todos. Qualquer indivíduo pode perceber e delimitar suas necessidades (habitação, lazer, alimentação, saúde, etc.). Os riscos atuais são

invisíveis, complexos e envolvem um conhecimento altamente especializado. Sua percepção é sentida, mas não totalmente compreendida. Assim, a população por si só não tem conhecimento de sua real significação ao necessitar de um intermediário (engenheiro, economista, ambientalista, etc.) na busca de uma maior elucidação[21]. Ademais, a análise do risco e a consequente realização da atividade envolvem não somente a racionalidade das ciências frente aos inúmeros interesses envolvidos. Critérios científicos, sociais, econômicos são considerados transformando a definição e o gerenciamento dos riscos de um caráter perigosamente político[22].

> Reside aqui a consequência fundamental e decisiva: nas definições de risco, quebra-se o monopólio de racionalidade das ciências. Existem sempre pretensões, interesses e pontos de vista concorrentes e conflitivos dos distintos atores da modernização e grupos de afetados, que acabam sendo forçosamente agregados nas definições de risco, no sentido de causa e efeito, autores e prejudicados. Muitos cientistas certamente põem mãos à obra com todo o ímpeto e a paixão de sua racionalidade objetiva, seus esforços objetivantes aumentam com que proporcionalmente ao teor político de suas definições. Mas, na essência de seu trabalho, eles continuam a depender de expectativas e valorações sociais que, como tais, lhes são prescritas: onde e como devem ser traçadas as fronteiras entre as sobrecargas que ainda e já não mais serão acumuladas? Qual a margem de negociação no que diz respeito aos parâmetros que para tanto se pressupõem? Deve ser levada em conta, por exemplo, a possibilidade de uma catástrofe ecológica para contemplar interesses econômicos? O que são necessidades, o que são supostas necessidades e o que são necessidades a serem modificadas? (BECK, 2011, p. 34 e 35).

Augusto Silva Dias (2008) delimita as características dos novos riscos em cinco atributos que os diferem dos riscos do passado. Esta síntese feita pelo autor português resume bem a caracterização da sociedade do risco feita por Ulrich Beck em sua teoria da sociedade do risco e clarifica o acima já exposto:

> 1) Primeiro, embora resultantes de ações humanas, eles surgem de modo involuntário e irrefletido, isto é, não resultam de ações intencionais. Manifestam-se como se fossem catástrofes naturais e é a expansividade e a dramaticidade dos seus efeitos que obriga as sociedades contemporâneas a confrontarem-se reflexivamente com eles e com a racionalidade que os gera. Ao tomar consciência da globalidade e incontrolabilidade dos riscos provenientes da decisão econômica, científica e técnica, as sociedades modernas

[21] "Para os governos e o mercado, é interessante manter acesos esses medos e, se possível, até estimular o aumento a insegurança. Como a fonte das ansiedades parece distante e indefinida, é como se dependêssemos dos especialistas, das pessoas que entendem do assunto, para mostrar onde estão as causas do sofrimento e como lutar contra ele. Não temos como testar a verdade que nos contam. Só nos resta então acreditar no que dizem. O mesmo ocorre quando nossos líderes políticos nos falaram que Saddam Hussein tinha armas de destruição de massa e estava pronto para detoná-las e quando nos dizem que nossas preocupações e problemas acabarão se os emigrantes forem mandados para casa. A natureza dos medos líquidos contemporâneos ainda abre um enorme espaço para decepções políticas e comerciais". (BAUMAN, 2010, p.75).

[22] "En el modelo de BECK se destaca este concepto de consecuencia accesoria, en el sentido de lo que no ha sido perseguido intencionalmente y de que, por tanto, el problema no es sólo el manejo de los efectos inmediatos que ciertas actividades tienen por ejemplo para la vida humana y animal, entre otras, sino a su vez, las consecuencias secundarias de orden social, económico y político de esas consecuencias accesorias. Este sería, en opinión de este autor, el potencial político de las catástrofes". (MENDOZA BUERGO, 2001, p.27).

> apercebem-se da crise dos seus fundamentos, convertem-na em tema de debate público, tornando-se deste modo reflexivas.
> 2) Segundo, diferentemente dos riscos antecedentes, os riscos novos não são delimitáveis segundo coordenadas de tempo e espaço. O risco torna-se transfronteiriço e transgeracional. Beck fala a este respeito de efeito *boomerang*, por via da qual mais cedo ou mais tarde autor e vítima se confundem e de desterritorialização do social de colapso das distâncias. (...)
> 3) Terceiro, diferentemente também dos riscos antecedentes, os novos riscos não podem ser socializados através da cobertura por seguro privado ou através dos esquemas assistenciais promovidos pelo Estado-providencia. O potencial catastrófico dos novos riscos inviabiliza os mecanismos do cálculo e da cobertura e compensação monetárias. O cenário de imprevisibilidade e de incalculabilidade em que tais riscos surgem, a insegurança e a incerteza sociais que causam, ditam a falência destas soluções tradicionais pensadas para contextos de risco calculável e dominável. (...)
> 4) Quarto, as características dos novos riscos já mencionadas e as transformações que provocam ao nível da compreensão da ação tornam inadequadas as categorias éticas e jurídicas tradicionais de atribuição de responsabilidade. Conceitos como causalidade, imputação objetiva, autoria, culpa enquanto censura individualizada não foram pensados em abstrato, mas em articulação com contextos de ação individual de curto alcance espacial e temporal, realizada por agentes singulares e cujo desvalor normativo tinha uma base empírica tangível. (...)
> 5) A última, mas não menos importante característica dos novos riscos diz respeito à sua percepção pública. A questão que neste plano se coloca, e que tem sido objeto de acesa controvérsia, é a de saber até que ponto os novos riscos e a insegurança que criam são susceptíveis de definição social. (DIAS, 2008, p.229-231).

É interessante notar que em seu último livro (A Metamorfose do Mundo), Ulrich Beck (2018, p.15) relata que não se pode mais dizer que o mundo está se modificando. Para o autor o termo mudança se baseia no fato ou na constatação que algumas coisas se modificam, contudo outras permaneceriam constantes. O mundo estaria na verdade se metamorfoseando. "A metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge (BECK, 2018, p. 15)."

> Numa variação histórica da descoberta de Galileu, o mundo não gira mais em torno dos pequenos principados, em torno do conflito entre católicos e huguenotes, entre senhores coloniais e bárbaros, entre super-humanos e sub-humanos. A visão de mundo centrada na raça está morta (especialmente na Alemanha e na Europa, como resposta ao fanatismo racional dos nazistas). A imagem patriarcal do mundo também (embora não em todas as partes), assim como a imagem de mundo que proclama a igualdade, mas exclui mulheres, escravos e "bárbaros". Basta pensar nos pais fundadores dos Estados Unidos e sua Constituição, que sequer notaram que os afro-americanos haviam sido excluídos dos direitos humanos – isso lhes parecia a coisa mais natural do mundo. (BECK, 2018, p.21).[23]

[23] Neste tocante, verifica-se, sem muitas dificuldades, que muitas destas constatações de BECK, se pertinentes ao "mundo europeu", não são assim tão superadas nos países do sul do Equador. Basta observar os arroubos e flertes antidemocráticos promovidos no Brasil no ano de 2020 pleiteando o regime militar e o fechamento do Congresso e do STF.

Ulrich Beck (2018) faz um contraponto procurando já de antemão esclarecer uma diferença entre a teoria do risco mundial e a teoria da metamorfose. Para o autor a teoria da metamorfose, além de estarmos vivenciando algo inteiramente novo, traz não somente os efeitos colaterais negativos dos bens, porém destes males podem também ser extraídos efeitos positivos colaterais. Beck (2018, p.16) cita em seu texto que estas "crises mundiais" que atingem a todos de forma indistinta acabam por provocar respostas normativas de bens comuns e trazem também como consequência uma resposta para além do âmbito do país/nação para uma visão mais global, ou nos termos do autor, "para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita" (BECK, 2018, p.16).

> A metamorfose começa com a distinção entre dependência (teoria) e cosmopolização (teoria). Ambas descrevem formas globais de desigualdades transcontinentais históricas e relações de poder assimétricas. Mas sua qualidade social e política está mudando, porque cosmopolização cria horizontes normativos de igualdade e justiça, com isso gerando pressão para mudança inclusiva nas estruturas e instituições existentes de desigualdade social e poder. Esse primeiro processo de metamorfose se relaciona não necessariamente a uma redução de assimetrias (poderia haver até um aumento de desigualdades globais), mas à implementação de normas globais de igualdade. Isso está acontecendo através do regime de direitos humanos, sua institucionalização e a defesa global em torno dele. Eles transformaram hierarquias globais existentes de (aquilo que era percebido pelos colonizadores como) "naturalmente dado ("bens") em "males políticos", violando a ordem normativa do mundo." (BECK, 2018, p.81 e 82).

Ulrich Beck (2018, p.18) salienta que o mundo não atravessa um trajeto evolucionário, pois as modificações são de tamanha ordem que as visões de mundo não se encontram mais fixas. O pensador alemão utiliza-se de uma metáfora interessante para demonstrar seu pensamento: Virada Copernicana 2.0.

> Galileu descobriu que o sol não circula em volta da Terra e que é a Terra que viaja em volta do Sol. Hoje estamos numa situação diferente, mas um tanto similar. O risco climático nos ensina que nação não é o centro do mundo. O mundo não está circulando em torno da nação, as nações é que estão circulando em torno das novas estrelas fixas: "mundo" e "humanidade". A internet é um exemplo disso. Primeiro, ela cria o mundo como a unidade de comunicação. Segundo, cria humanidade simplesmente oferecendo o potencial de interconectar literalmente todo o mundo. É neste espaço que as fronteiras nacionais e outras são renegociadas, desaparecem e depois são reconstruídas – isto é, são metamorfoseadas. (BECK, 2018, p.19)[24]

[24] Beck relata mais a frente no texto: "Isto não significa, no entanto, que nações e Estados-nação se dissolvem e desaparecem, mas que nações são metamorfoseadas. Elas precisam encontrar seu lugar no mundo digital em risco, em que fronteiras se tornaram líquidas e flexíveis; precisam se (re)inventar, girando em torno das novas estrelas fixas de mundo e humanidade." (BECK, 2018, p.20). Observa-se que este movimento salientado por Ulrich Beck rumo ao global encontra resistência em grandes países do mundo e uma percebe-se uma volta ao nacionalismo e uma resistência aos organismos internacionais. Cite-se, como exemplos emblemáticos, os movimentos: o ressurgimento do America first (Make America Great Again – Governo Trump), O Brasil acima de tudo e Deus acima de todos (Governo Bolsonaro) e BREXIT.

A despeito de algumas pessoas ou nações buscarem o movimento contrário, não há mais como se fechar numa redoma. Ao não ser em países extremamente autoritários, o global se impõe cada vez mais ao local a depender é claro da circunstância de cada país. A ênfase apontada por Beck da "Metamorfose do Mundo" é a mudança de um "nacionalismo metodológico" para um "cosmopolitismo metodológico":

> Em suma, metamorfose não é mudança social, não é transformação, não é evolução, não é revolução e não é crise. É uma maneira de mudar a natureza da existência humana. Significa a era dos efeitos colaterais. Desafia nosso modo de estar no mundo, de pensar sobre o mundo, de imaginar e fazer política. E exige uma revolução científica (tal como compreendida por Thomas Kuhn) – de "nacionalismo metodológico" para "cosmopolitismo metodológico". (BECK, 2018, p.36).

Ao se deixar a discussão de uma perfeita delimitação e caracterização do momento contemporâneo (consequências da modernidade, sociedade de risco, metamorfose do mundo, capitalismo desorganizado, etc...) fácil constatação é que estes fatos novos provocaram uma demanda por segurança que não existia no passado. Não se quer dizer com isto que não existia perigo e necessidade de proteção em outros momentos da história humana[25]. Verifica-se, na realidade, um incremento do perigo (com novas características) e a necessidade, assim, de uma maior prevenção e precaução.

> O discurso do risco começa ali onde a crença na segurança termina. Assim, o conceito de risco parece significar um *inter est* entre a segurança e a destruição, algo que se situa a meio dessas duas variantes, um estado intermédio, em que a percepção dos riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação. Diríamos nós, no sentido da percepção da dimensão quase apocalíptica destes novos riscos: a sua invisibilidade, aliada à perdurabilidade dos seus efeitos, bem como essa sua dimensão hercúlea, faz-nos sentir o vazio da impotência para os travar e controlar, originando sentimento de insegurança e medo. (FERNANDES, 2001, p.60).

Assim, esta reivindicação por segurança ensejou a imposição de uma modificação nas relações sociais do passado ao se exigir uma regulamentação, principalmente, por parte dos Estados e Organismos Internacionais.

---

[25] "Todo este cenário, entretanto, pode dar a falsa impressão de que estamos diante de uma instituição nova, que possibilita a partir dela uma nova epistemologia penal. Pois bem, tal impressão é uma imprecisão. Com efeito, o *perigo* é um dos mais antigos conceitos jurídicos. O vocábulo *periculum*, presente na compilação de Justiniano, significou no direito romano a representação de um mal iminente, o qual autorizava a realização de comportamentos, em princípio, ilícitos, mas que eram autorizados em face da *reta razão*. É digno de nota que o vocábulo risco não é encontrado nas fontes romanas que se referem ao Direito Penal, pois dita palavra não é própria do latim culto, que era o usado no *Corpus Juris Civilis*. A origem mais provável desse último vocábulo vem do latim vulgar r*esecum*, que significa "o que corta", que era utilizado para descrever as situações referentes às viagens marinhas (visto que o barco "corta o mar"), indicando os perigos ocultos no mar" (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p.46).

> El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Se dice que una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener uma necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar sensaciones o impresiones de seguridad. En opinión de HERZOG, que sigue aquí las tesis de F. X. KAUFMANN, la creciente demanda de seguridad y su elevado aprecio se explica por la situación de escasez o falta de seguridad, es decir, se ve como la consecuencia de la inseguridad, de manera que el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social. (MENDOZA BUERGO, 2001, p.31).

A insegurança, como também salienta Pierpaolo Bottini (2007), ensejará uma busca por contenção do risco. Setores da sociedade inteiros irão clamar por proteção frente a novas atividades arriscadas.

> Esta insegurança social catalisará movimentos pelo controle mais efetivo das atividades arriscadas. O discurso pela segurança, pela contenção de riscos, é canalizado por meio de organizações civis, como movimentos ecológicos e movimentos de defesa do consumidor, integrados por elementos oriundos de diversas classes sociais, que potencializam sua propagação. A estes movimentos se agregam os setores econômicos, aos quais não interessa a manutenção de atividades arriscadas, e aqueles que lucram com o acirramento das proibições destas atividades, bem como a mídia, que repercute os argumentos por maior controle e segurança. (BOTTINI, 2007, p.46).

Diante deste contexto percebe-se que os riscos da modernidade tardia provocarão a normatização destas novas e complexas relações sociais repercutindo em todo ordenamento jurídico, inclusive na seara do Direito Penal.

> É certo que o Direito Penal é convocado a responder a vários desafios novos: responder aos perigos e aos danos, quase imprevisíveis e não inteiramente subsumíveis às coordenadas do tempo e do espaço; responder às exigências de globalização e de integração supranacional, reforçadas com cada vez maior quebra de barreiras jurídicas na livre circulação de pessoas e bens; responder a exigências de uma efetiva responsabilização penal dos infratores, quantas vezes envolvendo pessoas/agentes tão diversos na atividade empresarial[26]. (FERNANDES, 2001, p. 22).

Paulo Silva Fernandes (2001, p.74) relata que diante destes novos desafios não pode o Direito Penal ser desconsiderado com instrumento de tutela[27]. Salienta, todavia a necessidade de

[26] Prefácio de Mário Ferreira Monte.

[27] "A esse ponto, é importante reconhecer, de outro lado, o uso não raras vezes equivocado da expressão "expansão do Direito Penal", empregada invariavelmente em sentido crítico ou negativo. É natural no Estado Democrático de Direito que o Direito Penal encontre novos âmbitos de aplicação, relacionados fundamentalmente à esfera coletiva, que antes não eram considerados socialmente relevantes (ou mesmo nem sequer existiam). Nesse contexto, a expansão penal mostra-se justificável, porque condizente com o desenvolvimento social, se realizada em observância aos princípios fundamentais decorrentes do modelo político-social democrático, com destaque o seu caráter subsidiário e à proporcionalidade. Essa expansão difere, porém, da atitude disfuncional de "expansionismo" penal, identificada com a tentativa de abarcar grande parte das novas necessidades sociais exclusivamente ou em primeiro plano por meio da intervenção penal, estando essa segunda hipótese a merecer a acertada crítica quanto à sua legitimidade democrática e aos seus efeitos contraproducentes." (BECHARA, 2014, p.46).

atenção aos limites impostos pelo abuso na sua utilização e flexibilização. "Não se deve buscar o Direito Penal em excesso. Esta preocupação decorre já aqui da muito badalada "fuga" para o Direito Penal, fruto do aumento da insegurança e do medo" (FERNANDES, 2001, p.75).

> Findas estas considerações voltemos à "fuga" para o Direito Penal. Sempre se poderá dizer que esta não será propriamente uma novidade, se tivermos em conta que, desde sempre e cada vez que algum problema maior assalta os espíritos, não se consegue imaginar uma solução sem, intuitivamente, recorremos mentalmente ao arsenal jurídico-penal. A pergunta *quid iuris?* é feita, não raro – e sobremaneira quando nos defrontamos com uma catástrofe de grandes dimensões – ao *ius puniendi*. Nesta visão de coisas parece acompanhar-nos CARPINTERO, ao referir que o ramo do Direito que conhecemos como Direito Penal é o setor do direito que aparece como mais básico, elementar, no qual todos pensam quando imaginam um problema jurídico. (FERNANDES, 2001, p.54).

A questão que se impõe é até onde, como e quando se utilizar deste instrumento tão demasiadamente gravoso no escopo de busca de proteção destes bens jurídicos. Não se nega a importância destes novos anseios/valores sociais, mas o que não se admite é a simples mitigação de garantias tão arduamente conquistadas. Como bem assevera Augusto Silva Dias (2008):

> Essa crise social veio colocar novos desafios aos sistemas jurídicos das sociedades pós-industriais. Todo universo tem sido e continua a ser chamado ao combate e à mitigação dos novos riscos globais, provocando essa mobilização, na volta, modificações na matéria dos ramos de Direito tradicionais e o surgimento de novas áreas jurídicas. Nem todos os ramos se ressentem igualmente deste processo, distintas que são sua natureza e função. No que ao Direito Penal diz respeito, a questão fulcral reside mesmo em saber se o legislador penal deve participar no debate público sobre o risco, isto é, se é legítimo e adequado recorrer ao instrumento penal, por definição fortemente formalizado e cunhado por um ideário garantista para controlar os novos riscos e preservar as estruturas básicas do mundo da vida perante as ameaças que deles resultam. Por outras palavras, o que se trata de saber é se a intervenção jurídico-penal no domínio penal dos novos riscos não terá um preço demasiado elevado, se ela não implica, nomeadamente, uma degenerescência dos princípios, das técnicas de tutela e dos critérios de responsabilidade criminal, se ela, dito de outro modo, não redunda afinal na conversão do Direito Penal num instrumento de política social à custa de uma crise de seus fundamentos. (DIAS, 2008, p.236)

É a crise do Direito Penal de fundamentos clássicos que Augusto Dias identifica pela crítica feita pela Escola de Frankfurt.[28]

[28] "A escola de Frankfurt não só considera que o Direito Penal vigente é cada vez mais um Direito Penal do risco, como atribui a essa qualidade pela crise atual do sistema penal. No discurso de alguns de seus membros, a crise traduz-se basicamente na ruptura com os fundamentos e princípios racionais clássicos acima expostos, tidos como matrizes universais do Direito Penal, que este não pode abandonar sem se corromper e degenerar, e na absorção da complexidade das esferas sociais em cujo funcionamento intervém como instrumento de condução social." (DIAS, 2008, p.2360.

2.4 Sociedade e o Controle Social

Uma observação evidente é que o homem é um ser social[29]. Desde os tempos mais remotos até a sociedade do tempo hodierno a necessidade do outro(s) é imprescindível. Do nascimento até a morte o indivíduo encontra-se vinculado aos demais para o atendimento das mais diferentes carências. A pessoa sozinha no mundo é incapaz de sobreviver e desenvolver suas potencialidades.

Desta maneira, o primeiro grupo a qual o ser humano pertence é a sua família. Dela recebe os iniciais cuidados como a alimentação, a moradia e a proteção. Posteriormente, no desenrolar da vida, o indivíduo se associará a outros grupos[30]. Assim, ele ingressará numa escola, participará de alguma igreja, integrará alguma sociedade desportiva ou comercial, etc. Saliente-se, contudo, que quando estes grupos sociais passam a ter uma organização permanente e estão reunidos com um objetivo comum ganham a denominação de sociedades.

Desta forma, sociedade não é sinônimo de grupo social. A sociedade é uma organização mais estável de um grupo social. Os grupos sociais podem ter objetivos efêmeros, como, por exemplo, a plateia de um cinema, e não serem sociedades. Toda sociedade é um grupo social, mas nem todo grupo social é uma sociedade. "De modo mais analítico, e acentuando outros atributos, podemos dizer que uma sociedade é a união moral de seres racionais e livres, organizados de maneira estável e eficaz para realizar um fim comum e conhecido de todos" (AZAMBUJA, 2000, p. 02). Max Ernest Mayer, em seu livro de filosofia do direito, estabelece a diferença entre comunidade e sociedade que ainda mantém a atualidade: a união de interesses.

> Un concepto que cumple esta condición fundamental es el de comunidad, concepto más sóbrio que el de sociedad. Este concepto se presenta a nuestra vista como una forma que habría que modelar con miras a una labor fundamental, y no como uma agrupación de las múltiples aplicaciones de que el lenguaje hace objeto a la palabra sociedad. Pero aun tomando este punto de partida, nos veríamos conducidos a la cuestión decisiva: ¿,cuál es el vínculo que agrupa a as hombres en una unidad? No es el vínculo territorial, que falta en la sociedad anónima y en las asociaciones científicas, cuyos míembros pueden estar esparcidos por distintos países. Tampoco es de esencia el vínculo temporal: la sociedad reunida en un tranvía se dispersa al final del viaje, y el Estado (no muere), Igualmente es un elemento secundario el número: uma nación puede componerse de varios millones de hombres, y el inglés dice con fino sentido: two is company, three none. Ya no queda,

[29] "Mais de três séculos antes de Cristo, Aristóteles afirmou que o homem é um animal social. Todos os pensadores medievais e quase a unanimidade dos modernos tiveram como pacífico este axioma, segundo o qual a vida societária é um aspecto da natureza, especificamente da natureza humana". (NORONHA, 2001, p. 27).

[30] "Grupo social é a interação de dois ou mais indivíduos em face de um ou mais fins comuns" (NORONHA, 2001, p. 29). Estes fins comuns podem ser efêmeros, periódicos e permanentes. A sociedade, por sua vez, não deixa de ser um grupo social, entretanto, exige uma organização estável e finalidades não efêmeras.

> pues, como principio sintético más que el fin; y éste es, en efecto, el que sefiala el § 705 del Código civil alemán. Según eso, se podría definir la sociedad como comunidad de fines; pero a ello se opone la intencionalidad latente en el concepto de fin, ya que hay vínculos de pertenencia de los que el vinculado no tiene conciencia sin un motivo especial (por ejemplo, la nación, un determinado público). Después de eliminar este único elemento jurídicamente relevante, resulta que las sociedades son comunidades de intereses. (MAYER, 1937, p.62-63).

As sociedades possuem uma finalidade não meramente transitória. Na busca da consecução de seus interesses são organizadas por meio de um processo de socialização onde regras são estabelecidas. Por intermédio de um processo de socialização, os indivíduos da sociedade terão acesso aos padrões de comportamento esperado diante das circunstâncias existentes nas relações sociais de seus membros. Os valores e padrões de comportamento exigidos pela sociedade serão transmitidos nos mais variados momentos da existência do indivíduo por este processo. Cite-se, por exemplo: a criança ouvirá dos pais que não deve mentir; o adolescente em um culto religioso aprenderá que não se deve matar; a universidade ensinará o exercício de uma atividade e as regras que a disciplinam, etc...

> A essência desses processos – socialização- é a virtude, exclusivamente humana, de usar símbolos e linguagens ao mesmo tempo para a transmissão de cultura. Nesta acepção, socialização, em sociologia, é diferente da noção utilizada, por exemplo, pelos economistas quando falam da propriedade privada em propriedade estatal, ou do senso comum, no sentido de interação social numa atmosfera agradável, de camaradagem, cooperação e simpatia. Esses significados não têm a ver com a concepção dada pela antropologia cultural e a teoria da educação: constituição do ambiente no qual o indivíduo aprende um idioma, regras de pensamento conceitual, um pouco de história da comunidade da qual faz parte, princípios básicos de sobrevivência e de desenvolvimento individual, assim como regras morais para se relacionar com os outros membros da comunidade. (SCURO NETO, 2004, p. 176).

Por conseguinte, repita-se, constata-se a interação sempre presente entre os indivíduos. Os seres humanos não vivem isolados e estão em constante contato pessoal, contudo este contato ou relação pode ser conflituoso[31]. Por tal razão, necessárias são normas que permitam a convivência pacífica entre os indivíduos. Normas que, nos dizeres Muñoz Conde, López Pelegrin e Garcia Álvarez, façam frente ao princípio do prazer (FREUD) (o princípio da realidade), ou seja, normas que a sociedade impõe obrigando o indivíduo a sacrificar ou limitar seus instintos e ter em conta o melhor para a coletividade. Desta maneira a convivência seria um processo dialético em que a pessoa abriria mão de seus desejos egoístas em troca de um bem maior para a comunidade

[31] "Mas a convergência entre a razão e a liberdade, num primeiro momento, propiciou a reunião de várias pessoas num espaço físico delimitado e em torno de valores comuns; no ato seguinte, deu lugar às divergências, pois surgiu também o conflito de interesses ente o que era bom para a coletividade e as aspirações pessoais". (GOMES, 2019, p.32)

possibilitando um desenvolvimento de sua personalidade e, por que não, melhores meios para manutenção de usa própria sobrevivência. (MUÑOZ CONDE; LÓPEZ PELEGRIN e GARCIA ALVAREZ, 2015, p. 22.).

Normas, assim, assumem uma conotação no texto de Muñoz Conde, López Pelegrin e Garcia Álvarez (2015) que merece ser reproduzida:

> Por norma há de se entender qualquer regulação de condutas humanas para fazer possível a convivência. Essa regulação da convivência supõe um processo de comunicação ou interação entre os membros de uma comunidade que se consuma através de uma relação estrutural que a sociologia moderna denomina pelo nome de expectativa, assim as normas que regulam a convivência não são, em última instância, mais que o reflexo de expectativas. Todavia as normas podem não ser cumpridas frustrando a corresponde expectativa que expressa. Surge então o problema de como podem ser solucionadas estas frustrações ou, na medida que sejam inevitáveis, de como podem canalizar para assegurar a convivência. O sistema eleito para isto é imposição de uma sanção. (MUÑOZ CONDE; LÓPEZ PELEGRIN e GARCIA ALVAREZ, 2015, p. 22.)

Saliente-se que Muñoz Conde, López Pelegrin e Garcia Alvarez (2015, p.22) têm em vista o processo de socialização de Scuro Neto (2004) acima citado. Para os autores em qualquer sociedade, em qualquer tempo, se verificam uma série de regras, as normas sociais, que sancionam de algum modo (como, por exemplo, a segregação, isolamento, perda do prestígio social, etc.) os ataques que prejudicam as relações sociais. Destas normas sociais surgiria a ordem social, ordem esta que por intermédio de suas regras de condutas não propriamente escritas que a pessoa vai aprendendo e internalizando em processo contínuo e não raras vezes imperceptível, pois ocorre fruto das próprias interações diárias com os outros indivíduos. Os pensadores destacam para este desiderato o papel fundamental da família, da escola, dos grupos sociais, do local de trabalho para a transmissão destas normas cuja infração culmina em uma sanção informal como, por exemplo, de castigo a rejeição social ou desprezo. Todavia, concluem os autores que em algum momento histórico a ordem social se mostrou insuficiente para garantir a convivência era necessário "algo mais":

> Pero el ordem social se há mostrado insuficiente por si solo para garantizar la convivência. Por eso, al hacerse em algún momento histórico necesario un grado mas preciso de organización y regulación de conductas humanas, nace la norma jurídica que, atrvés de un determinado plan, se propone dirigir el orden social. Em este sentido, el orden jurídico y el Estado, titular de esse orden jurídico, no son más que el reflejo o superestructura de um determinado orden social incapaz por si mesmo para regular la convivencia de un modo organizado y pacifico. En la medida en que el orden social fuese autosuficiente podría prescindirse del orden jurídica y del Estado, pero hoy por hoy ello no parece posible, por lo que es preciso aceptar, aunque desde uma visión crítica, la existencia de un orden jurídico. (MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PELEGRIN e GARCIA ALVAREZ, 2015, p.23).

Deste modo, esta tarefa, principalmente após o surgimento[32] do Estado[33], é destinada ao Direito. O direito, conjuntamente com as demais instituições sociais, disciplina as relações entre as pessoas trazendo ordenação. "O importante é saber que todo sistema normativo, de natureza ética ou meramente convencional, tem por escopo evitar o caos social, implantando e preservando a ordem interativa, a harmonia relacional" (NORONHA, 2001, p. 87).

Observa-se, assim, que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito, mais especificadamente o Direito Penal, tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. Para atingir este objetivo, Muñoz Conde (1985) salienta que a norma penal exerce um papel importante, pois esta participa de um complexo processo de motivação para o indivíduo. O direito com sua sanção institucionalizada e coativa representa um fator motivacional importante na busca da regulamentação das relações sociais e, dentre os diversos ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal tem primazia pela natureza da sua sanção (pena). "Una cosa es, sin embargo, segura: el Derecho, y el Derecho penal como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana". (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 32).

Muñoz Conde (1985, p. 36) relata que somente se pode compreender esta função motivadora da norma penal dentro de um sistema jurídico-penal, ou seja, como mais uma ferramenta utilizada pelo controle social. Assim, o direito, como parte de um conjunto de instituições sociais, exercerá papel importante para dirigir as condutas dos indivíduos de uma sociedade. Como relata Nilo Batista: "A função do direito de estruturar e garantir determinada

---

[32] Crítica interessante é feita por Ca Silene Gomes sobre o Estado como "gestor" da organização social: "As promessas de que o Estado poderia propiciar uma vida em sociedade em que, se os conflitos não fossem extirpados, ao menos seriam em menor número, não se cumpriram. Quer seja pela própria ineficácia do aparelho estatal na gestão; quer seja pela dificuldade de se implementar políticas públicas; e mais recentemente, pode-se dizer, quer seja pela descrença de muitas pessoas de que o bem-estar da coletividade é ao mesmo tempo garantia do bem-estar individual alguns já questionaram o que substituirá o Estado. (...) Mas se ainda não se conseguiu criar e implementar um modelo de Estado perfeito, também não foi possível desenvolver outra forma melhor de organização social e, por isto, o que se tem assistido é a uma reforma na estrutura deste aparelhamento, buscando-se corrigir os problemas e aperfeiçoar o instituto. (GOMES, 2019, p.33 e 34).

[33] Nos termos de Max Ernest Mayer são os elementos do Estado: "Los elementos empíricos son fáciles de señalar : (territorio y población) y un gobierno. Ahora urge indicar qué es un gobierno, pues este concepto no sólo es insuficiente, sino inadecuado, si quiere incluírse em él la dirección y admínistración de las entidades comunales. Siguiendo las doctrinas de LABAND y JELLINEK recordaremos que todos los gobiernos consisten em mandar coactivamente, pero que la actividad (gubernamental) no estatal posee este poder tan sólo por delegación del Derecho del Estado, el cual, en cambio, procede por propio derecho. Este derecho (como todo Derecho) es poder, el poder incomparable de una autoridad de dominar librernente sobre hombres libres, Ninguna otra sociedad posee un poder análogo; es un poder de dominación en el sentido auténtico de la palabra, porque no hay en el mundo nínguna voluntad que le sea superior y, en su ámbito, todas las voluntades Le están sometidas. El Estado es, pues, una sociedad organizada compuesta de un pueblo y un território, y dotada de poder de dominación. (MAYER, 1937, p. 69 e 70).

ordem econômica e social, a qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função "conservadora" ou de "controle social". (BATISTA, 2007, p.21).

Primeiramente, não é possível uma sociedade sem controle social. É por intermédio do controle social que se regulam as condutas e se preservam os interesses presentes nas normas. Assim, de acordo com Muñoz Conde, o controle social possibilita a convivência dos indivíduos dentro da comunidade limitando a liberdade de conduta. O controle social é condição imprescindível da vida em sociedade preservando-lhe os valores (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 36).

> Sin control social la existencia no sería posible ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social. Dentro del amplio campo del control social el Derecho penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, portanto, están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevée sanciones tan radicales para la infracción normativa. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 1989, p. 115 e 115).

Raúl Zaffaroni e Henrique Pierangeli (2002, p.60), por sua vez, relatam que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder. Dentro desta estrutura uns governam e outros (maioria) são governados. Existe um núcleo que gravita em torno do poder que toma as decisões, ou seja, comandam, cabendo aos demais membros da comunidade a obediência. Desta maneira, ao objetivar manter esta estrutura de comando e obediência percebe-se o estabelecimento de instituições de controle que tem como objetivo principal defender os interesses dos membros mais eminentes da sociedade[34]. Como observam os autores, ao se examinar como se forma e se gere esta estrutura de poder pode-se analisar o controle social e, inversamente, ao se estudar o controle social desnuda-se a organização do poder.

[34] Em obra (Derecho Penal/parte general) escrita conjuntamente com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, Eugenio Rául Zaffaroni esclarece: “Aunque la criminalización primaria implica un primer paso selectivo, éste permanece siempre en cierto nivel de abstracción, porque, en verdad, las agencias políticas que producen las normas nunca pueden saber sobre quién caerá la selección que habilitan, que siempre se opera en concreto, con la criminalización secundaria. Puesto que nadie puede concebir seriamente que todas las relaciones sociales se subordinen a un programa criminalizante faraónico (que se paralice la vida social y la sociedad se convierta en un caos, en pos de la realización de un programa irrealizable), la muy limitada capacidad operativa de las agencias de criminalización secundaria no les deja otro recurso que proceder siempre de modo selectivo. Por ello, incumbe a ellas decidir quiénes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo, quiénes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe, pues la selección no sólo es de los criminalizados, sino también de los victimizados”. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p.08).

Interessante notar que as formas ou instrumentos de controle social possuem diferentes naturezas. Podem-se apresentar difusos ou mais específicos/explícitos.[35] Assim, existem situações em que o controle social nem sempre é perceptível nitidamente. São "impostos" padrões de comportamento que nos são apresentados como naturais oriundos de programas de televisão e rádio, artigos de revistas, propagandas, etc. Desta forma, os valores dos detentores do poder são prospectados ao se considerar as condutas que o representam como benéficas para a sociedade.

> Assim, por exemplo, os meios de comunicação social de massa induzem padrões de condutas, sem que a população, em geral, perceba isso como "controle social", e sim como formas de recreação. Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a essa essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica, etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.61).

Por outras vezes, o controle social é mais evidente e enérgico. Despe-se de suas sutilezas e atua manifestamente perante o indivíduo. Esta forma de controle social é exercida por meio das escolas, universidades, igrejas e, principalmente, pelo Estado. São, diferentemente do controle social difuso, formas institucionalizadas de controle social.

O controle social institucionalizado pode ser formalmente punitivo ou não. Não é raro, no entanto, utilizar-se de um discurso não punitivo de controle social que na prática acaba por ter esta característica. Cite-se, por exemplo, os casos de manicômios[36] onde os indivíduos são encaminhados para "tratamento" e, na realidade, são simplesmente alijados do meio social.

O controle social institucional formalmente punitivo, por sua vez, é representado pelo sistema penal. O sistema penal é um conjunto de agências que cuidam da criminalização. É constituindo por agências que operam tanto na criminalização primária quanto na criminalização secundária. A criminalização primária é o ato legiferante de criação da norma penal[37] e a

---

[35] Enrique Bacigalupo faz a seguinte classificação: "En la terminología moderna, el derecho penal, junto con los otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del *control social primario,* por oposición al *control social secundario,* que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el sistema educativo)." (BACIGALUPO, 1996, p.01).

[36] Documentário/livro que retrata bem tal situação é o "O holocausto brasileiro" de Daniela Arbex. Este livro conta a história do hospital colônia de Barbacena-MG onde aproximadamente 60 mil pessoas com doenças mentais morreram em decorrência do "tratamento".

[37] "Esta misma importancia de tas infracciones normativas de las que se ocupa el Derecho penal obliga, no sólo a dotarlo de un poder sancionatorio especialmente intenso, sino también de una forma especial de actuación que, al mismo tiempo, constituye la pieza clave para determinar su misión; esta pieza clave no es otra que la formalizacion (o si quiere la juridización). A través del Derecho penal el control social se formaliza". (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 1989, p.116).

criminalização secundária é o ato concreto de apuração, julgamento e execução das determinações da norma penal[38].

> Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacciónconcon el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el llamado sistema penal. La referencia a los entes gestores de la criminalización como agencias tiene por objeto evitar otros sustantivos más valorativos y equívocos (tales como corporaciones, burocracias, instituciones, etc.). Agencia (del latín agens, participio del verbo agere, hacer) se emplea aquí en el sentido amplio - y neutral- de entes activos (que actúan). (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p.07).

Nilo Batista (2007, p. 24 e 25) relata que Direito Penal e sistema penal não devem ser confundidos. Para o autor, o Direito Penal é composto por normas jurídicas que estabelecem as condutas sujeitas à imposição de uma pena e, ademais, regulam a incidência e a validades destas mesmas normas. Por sistema penal compreende a instituições incumbidas de realizar concretamente o Direito Penal. Desta forma, o Direito Penal, conjuntamente com outros instrumentos, disciplinará as condutas sociais em consonância com os interesses promovidos pelos detentores do poder.

> En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por medio la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc. (BACIGALUPO, 1996, p.01).

Uma observação interessante apresentada por Muñoz Conde é que a norma penal, apesar das aparências, deve ter um papel secundário dentre os vários instrumentos de controle social. O Direito Penal não é fonte de valores, apenas os ratifica. Quando outras instituições como a escola, a igreja, a família, não são suficientes para disciplinar as condutas abre-se a possibilidade da norma penal. Um Direito Penal desvinculado dos valores presentes na sociedade somente pode existir em um Estado autoritário, pois a gravidade da sua sanção (pena) exigirá o respeito a

[38] "Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. (...) la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p.07).

diversos princípios constitucionais/penais, destacadamente o princípio da *ultima ratio* e da exclusiva tutela de bens jurídicos.

> La norma penal, el sistema jurídico penal, el Derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento (MUÑOZ CONDE, 1995, p. 37).

Constata-se, desta observação, que o Direito Penal ratifica os valores presentes na sociedade dentro de um Estado Democrático de Direito. Os indivíduos, pela convivência social, têm desde o nascimento contato com os comportamentos considerados bons ou maus. Aprende-se com os pais, com os líderes religiosos, com os professores, etc. o modo aceito de comportamento dentro de uma sociedade. Os valores de uma sociedade são prévios às normas do Direito Penal. A norma penal que não for vinculada aos valores presentes na sociedade foge ao seu escopo (proteção de bens jurídicos)[39]. O Direito Penal é um *plus* e necessita das demais instituições sociais de controle social para exercer verdadeiramente sua função motivadora.

Percebe-se, por conseguinte, que a norma penal e as demais instituições de controle social têm uma relação de complementaridade. O Direito Penal, ao proteger os valores principais de uma sociedade, confirma as determinações estabelecidas pelas outras entidades de controle e, ademais, traz uma maior motivação frente à possibilidade de aplicação de sua grave sanção. O "ideal" é não necessitar do Direito Penal, contudo, existem situações tais que sua tutela se faz imprescindível diante da importância do bem jurídico envolvido e a debilidade de outros ramos do ordenamento jurídico para a sua proteção.

Acompanhando os ensinamentos de Nilo Batista, o Direito, mais precisamente o Direito Penal, é estabelecido para regular as situações concretas presentes no âmbito social. O Direito Penal reflete os valores preponderantes (ou da classe dominante) regulamentando as condutas dentro de um contexto espacial e temporal próprio.

> Quem quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano, ou o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias; no marco da proteção e da continuidade dessa engrenagem econômica, dessa "Ordem Política e Social". (BATISTA, 2007, p. 19).

---

[39] Francisco Muñoz Conde traz exemplo interessante deste descompasso ao citar o caso da "lei seca" dos Estados Unidos nos anos 20 do século passado (1985, p.39). No Brasil, pode-se citar o caso do delito de adultério que até 2005 era considerado crime pelo Código Penal.

Não pode se olvidar, todavia, que esta relação integradora entre o Direito Penal e as demais instituições de controle social pode originar um sistema autoritário de doutrinação e determinação do indivíduo frente ao Estado. "(...) como la experiencia histórica demuestra, puede desembocar en un claro proceso de facistización social, en el que el individuo devorado por esa máquina terrible que es el Leviathan estatal." (MUÑOZ CONDE, 1985, p.43). Neste contexto, o Direito Penal transforma-se em instrumento de dominação ao sujeitar o indivíduo ao mero interesse estatal.

Além disso, Muñoz Conde observa que um Direito Penal igualitário[40] e estabilizador de um consenso de vontades não é realizável dentro de uma sociedade de desiguais. Nos termos do pensador espanhol, o Direito Penal não protege igualmente, dentro deste contexto social, todos os bens jurídicos, mas, sim, os interesses principais das classes dominantes. Desta forma, a crítica a ser realizada é que o Direito Penal defende valores, contudo, não necessariamente frutos de um consenso social, mas os valores dos detentores do poder[41].

> (...) el sistema punitivo se presenta, pues, no como violencia inútil, sino como violência útil, desde el punto de vista de la reproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de quienes detentan del poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos. Em consecuencia, el sistema punitivo aparece, en un análisis científico, como un soporte importante de la violencia estructural y, si concebimos ésta en su acepción más vasta, de la injusticia social, reprimiendo las necesidades reales de la mayor parte de los individuos, las que, habida cuenta del desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas de la sociedad, podrían, empero, ser satisfechas si las relaciones sociales de propiedad y de poder fuesen distintas y más justas. (BARATTA, 2004, p.303).

Nilo Batista (2007) chega à mesma conclusão em seu livro "Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro":

> Podemos, assim, dizer que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em

---

[40] Ademais não se pode inclusive falar em uma isonomia de apuração e tratamento, pois nem todos os delitos perpetrados são apurados igualmente como no caso das cifras negras: "De esta forma, se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar. Sería falso, sin embargo, creer que solo se cometen aquellos delitos que se castigan. En realidad, es preciso distinguir entre delitos cometidos y delitos sancionados. La suma de delitos cometidos y la de los delitos sancionados no coincide. La diferncia es conocida como *cifra negra* de la delincuencia, expresión con la que se quiere designar a los casos no descubiertos pero que se sabe, con un grado plausible de seguridad, que han sido cometidos." (BACIGALUPO, 1996, p. 02).

[41] El Derecho y el Estado no son, sin embargo, expresión de un consenso general de voluntades, sino reflejo de un modo de producción y una forma de protección de intereses de clase, la dominante, en el grupo social alque ese Derecho y ese Estado pertenecen. (...) La tesis del Derecho penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación deJ hombre por el hombre. La única igualdad que se puede predicar ante el Derecho penal actual es la que Anatole France veía irónicamente como símbolo de la imperiosa majestad de la ley penal, la de que prohibe por igual, a los pobres y a los ricos, robar pan y dormir debajo de un puente. (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 44 e 45).

> classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais (ou "interesses", ou "estados sociais", ou "valores") escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de "missão secreta" do Direito Penal. (BATISTA, 2007, p.116)

Um Direito Penal racional (dentro de um Estado Democrático de Direito) dependerá umbilicalmente de um aperfeiçoamento da democracia e de uma superação da grande desigualdade social existente entre nós. Tal tarefa hercúlea se mostra extremamente difícil frente a um sistema capitalista que tem como próprio alicerce a desigualdade entre os homens, mas estas dificuldades acentuam ainda mais a necessidade da busca do aperfeiçoamento e da concretização dos ditames dos cânones do Estado Democrático de Direito[42]. Assim, nos termos, de Zaffaroni e Pierangeli:

> Esta não seria propriamente uma objeção, é uma razão a mais para limitar e modelar as penas. (...) Ainda que sempre se tutelem mais os bens de uns que de outros, o Direito Penal deve tender a diminuir estas diferenças e procurar a igualação de tutelas; ainda que o "sentimento de segurança jurídica" seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o Direito Penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social), e, em consequência, cada homem sinta que é maior o espaço social de que dispõe e a comunidade lhe garante ou, ao menos, deve procurar aumentar os antagonismos e contradições. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.95).

Percebe-se, então, uma relação íntima entre o Direito Penal e os fins perseguidos pelo Estado. Visualiza-se o "caráter "do Estado pelo Direito Penal sendo a recíproca também verdadeira.

2.5 Estado[43] e a violência do Direito Penal

Cláudio Brandão (2010, p. 41) leciona que o Direito Penal está diretamente ligado com a política. Como anteriormente mencionado, a forma como o Estado utiliza-se da violência da pena é um excelente termômetro para a constatação dos fins objetivados pelo Estado. Ao se analisar o

---

[42] Importante, também, ser mencionado que não é suficiente um Direito Penal democrático no plano da norma se as demais instituições de controle social, nomeadamente, o sistema penal não o for. A seletividade pode se dar tanto no âmbito da seleção dos valores protegidos quanto na persecução penal.

[43] Darcy Azambuja assim define Estado: "Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado" (AZAMBUJA, 2000, p.06). Nota-se que o autor ao mencionar com fim o "bem público" parte de uma noção democrática de Estado. Na verdade, os elementos caracterizadores do de uma sociedade em Estado são três, a saber: povo, território e poder soberano.

Direito Penal de um Estado pode-se perceber se está presente um Estado liberal ou autoritário[44]. "Através do Direito Penal se pode identificar a feição liberal ou totalitária do Estado, porque este ramo do Direito traduz o uso estatal da violência, formalizada pela Dogmática Jurídica"[45]. (BRANDÃO, 2010, p.41).

> O direito serve à sociedade, disciplinando a convivência humana em um contexto específico, e, justamente por isso, reflete uma determinada ordem axiológica e as prioridades de tal convivência. Antes disso, a existência de diversas conformações sociais condiciona também a existência de diferentes modelos de Estado, influindo diretamente no conteúdo das expectativas de comportamento que vão orientar, por sua vez, o estabelecimento dos instrumentos formais de controle social. A adoção de determinada opção político-social orienta, assim, de modo direito o conjunto normativo correspondente, impedindo que se possa afirmar aprioristicamente a existência de ordenamentos jurídicos valorados em si mesmos corretos ou incorretos, mas sim de ordenamentos mais ou menos coerentes com o modelo político-social ao qual se relacional. Qualquer reflexão sobre um ordenamento jurídico determinado deve, portanto, partir do pressuposto do modelo de Estado no qual este se insere. (BECHARA, 2014, p.31).

Mariano Silvestroni (2004), também, relaciona a teoria do Estado com as teorias da pena e do delito. Para o autor, uma análise axiológica do Estado deve ser feita pela perscrutação das formas como o seu poder se manifesta. E, dentre as diversas sanções estabelecidas pelo ordenamento jurídico, nenhuma tem a mesma força e violência do que a pena. Um estudo sobre como o Estado criminaliza as condutas e as sanciona demonstra a sua natureza.

> No se puede construir una teoría penal desvinculada de la teoría del Estado. Esto no quiere decir que a cada teoría del Estado le corresponda una determinada justificación de la pena, sino que los presupuestos de la primera condicionan el análisis posterior, en general de un modo negativo, descartando instituciones, criterios y argumentos que se le oponen. Por ejemplo, si como presupuesto de la justificación del Estado admitimos la prelación moral del individuo y su intangibilidad respecto de la mayoría, no podremos luego admitir una teoría de la pena que pretenda la resocialización de los autores de delitos; o si, como enseguida se verá, se asume a la confiabilidad de los procedimientos como pauta esencial de legitimación institucional, no puede negarse luego la vigencia del *in dúbio pro reo* (esencial para disminuir la posibilidad de error judicial), ni admitirse la pena de muerte que es una sanción que no admite vuelta atrás frente al error. (SILVESTRONI, 2004, p.11).

---

[44] Em sentido análogo leciona Paulo de Souza Queiroz: "O perfil do Direito Penal – autoritário ou democrático – depende, portanto, da conformação político-constitucional que se dá ao Estado. Afinal, as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência, enfim. Definir, ou redefinir, os fins e os limites do direito de punir supõe, portanto, conhecer, antes, os fins e os limites do próprio Estado. (...) Os limites do Direito Penal são os limites do Estado". (QUEIROZ, 2001, p.121 e 122).

[45] "Todo Direito Penal materializa, portanto, uma determinada política criminal, que depende por sua vez dos princípios de organização política próprios do Estado a que corresponde. Dessa forma, a natureza do Estado determina não apenas a finalidade perseguida pela sanção penal, com também, no âmbito da busca de efeitos preventivos, condiciona quais são as condutas que se quer evitar e a racionalidade na utilização dos meios de intervenção penal para esse fim." (BECHARA, 2014, p.33).

Para Cláudio Brandão (2002, p.44) o respeito ao princípio da legalidade é o principal indicador se um Estado é autoritário ou democrático. Salienta, inicialmente, que o princípio da legalidade é uma conquista frente ao antigo regime e ao Estado absolutista que o representava. Possui, por conseguinte, uma inafastável natureza política, pois é uma limitação ao arbítrio do monarca ao trazer o império da lei. Desta forma, ao se analisar a relação de um Estado com o princípio da legalidade pode-se perceber sua natureza e os fins que o orientam.

Primeiramente, Cláudio Brandão (2002, p. 45 e 46) exemplifica a relação do princípio da legalidade com o Estado Teocrático. Dentre vários Estados Teocráticos cita o Estado Islâmico (*Shari'a*). O Direito Islâmico[46] tem como fonte única Deus baseando-se, assim, na revelação. Seus principais livros são *Qu'aran, Sunna* ou *Tafsir*. Estes regulam este modelo de sociedade/Estado. Cláudio Brandão, ao analisar os crimes previstos nestes textos, observa que apesar da doutrina islâmica ter a preocupação com o princípio da legalidade, não respeita suas determinações. Existem, por exemplo, crimes com condutas indeterminadas (não taxativas) e crimes com sanções variáveis, ou seja, sem observar/respeitar os imperativos do princípio da legalidade. "Como o Direito Penal dos países árabes e islâmicos está impregnado de preceitos do Direito Muçulmano, seus próprios penalistas reconhecem a dificuldade de conciliá-lo com os princípios do Direito Penal contemporâneo que é fundamentado na Legalidade." (BRANDÃO, 2002, p.55).

Outra análise feita por Cláudio Brandão entre a relação entre o Direito Penal (Legalidade) e Estado é referente ao Estado Totalitário. O princípio da legalidade é, por razões evidentes, incompatível com este modelo de Estado. Em um Estado Totalitário o fim a ser perseguido é o próprio Estado e não o indivíduo. O Direito Penal é instrumento de submissão para atender a fins exclusivamente estatais. O princípio da legalidade com suas implicações é, na verdade, uma garantia justamente a este tipo de Estado. "Ora, se o Princípio da Legalidade importa a garantia

[46] Zaffaroni e Pierangeli (2015, p.178) relatam que o Direito Penal dos árabes em um período que precedia a Maomé era influenciado por outras culturas destacadamente pelos dos judeus. Tinha como características marcantes o talião e a vingança do sangue, ou seja, penas destacadamente cruéis. O Alcorão, de acordo como os autores, amenizou o estado de coisas e trouxe diversas reformas para a legislação penal. "Maomé tratou de amenizar a antiga lei penal que obrigava à vingança em caso de homicídio, através da morte pelo meio mais cruel, limitando-a à vingança pela mesma forma de morte infligida à vítima. Ademais, o Alcorão deixa aberta a possibilidade da composição, evitando desse modo, o talião. Castiga o perjúrio com relativa benignidade e proibia os jogos de azar. O Alcorão distingue claramente o homicídio doloso do culposo: se a morte é involuntária, o matador está obrigado a redimir um escravo crente e pagar o preço do sangue à família do morto, a menos que esta o perdoe (IV, 91). Da mesma forma que o antigo direito árabe, o Alcorão determina o apedrejamento para o adultério e amputação da mão para o furto." (ZAFFARONNI; PIERANGELI , 2015, p.178).

da pessoa humana frente aos possíveis abusos dos detentores do poder político estatal, ele é por natureza incompatível com o Estado Totalitário". (BRANDÃO, 2002, p.56)

Por fim, Cláudio Brandão (2002, p. 69) conclui que o Princípio da Legalidade e suas determinações é uma característica do Estado de Direito[47]. Tanto o Estado Teocrático quanto o Estado Totalitário não se preocupam propriamente com a limitação do poder estatal. Somente no Estado de Direito o Direito Penal encontra neste princípio seu baluarte. Conclui, o doutrinador:

> Se afirmamos que pelo Direito Penal podemos identificar a face política do Estado, porque ele é a mais grave forma de intervenção estatal na esfera individual, é correto se afirmar também que pelo Princípio da Legalidade podemos identificar o Estado que submete o poder político aos limites do Direito, amoldando-se na concepção, aqui exposta, do Estado Social e Democrático de Direito. (BRANDÃO, 2002, p. 69).

Santiago Mir Puig, ao tratar das bases do Direito Penal, igualmente observa que a função da pena se vincula com a função do Estado. "La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado" (MIR PUIG, 1994, p.29). Concebe-se o Estado pela função dada pela pena.

O pensador espanhol caracteriza as funções do Direito Penal dentro de um Estado Social e Democrático de Direito que merece, também, ser mencionada neste texto. Santiago Mir Puig (1994, p.31) observa que a expressão "Estado Social e Democrático de Direito", consagrada na maioria das constituições democráticas ocidentais[48], é fruto da adoção de uma síntese entre o Estado liberal e o Estado social. Relata que não é um mero somatório dos princípios existentes nestes dois modelos de Estado. Estes modelos fundidos em uma síntese assumem mais uma característica como necessária: a democracia.

---

[47] Cláudio Brandão (2010, p.53) salienta que nos tempos atuais não existe mais propriamente um Estado Liberal nos moldes apregoados pelos Iluministas. O que se verifica, independente de se adotar o sistema capitalista ou socialista, é a existência de um Estado intervencionista em maior ou menor grau. O autor pátrio relata que o Estado se utiliza de ações para, por exemplo, regular mercados, controlar a vida social, etc... Destaca, também, o pensador importância do princípio da legalidade dentro de um Estado Social e Democrático de Direito: "O princípio da legalidade constitui-se em um limite da intervenção estatal, sendo indissociável da ideia do Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. A legalidade preserva a liberdade e dignidade do homem, e assegura que esses valores não sejam arbitrariamente violados, pelo *jus puniendi* do Estado. Assim, em um Estado Social e Democrático de Direito o Princípio da Legalidade faz com que o Direito Penal sirva ao homem." (BRANDÃO, 2010, p.54 e 55).

[48] A Constituição Federal brasileira de 1988 utiliza-se (art. 1º, *caput*) da expressão "Estado Democrático de Direito": "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)".

O Estado liberal, nos termos de Santiago Mir Puig (1994), é uma contraposição ao Estado absoluto.[49] Este modelo estatal surgiu das revoluções burguesas, principalmente, da Independência dos Estados Unidos da América (1776) e da Revolução Francesa (1789). Tinha como premissas os direitos humanos de primeira dimensão, a saber: garantia da propriedade, participação política (da burguesia evidentemente) e, principalmente, a liberdade. O Estado liberal é a concretização do anseio burguês do século XVIII de uma igualdade formal e de liberdade ampla frente aos antigos desmandos do monarca. O "objetivo" do Estado é a garantia da liberdade formal dos indivíduos ao assegurar proteção da sociedade contra o próprio Estado (Estado mínimo/ *laissez faire*, *laissez aller*, *laissez passer*)[50].

> Este modelo de Estado aporta a la trilogia acogida en el artículo 1°, 1, de la Constitución la exigencia de que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas *garantías formales*, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. (MIR PUIG, 1994, p. 32).

Ana Elisa Bechara (2014, p.34) relata que o Estado moderno surgiu primeiro dentro desta concepção de Estado de Direito antes até mesmo de assumir um caráter democrático. Nos termos da pensadora pátria, o Estado de Direito nasce restringido por vedações, não se destinando praticamente a quase nenhuma prestação positiva:

> Observa-se, assim, que o núcleo essencial das primeiras cartas fundamentais -desde a *Magna Carta* inglesa e as Declarações de Direitos do século XVIII até os estatutos e as Constituições do século XIX- é formado por regras sobre os limites do poder, e não sobre sua fonte ou suas formas de exercício. Também sob a perspectiva axiológica, a limitação jurídica do poder procede à sua fundamentação democrático-representativa. Neste aspecto, o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais imposto legalmente aos poderes públicos, contrapõe-se ao Estado Absoluto na medida

[49] "O crescimento do pensamento humanista fez com que o Estado Absolutista cedesse lugar ao chamado Estado Liberal e, consequentemente, crescesse a preocupação com a limitação da intervenção do Estado na vida do indivíduo, sendo que a face mais notória da limitação da intervenção do Estado nas relações sociais se deu na questão econômica. (...) Emergiu então o Estado de Direito, em que a justificação e organização do poder se fundavam na legalidade e não mais na legitimidade, o exercício do poder se instituía e estruturava na lei, e quem legislava era a burguesia. Aliás, a pretensão de se organizar a realidade através de leis – pretensamente imutáveis- não foi uma característica somente do direito, mas sim de toda uma conjuntura que tentava compreender toda forma de construção do saber ou de fazer ciência a partir das Ciências Naturais e Exatas". (GOMES, 2019, p.38).

[50] "(...) a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien regime* – clero e nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e do governo irresponsável. (...) As instituições da democracia liberal – limitação vertical dos poderes, com direitos individuais, e a limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático." (COMPARATO, 2010, p. 63 e 64).

> em que garante formalmente os direitos individuais como condição indispensável da convivência social pacífica e da própria legitimidade do Estado, conforme o pensamento jusnaturalista e contratualista da Ilustração. (BECHARA, 2014, p.34).

De acordo com Santiago Mir Puig (1994, p. 25), a função da pena no Estado liberal[51] era tanto a prevenção de delitos quanto a retribuição pelo mal praticado. O Estado liberal, baseado numa perspectiva contratualista, destinava a pena uma função utilitarista ao proteger a sociedade do "dano social" (crime). Lado outro, pensadores como Kant viam na aplicação da pena um ideal de justiça totalmente desvinculada de finalidades preventivas ("ilha de Kant"). Para o filósofo, utilizar da pena com um fim preventivo era uma inaceitável instrumentalização do homem. Percebe-se que dentro do Estado liberal existiam duas concepções distintas de homem (utilitarista/ idealismo) que acabaram por dar, a depender do Estado em particular, uma função à pena retributiva ou preventiva.

> Tomada a noção de liberdade individual como ausência de coação, reclama-se ao Estado a não ingerência no âmbito de autonomia do cidadão. O princípio organizativo no âmbito liberal é, portanto, o de neutralidade estatal, deixando-se às forças sociais e econômicas governo do desenvolvimento e da evolução social. Dessa forma, no que tange ao Direito Penal, o Estado apenas está legitimado a interferir sobre as liberdades individuais de forma utilitarista, valer dizer, para a manutenção da ordem e da paz social contra a vulneração de regras básicas de convivência. A fundamentação do Estado Liberal no contrato social de Jean Jacques Rousseau, concebido como pacto subscrito pelos homens para a manutenção social, designou, então, ao Direito Penal a função de proteção da sociedade por meio da prevenção de delitos, cuja essência constituía um dano social. (BECHARA, 2014, p. 37).[52]

O Estado social, por sua vez, parte de um pressuposto diferente do Estado liberal. O Estado liberal, como supramencionado, tinha como premissa maior a liberdade. Esta liberdade irrestrita, principalmente de mercado, ensejou uma desigualdade social e uma exploração

---

[51] "Este último é tido como herdeiro do ideário iluminista e liberal, sendo caracterizado pelo fundamento contratualista, pela eleição de bens jurídicos individuais como objeto de tutela, pelos princípios garantistas de intervenção mínima ou da subsidiariedade, da legalidade, da culpa, da proporcionalidade, do fato e da humanidade das penas. A dogmática jurídico-penal do modelo clássico é construída segundo esta filosofia garantista e composta por categorias de contornos sólidos e definidos que erguem uma barreira instransponível a quaisquer desígnios político-criminais. (...) Neste quadro, a referência do comportamento a um bem jurídico recondutível a um direito individual funciona como critério decisivo da sua dignidade penal. A proteção de direitos individuais é arvorada em critério de legitimidade da intervenção penal. Torna-se inadmissível neste contexto a tutela autônoma de bens jurídicos universais, de amplo espectro, e a adoção de formas de tutela que se afastem da órbita da ofensa aos direitos e liberdades individuais. (...) No centro da imputação encontra-se o resultado ligado à ação por um nexo de causalidade. O resultado típico exprime o evento danoso, a lesão ao bem jurídico. Mesmo nos casos em que ele falta, como acontece na tentativa e nos crimes de perigo concreto, continua a funcionar como referência básica para a delimitação do ilícito punível". (DIAS, 2008, p. 217 e 218).

[52] Ana Elisa Bechara (2014, p.38) conclui em seguida que a superação do modelo absolutista pelo Iluminismo trouxe a superação da utilização do Direito Penal como mero castigo sem um fim social dando partida ao desenvolvimento do Direito Penal atual.

desmedida da classe proletária.[53] O Estado social surge da necessidade de superação da igualdade formal para uma igualdade material[54]. É a promoção dos direitos humanos de segunda dimensão, ou seja, a afirmação e concretização dos direitos sociais, culturais e econômicos. É o Estado intervencionista, também chamado de Estado do bem-estar social (*welfare state*).

> A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e empregados eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. (COMPARATO, 2010, p. 65 e 66).

Ana Elisa Bechara (2014, p.39) disserta que o Estado Social é uma mudança de postura do Estado frente à sociedade. É um paradigma que procura mitigar os defeitos do Estado Liberal destacando-se o excesso do privado/individual frente ao coletivo. Desta maneira, nos relata a autora, enquanto o Estado de perfil liberal procura assegurar as garantias jurídicas sob a perspectiva puramente formal, o Estado Social procura intervir materialmente nas mazelas sociais. De tal modo, o Estado Social, além de reafirmar os valores básicos do Estado Liberal, tais como a liberdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade geral, também procura efetivá-los materialmente atuando dentro da sociedade. Parte-se do pressuposto que indivíduo e sociedade não representam categorias isoladas e contraditórias, mas sim em implicação recíproca. (BECHARA, 2014, p.39).

Augusto Silva Dias (2008, p. 219) relata que o Estado deixa de ser um mero expectador para assumir uma postura ativa. Não é o fim do sistema econômico capitalista, mas ele deixa de ser exclusivamente concorrencial. Surgem "novos" atores no mercado como empresas de grandes

---

[53] "Em face dos efeitos e males históricos produzidos no contexto do modelo liberal, tais como o aumento das desigualdades econômico-sociais, da pobreza, das discriminações de todo tipo e de conflitos sociais em geral surge no início do século XX o Estado Social, na tentativa de superação das barreiras que separavam o Estado e a sociedade." (BECHARA, 2014, p.39).

[54] "A partir de finais do século XIX assiste-se nas sociedades ocidentais a um desenvolvimento econômico-social, potenciado pelo progresso científico e técnico e dirigido pela razão instrumental, que na sua lógica infinitista produz não só distorções no subsistema de mercado, mas também perturbações e rupturas no mundo da vida social, em virtude do aumento do desemprego, da miséria e da dissolução de laços familiares. Perante este cenário de crise, o Estado é forçado a abandonar o papel de garante passivo do livre jogo de forças econômicas e assumir papel intervencionista, quer regulando juridicamente esse jogo, quer reparando e integrando as consequências do mesmo tecido social." (DIAS, 2008, P.219)

dimensões e, principalmente, o Estado (protecionista e intervencionista). Tal fato irá reverberar no Direito como assevera o autor português:

> Tal impulso vem provocar uma alteração do modo de ser do Direito, que se torna instrumento de reforma e correção de assimetrias econômico-sociais, ganhando em volume e complexidade o que vai perdendo em estabilidade e coerência. Com efeito, à medida que vai quebrando a rigidez, a sistematicidade e a formalidade racionalistas, a matéria jurídica vai adquirindo, em seu lugar, flexibilidade, assistematicidade e materialidade. Flexibilidade para melhor se adaptar à matéria regulada, vaga e mutável por definição; assistematicidade porque, tendo a intervenção jurídica um sentido positivo, regulador, ela não só obedece aos padrões de racionalidade como se não compadece com a pretensão de perenidade dos Códigos clássicos; materialidade dado que, como Weber notou, o Direito tende a ser usado como meio através do qual o Estado realiza finalidades de condução e estabilização social. (DIAS, 2008, p.220).

No âmbito do Direito Penal, Santiago Mir Puig (1994, p.27) observa que, se em um Estado liberal a função da pena poderia ser retributiva ou preventiva a depender da concepção de homem, em um Estado social a pena somente poderia ter um caráter preventivo como fim. Recorde-se que o Estado social não é um Estado "inerte" como o Estado liberal. Desta maneira, no Estado social a função da pena é combater a criminalidade evitando-se delitos futuros.

> No se trataba sólo de realizar unal justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, maquinismo industrial y la aparición del proletariado. (MIR PUIG, 1994, p. 28).

O autor espanhol (1994, p. 29) adverte, inclusive, que o princípio intervencionista reitor de um Estado social pode levar a uma preocupação do Direito Penal com sua própria eficácia em vez de instrumento de promoção do indivíduo e da sociedade. Este descolamento do Direito Penal da proteção dos bens jurídicos para proteger interesses meramente estatais é próprio de regimes totalitários/autoritários. "La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficácia de la pena en terror penal. Éste es el peligro que encierra um Derecho penal concebido para se reficaz" (MIR PUIG, 1994, p.29). Este Direito Penal perde suas referências e limites constituindo-se em um meio de dominação ao transformar o indivíduo em meio e o Estado em fim.

> Paralelamente a esses fatores positivos, há, porém, que se admitir outros de natureza negativa, tais como o excessivo intervencionismo, apto a conduzir ao limite os conflitos políticos e sociais, colocando em perigo a própria existência da democracia. Nesse sentido, o ilustrativo exemplo histórico do regime nacional-socialista demonstra, a partir do uso impróprio da ideia de segurança ou da paz pública, as consequências desumanas a que pode aportar uma interpretação errônea dos princípios do Estado Social, evidenciando que suas prestações sociais podem servir como instrumento de legitimação de regimes autoritários. (BECHARA, 2014, p.40).

Perante estas adversidades acima expostas oriundas do paradigma do Estado Social, Ana Elisa Bechara informa que surge a fórmula do Estado Democrático de Direito. Almeja-se não somente submeter às intervenções do Estado Social aos limites formais impostos pelo Estado de Direito, mas, e principalmente, que sua orientação material, seus objetivos, sua fundamentação se dê dentro de uma concepção democrática. O desenvolvimento dos cidadãos é um escopo que deve ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito devendo para tal intento criar todas as condições sociais possíveis. (BECHARA, 2014, p.41).

A pensadora pátria (2014, p.42) destaca que o paradigma do Estado Democrático de Direito é uma alternativa cuja legitimidade não procede simplesmente de seu reconhecimento pela Constituição[55], mas a princípio baseia-se esta legitimidade da necessidade de submeter o poder estatal a limites jurídicos democráticos com fundamentos na ideia liberal sem se descuidar, entretanto, de se buscar amenizar os problemas sociais existentes. "Dessa forma, passa-se a considerar a importância dos interesses coletivos na medida em que condicionam a vida dos cidadãos. A razão é clara: o sistema social é posto a serviço do indivíduo, e não o contrário." (BECHARA, 2014, p.42).

O Estado Democrático de Direito, desta maneira, é estabelecido em um contexto pluralista de grupos e indivíduos o que acaba por originar um ordenamento jurídico que não atenda a todos os interesses. Impossível é a harmonia de todos os interesses e aspirações em uma sociedade composta, não tão raras vezes, por pretensões antagônicas. Todavia esta suposta imperfeição do Estado Democrático de Direito constitui sua maior virtude. A não existência de antinomias, ou seja, contradições só é possível em Estados Autoritários. O grande papel do Estado Democrático de Direito, como explica Ana Elisa Bechara, é trabalhar com estas contradições existentes dentro desta sociedade plural e contrapor e sopesar os interesses em conflito tendo sempre em vista a tutela dos direitos fundamentais. (BECHARA, 2014, p.42).

---

[55] Não obstante a Constituição exerce um papel primordial como explica Carla Silene Gomes: "Impede destacar, no entanto, que a lei no Estado Democrático de Direito não é um ato absolutamente livre, pois deve guardar consonância, positiva e negativamente, com o que é determinado pela lei fundamental. O Estado Democrático de Direito é marcado essencialmente pela pretensão de transformar o modo de pretensão capitalista, substituindo-o, aos poucos e continuamente, por uma organização social onde se estabeleçam níveis reais de igualdades e liberdades, sendo a Constituição o principal instrumento desta forma de Estado na realização que se propõe. (...) Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito é mais do que um simples resgate do Estado social ou uma forma de oposição ao Estado Liberal, ele procura agregar às conquistas dos modelos anteriores as chamadas promessas da modernidade, quais sejam, a igualdade, a justiça social e a garantia dos direitos fundamentais. Assim, as Constituições dos Estados Democráticos de Direito se tornaram pródigas em valores substantivos ao positivar direitos fundamentais e sociais que devem nortear a mudança social, conferindo ao Poder Judiciário, e principalmente aos tribunais que exercem o controle de constitucionalidade das leis, um papel absolutamente relevante." (GOMES, 2019, p.43)

No tocante a um Direito Penal dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, Santiago Mir Puig (1994) não se furta a trazer sua caracterização. Inicialmente, destaca que o Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito deve garantir a proteção da sociedade, ao prevenir o cometimento dos delitos, sendo estes comportamentos os que cidadãos consideram prejudiciais aos bens jurídicos. Mir Puig destaca que a função preventiva da pena dentro deste Estado limita-se pelos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade e da culpabilidade. (1994, p.37).

Desta maneira, é requisito a ser cumprido pelo Direito Penal em um Estado Democrático de Direito a necessidade do respeito a tutela dos bens jurídicos. Santiago Mir Puig assim se expressa:

> Quiero subrayar que um Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el *consenso* de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la *mera intimidación* que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que *sólo* usa de la intimidación de la pena en la medida en que con Ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las miñonas.(MIR PUIG, 1994, p.38).

Nota-se, assim, a importância apresentada por Mir Puig (1994, p.44) para a vinculação entre a proteção dos bens jurídicos e o Estado Democrático. Para o autor, a pena deve cumprir a tarefa de regulamentação da sociedade, ao garantir seu funcionamento, por intermédio da proteção dos bens jurídicos. Somente a tutela de bens jurídicos permite um Direito Penal Democrático não se contentando com a mera transgressão formal da norma. “Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jundica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico”. (MIR PUIG, 1994, pg.44).

Percebe-se que se impõe, para o autor espanhol, a necessidade tanto da tipicidade formal tanto da tipicidade material para um Direito Penal Democrático. Resumidamente, assim, expõe:

> Un Derecho Penal Democrático de Derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del *principio de legalidad*, tanto en su vertiente formal —sólo puede establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de *ley* (que ahora debe ser orgánica) anteriores al hecho enjuiciado—, como en su realización material —exigencia de determinación » de las proposiciones jurídico-penales (MIR PUIG, 1994, p.39).

Ana Elisa Bechara (2014, p. 43) destaca, também, que um Direito Penal somente ganha legitimidade democrática quando voltado aos interesses dos indivíduos que compõem a

sociedade, mas não somente isso. Há um imperativo de necessidade para o fim de evitar delitos conforme o princípio da intervenção mínima e seus desdobramentos necessários quais sejam: subsidiariedade e fragmentariedade. O Direito Penal democrático é sempre a *ultima ratio* frente a outros meios de controle social e proteção dos interesses sociais. Deve-se dar ênfase a meios de incentivo ou destituídos de punição como uma adequada política social. Só após esta etapa, como bem assinala a autora, passa-se a mecanismos sancionatórios de controle social não-penais, nomeadamente, civis e administrativos para, por fim, como, na falta de outra "solução", utilizar-se do Direito Penal.[56]

> Nessa linha, a proteção da segurança social não deve ser diretamente relacionada ao Direito Penal, mas sim ao Direito em geral, sendo a intervenção penal apenas um dos instrumentos (na verdade, o último) a cooperar com o ordenamento jurídico em tal tarefa. Por isso, quando a proteção da sociedade possa ser obtida por outros meios preferíveis por serem menos custosos aos direitos individuais, o Direito Penal deixa de ser necessário, em coerência com a exigência, no âmbito democrático, da busca de maior bem com o menor prejuízo social. Esse raciocínio conduz à fundamentação utilitarista da intervenção penal, não no sentido de maior eficácia possível, e sim do mínimo de prevenção imprescindível. (BECHARA, 2014, p. 43).

Conclui-se, por fim, que o que difere o Direito Penal do terror do Direito Penal liberal e, consequentemente, um Estado autoritário de um Estado de Direito é a limitação ao *jus puniendi.* Frente à possibilidade de uma perspectiva déspota da utilização do Direito Penal é imprescindível, dentro de uma sociedade democrática, um Direito Penal respeitador de princípios limitadores. Um Direito Penal racional somente pode ser alcançado dentro de um Estado Social e Democrático de Direito quando se observa[57], principalmente, quanto à sua aplicação, dois princípios penais fundamentais, a saber: o princípio da legalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

[57] Não se quer com isso negar a importância dos outros princípios penais, mas neste instante importante é salientar a relevância destes para o método de aplicação da lei penal no tocante a tipicidade.

3- DIREITO PENAL E A BUSCA POR SUA LEGITIMIDADE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E METODOLÓGICA

A formação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito não é oriunda de um único momento. Este perfil de Estado foi erigido dentro de um processo que remonta as revoluções burguesas do século XVIII perpassando por todo século XIX e XX. É uma síntese das aspirações e direitos presentes nos modelos de Estado que o precederam (Estado Liberal e Estado Social). De igual maneira, o Direito Penal democrático pertencente a este paradigma de Estado foi edificado nos decorreres destes mesmos séculos. Sociedade, Estado e Direito percorrem a mesma trajetória. Os institutos jurídicos formalizados pelo Estado são frutos das sociedades que procuram disciplinar. A relação entre Estado e Direito é umbilical e ambos são influenciados por contexto social. O lugar e o tempo de uma sociedade determinam o Estado e o Direito.

Isto posto conhecer a trajetória do direito penal dentro do desenrolar da história permite compreender os institutos atuais. Destaca-se que falar de uma história do Direito Penal é tratar do desenvolvimento do seu método. A compreensão, mesmo que breve, do desenrolar da história do Direito Penal permite perceber a importância dos seus institutos dentro daquele contexto e até quando ainda representam importância dentro do momento presente. Se o Direito Penal democrático pertence ao Estado Democrático de Direito e se este é a síntese dos paradigmas do passado, conhecer os paradigmas do Direito Penal pretérito e conhecer as bases do contemporâneo. É um estudo preliminar que auxilia na compreensão de fundamentos do Direito Penal democrático donde provém o Direito Penal Ambiental.

3.1 Considerações iniciais

Como mencionado no capítulo anterior, o Direito Penal tem como característica intrínseca a violência. Como leciona Cláudio Brandão (2010) diversos delitos trazem na sua própria definição típica a presença da violência. Cite-se, a termos de exemplo, um dos delitos mais comuns praticados no cotidiano que é o delito de roubo (art. 157 do CP): “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou

depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência[58]". Outro delito que também apresenta a violência ou a grave ameaça na sua configuração é o delito de estupro (art. 213 do CP): "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Nota-se sem muitas dificuldades que em ambos os casos a violência ou a grave ameaça a pessoa deverão estar presentes na conduta para a adequação típica. "Deste modo, o uso de uma energia física contra um ser humano, capaz de alterar a sua conformação anatômica, capaz de danificar sua saúde ou, até mesmo, hábil para lhe ceifar a vida, é presente em muitos dos crimes previstos pelo Direito Penal." (BRANDÃO, 2010, p.08). Percebe-se, de tal maneira, que inúmeros delitos presentes na legislação penal pátria trazem em seu âmago a violência ou a ameaça seja de forma explícita ou implícita[59].

Ademais, como já salientado outrora e nunca e demais repetir, a pena é uma violência também, pois retira ou restringe do infrator direitos fundamentais. As penas elencadas no art. 32 do CP[60] se dirigem a direitos fundamentais do indivíduo, quais sejam, a liberdade e o patrimônio. Ademais, apesar de não elencada no art. 32 do CP, verifica-se inclusive a previsão da pena de morte no ordenamento brasileiro para os crimes militares próprios em tempo de guerra, nos temos do art. 5°, XLVII, da Constituição da República de 1988[61]. Vide o art. 55 e 56 do Código Penal Militar (DL 1001/69) que versam sobre a pena de morte:

> Art. 55. As penas principais são:
> **a) morte;**
> b) reclusão;
> c) detenção;
> d) prisão;
> e) impedimento;
> f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função;
> g) reforma.
> Art. 56. A **pena de morte** é executada por fuzilamento. (grifo meu).

---

[58] Encontra-se no delito de roubo a denominada violência imprópria que é a utilização de um meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima como na situação de roubo onde o agente faz uso de sonífero para a subtração dos bens da vítima ("boa noite cinderela").

[59] O maior exemplo de um delito cometido com violência implícita na nossa legislação penal é o homicídio (art. 121 do CP): "Art. 121. Matar alguém". O delito mais sucinto do Código Penal não menciona a violência na sua formulação típica, mas dúvidas não há que é o delito mais grave do nosso ordenamento jurídico, pois além do modo de execução envolver geralmente a agressão física subtrai o bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, qual seja, a vida.

[60] "Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa."

[61] "Art. 5°. (...) XLVII - não haverá penas :a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;"

Diante do exposto tanto o crime como sua resposta ensejam violência. Possibilita-se, assim, como a consequência jurídica do crime, lesões ou restrições a direitos fundamentais com resposta a delinquência, sendo a pena de morte a sanção mais severa. Aliás é importante mencionar, como explicam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a pena de morte ficaria fora do conceito de pena diante da sua impossibilidade de cumprir uma função preventiva especial particular.

> Para o atual horizonte de projeção do Direito Penal, a pena de morte fica fora do conceito de pena. Vimos que no Direito Penal contemporâneo a pena tem uma função preventiva especial particular, reconhecida até mesmo pelos partidários da prevenção geral, visto que admitem que a execução da pena exerça este papel. Pois bem, a chamada "pena de morte" não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente. Não se trata de uma pena, mas de um simples impedimento físico, como amputar a mão do batedor de carteiras ou erguer um muro que impeça o avanço de pedestres e veículos. Seu tratamento já não é atribuição do Direito Penal, restando examinar se é admissível para o resto da ordem jurídica. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.699).[62]

O que se constata, portanto, é que a pena tem um caráter de inflição de sofrimento. É o que se verifica dentre as suas significações na língua portuguesa. No vocabulário comum a pena apresenta o significado de aflição, castigo, sentimento provocado por sofrimento alheio.[63] Ao se buscar a origem etimológica da palavra a mesma significação se apresenta: *ponos* do grego (dor), *poena* do latim (sofrimento) e *punya* do sânscrito (purificação). Como esclarece Cláudio Brandão, no entanto, a pena é uma reação que o Estado procurará legitimar por intermédio do Direito Penal. (BRANDÃO, 2010) E essa legitimação passará dentro de um Estado Democrático de Direito por uma limitação ao *jus puniendi* estatal dentre as quais tem o bem jurídico como vetor como será adiante relatado.

---

[62]No tocante a pena de morte no direito pena militar ainda se expressam os autores: "cabe indagar se nossa afirmação abarca também pena de morte prevista no âmbito do Direito Penal militar. Entendemos que chamada pena de morte não é pena em qualquer ramo do Direito Penal, mas que o Direito Penal militar em tempo de guerra merece uma consideração especial. A guerra é o fracasso do direito, é um fenômeno que escapou do direito. Frente a este fenômeno, a legislação de guerra não faz mais do que prever algumas consequências desta especial circunstância, dentre as quais cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, isto é, de inexigibilidade de outra conduta especialmente regrada, e frente a qual se encontra o exército como instituição de emergência. É claro que por "guerra externa" deve-se entender o tempo durante o qual há um estado de guerra internacional que surte todas as suas consequências jurídicas, inclusive a aplicação de normas internacionais a respeito (tratamento concedido aos prisioneiros, submissão à proibição de certas armas, etc)." (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.699

[63]https://dicionario.priberam.org/pena acesso 12 set. de 2020.

3.2 Breve histórico do Direito Penal (direito penal do terror)

A história do Direito Penal remota aos primórdios da própria história da humanidade e caracteriza-se em marchas e contramarchas na busca de sua humanização, isto é, se estivermos tendo como paradigma um Estado Democrático de Direito. Esta questão talvez precise ser mais bem clarificada.

> Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todas as épocas ainda as mais remotas, acessíveis à indagação histórica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo, que perturbou e porque perturbou a esfera de poder e da vontade de outrem. Podemos, pois, assinalar a pena como um fato histórico primitivo, e não erraremos, se virmos justamente no Direito Penal a primeira e a mais velha camada da história da evolução do direito, e considerarmos o injusto como a alavanca tanto do direito como da moral. (LISZT, 2006, p.05).

Hodiernamente não se concebe, pelo menos nos países democráticos, um Direito Penal do terror. O Direito Penal nas sociedades democráticas contemporâneas não se pode desvincular de alguns "cânones" que lhe impõe limitações frente ao indivíduo. Como salientado alhures somente faz sentido falar-se em Direito Penal democrático em uma sociedade também democrática. Parece óbvio, mas, não raras vezes, o evidente precisa ser dito. Pensar na história do Direito Penal, na sua cientificidade e na busca da sua legitimidade buscando com referência sua humanização apenas faz sentido em um Estado Social e Democrático de Direito. Pensar em uma "evolução" do Direito Penal que respeite a dignidade da pessoa humana corrobora a ideia que o Estado é meio de promoção do indivíduo e é dentro desta perspectiva que se procurará fazer um breve escorço da história do Direito Penal para, se for possível, procurar estabelecer alguns pontos em prol da sua legitimidade.

Ao se analisar as características do Direito Penal nas sociedades simples[64] nota-se a presença constante de uma perspectiva religiosa nas punições de seus membros. O político e o religioso formavam um amálgama e a punição envolvia estas duas esferas. O arbítrio era característica presente, pois os reis e imperadores quando não eram representantes da divindade na Terra eram considerados quase deuses. Desta maneira, aplicava-se o castigo ou a sanção

[64] "O Direito Penal sempre esteve presente na vida humana em sociedade. Deste modo, o Direito Penal fez-se presente nas sociedades simples, chamadas impropriamente pelos historiadores do direito penal de sociedades primitivas e a prova da sua existência é apresentada através de muitos testemunhos corporais que puderam conservar-se através do tempo." (BRANDÃO, 2019, p.279)

corporal, via de regra, objetivando-se aplacar a ira divina e restabelecer a harmonia. Com a punição do infrator o equilíbrio com a norma violada restabelecia-se e a comunidade ficaria isenta de sofrer a sanção divina. Resgatava-se com isso a proteção divina e os "favores" consentidos pelos deuses.

> Para ello, lo más importante es relacionar la idea de derecho penal con la de lo prohibidoen grado supremo. Esta idea se muestra en la prehistoria constantemente vinculada a un sistema sumamente extendido y complejo, en el cual lo prohibido se confunde en un solo principiomágico, fundamentalmente religioso, ai cual modernamente se le ha dado el nombre de sistema de prohibiciones tabú,tomándose esta palabra de diversos dialectos polinesios. El hecho más importante derivado del estudio de esse género de prohibiciones consiste en que ellas, si bien tienen um carácter fundamentalmente religioso, también desempeñan uma función civil. Los tabú civiles "no son sino una extensión más reciente de los tabú mágicos o religiosos, que son el fundamento de lainstitución". Este tipo de prohibiciones tiene un fundamento mágico. La acción mágica asume una forma positiva, el hechizo, consistente en hacer una cosa para que ocurra un suceso deseado, y una forma negativa, el tabú: si haces tal cosa, sucederá tal desgracia. (SOLER, 1992, p. 62 e 63).

Dentre as legislações antigas uma das que merece especial destaque é o Código de Hamurabi. Em seu livro de Derecho Penal: parte general, Rafael Piñero (2006) destaca a importância do Código de Hamurabi (Babilônia) como uma das mais antigas legislações penais da humanidade datado aproximadamente de 2300 anos antes do nascimento de Cristo.[65]

> La más importante legislación penal fue el celebre código del rey Hamrnurabi, del siglo XXIII a.c. (entre el 2285 y el 2242 a.c.), que contiene disposiciones civiles y penales. Este texto distinguía entre hombres libres y esclavos y establecía penas para varios delitos. La composicibn, devolviendo el triple de lo tomado, se admitía para los casos de algunos delitos meramente patrimoniales. Conforme a la concepción de la época, en que los esclavos y los niños se consideraban cosas, estos podían ser objeto de hurto. Establecía penas drásticas y de aplicación inmediata: el ladrón que era sorprendido cometiendo una efracción de muros, era muerto y emparedado; el que cornetia un hurto calamitoso aprovechando un incendio, era echado a las llamas; la que comet:a adulterio era arrojada al rio con las manos ligadas. Una de las penas era también la expulsión de la ciudad, que se aplicaba a delitos menores. Se consideraba gravísima la ingratitud para con los padres adoptivos. El principio talional campeaba en toda esta legislación: se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte.[66] (ZAFFARONI, 1998, p.325).

---

[65]"El código más antiguo que se conoce es el de Hamurabi (1950 a. I. C.) l , en el cual se encuentra el carácter público del derecho penal firmemente establecido, pues la protección del rey sobre los subditos se extiende minuciosamente a todos los bienes. Su característica más destacada es la gran cantidad de disposicionesde naturaleza talional. Como expresión de adelanto considerable encontramos la distinción entre hechos intencionales y no intencionales. Se admite el juicio de Dios. La autoridad de la ley y la del rey mismo tienen un sentido firmemente protector de la víctima de la injusticia". (SOLER, 1992, p.69)

[66]"Da Babilônia procede o mais antigo Direito Penal conhecido, através do código de Hammurabi, do século XXIII a.C. (entre 2285 e 2242 a.C.), que contém disposições civis e penais. Este texto distinguia entre homens livres e escravos e estabelecia pena para vários delitos. A composição era permitida em alguns delitos meramente patrimoniais, com a devolução do triplo do que havia sido tomado. Os escravos e as crianças eram considerados coisas, podendo ser objetos de furto. Eram estabelecidas penas drásticas e de aplicação imediata: o ladrão, surpreendido ao cometer arrombamento, era morto e emparedado; aquele que cometia furto aproveitando um incêndio era jogado às chamas, a mulher que cometesse adultério era jogada ao rio com as mãos atadas. O princípio

Importante, de igual maneira, é o Direito Penal logrado pelos antigos hebreus. Sua fonte principal era o denominado Pentateuco (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números, Deuteronômio). O antigo testamento (denominação católica) nos termos da tradição da teologia é oriundo de Moisés e é destinado ao povo escolhido. O que se percebe no Direito Penal de Israel é sua severidade e o caráter talional de suas sanções. "Esta legislación penal tiene un profundo sentido religioso; asi, el derecho a castigar dimana del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, y el perdón de El se ruega mediante sacrifícios de caráter expiatorios; la pena tiene un din de contrición, de intimidación, y su medida es el talión". (PIÑERO, 2006, p. 42).

O Direito Penal da antiga china igualmente estaria imerso por um caráter sagrado e brutal e estaria contido no Livro das cinco penas. "Tales penas eran las seguientes: amputación de la nariz; amputación de las orejas, obturación de los orifícios del cuerpo, incisiones en los ojos y muerte, penas que al parecer de los Miao, que pasan por ser los inventores de las mismas." (PIÑERO, 2006, p. 42). No mesmo sentido expõe Zaffaroni ao retratar o Direito Penal na China com suas características:

> Toda vez que los orígenes de la legislación penalchina -como los de su historia-, se pierden en confusión con la leyenda, resulta difícil referirse con certeza a su remota legislacióncriminal. Estos relatos hacen elevar a veintiseis siglos antes de Cristo a las primeras dinastías, que luego de una epoca en la que no sehabrían requerido leyes penales (la "gran legalidad") introducen una legislación tremendamente cruel, castigándose como delito más grave la rebelión y estableciéndose varias formas de penas de muerte, amputaciones, castración y marcas a hierro en la frente. Noobstante, parece que, según las mismas fuentes, esta legislación penaladolece de empirismo, en tanto que hacen remontar la primera leación sistemática al siglo XXlI a.c., con los llamada "emperadores místicos". (ZAFFARONI, 1998, p. 321)

Com referência a Índia sua mais antiga legislação com conteúdo penal é encontrada no Código de Manu[67]. Rafael Piñero (2006) nos adverte que sua datação gera controvérsias. Para alguns data dos séculos XIII a XII antes de Cristo. Outros afirmam que suas disposições são do século XI aproximadamente. Fato é que o pensador a considera o "diploma" mais completo do antigo oriente salientando suas qualidades:

> El Código de Manú tiene una rara perfección técnica para su época, cualquiera que sea su cronologia exacta; la penalidad es de uma idealidad muy elevada; el reo, cumplidor de su condena, subia al cielo tan limpio de culpa como el mejor de los justos. En dicho

---

do talião permeava toda essa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte". (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.170).

[67]"Las Leyes, Libro o Código de Manú, que son el más elaborado texto penal de la India, provienen de fecha sumamente controvertida por los historiadores, que algunos sitúan en el siglo XIII a.c. y otros en el siglo V a.c. Este código asignaba a la pena una función eminentemente moral, pues purificaba al que la cumplía. Este texto daba adecuada importancia a los motivos y distinguía la culpa del dolo y del caso fortuito". (ZAFFARONI, 1998, p. 323).

> código se estableció la diferencia entre imprudência, caso fortuito y las causas o motivaciones de los delincuentes. Desafortunadamente en la práctica, tanta perfección jurídica se vio entorpecida, cuando no definitivamente frustrada, por la división en castas y por prejuicios religiosos. (PIÑERO, 2006, p. 43).

Cláudio Brandão (2010) sintetiza de forma precisa este período da história do Direito Penal primitivo:

> Na sociedade primitiva, o Direito Penal tinha um caráter sacerdotal e teocrático. Essa confusão entre Direito Penal e religião é própria da cultura da época, na qual todos os valores, quer políticos quer religiosos, bem como todas as normas da ética e da honorabilidade popular formavam um conjunto entrelaçado. Isto posto, a aplicação da pena era feita pelos sacerdotes, visto que o crime era sempre a violação das normas sagradas. Deve-se salientar que o sacerdote gozava de ampla competência penal, porque funcionava como intermediário entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena o sacerdote evitaria a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano. (BRANDÃO, 2010, p. 25).

Conclui-se assim a o caráter extremamente religioso do Direito Penal. A pena e a punição por uma infração religiosa eram institutos inseparáveis que se auto completavam. Eram uma coisa só. A pena era marcada por excessiva violência física contra a pessoa e a maioria das "legislações" trabalhava na aplicação dela com o talião[68]. A punição era vista como pode-se observar na maioria das sociedades antigas como uma forma de acalmar os deuses e restabelecer o equilíbrio diante da quebra do tabu[69].

O Direito Penal nas remotas sociedades era marcado por um fundamento religioso e por ter como normas de comportamento aquelas provenientes da própria fé. Ao se analisar o Direito Penal grego se percebe uma mudança de postura. Guardadas as devidas proporções com o direito atual, o Direito Penal afasta-se desta extrema religiosidade e avança em um sentido mais laico.[70] O caráter da pena irá neste período perder, em parte, a extrema brutalidade levando-se em

---

[68]"Pero sin duda alguna es el principio talional el que se presenta en la base de la mayor parte de las legislaciones antiguas, como ocurre en el Código de Hammurabi (Babilonia) y en el derecho penal hebreo -apoyados en sus ideas y textos religiosos-, aunque en uno y otro se admite la composición, sea para los delitos de efectos puramente patrimoniales, sea para los que se consideran de menor gravedad. En las antiguas culturas americanas, el principio talional aparece en derechos de una elaboración relativamente avanzada, como el de los aztecas (Código de Netzahualcóyotl). La tendencia hacia la individualización de la pena y, por ende, de la responsabilidad -que va abandonando la primitiva objetividad- se aprecia sobre todo en derechos de fuerte conténido religioso, como el de la India (Código de Manu) que asignaba a la pena un sentido purificador y distinguía la culpa del caso fortuito, o en las progresiones del derecho penal hebreo (Talmud) que configura la culpa, la preterintención, el error, la legítima defensa y aun instituciones que permiten una mayor precisión en la individualización cuantificatoria de la pena, como la de la reincidencia." (CREUS, 1992, p.31).

[69]Tabu é um vocábulo que tem origem na polinésia que apresenta significação dupla: o sagrado e o proibido.

[70]"Pero al genio de este pueblo se deben dos pasos fundamentales para la historia de las instituciones jurídicas: la reducción del poder político a un poder humano liberado de lasbases teocráticas típicamente orientales, y la gradual elevación del individuo a la autoconciencia de su valor personal. Ambas evoluciones no se cumplieron sino en el curso de varios siglos". (SOLER, 1992, p.70).

consideração é claro as penas aplicadas nos tempos mais pretéritos (o que não afasta sua violência). Neste estágio o Direito Penal deixa de "pertencer aos deuses" para se tornar temporal.

> La legislación penal griega en general, se ha perdido, conservándose sólo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias. Una idea bastante clara del proceso penal ateniense nos la proporciona el juicio de Sócrates que se consserva principalmente por obra de Platón. Por medio de estos fragmentos de obras filosóficas y literarias, sabemos que en Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que, como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base politica teocrática de los estados antiguos. Pese a ello, bueno es advertir que Sócrates fue juzgado y condenado por un delito contra la religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir.[71] (ZAFFARONI, 1998, p.332).

Uma característica do Direito Penal grego é sua falta de unidade. Este fato se deve a própria circunstância que a Grécia antiga não era um país (usando uma terminologia atual). As cidades-estados gregas eram independentes umas das outras e possuíam suas específicas legislações. Ademais as fontes são fragmentárias, imprecisas e raras. Mesmo diante desta dificuldade pode-se dividir este período em três épocas: a legendária, a religiosa e a histórica. No período legendário, a vingança privada tinha primazia e esta não se limitava ao infrator ao atingir, no mais das vezes, toda a sua família. Em um período posterior o Estado imporia as penas, mas o delito era marcado por um aspecto religioso onde quem praticasse um delito deveria se purificar e os conceitos de religião e pátria se identificavam. Por fim, o terceiro período a pena não teria um referencial religioso, mas seria caracterizada por fundamentos morais e civis. Todavia, importante destacar que Rafael Piñero (2006) não deixa de assinalar que estes períodos não são perfeitamente determinados, senão que conceitos novos se mesclam com antigos que, todavia, subsistem.

> Sin embargo, la evolución más significativa, como muy bein señala Glotz, es la que se produce en orden a la responsabilidad, que en el transcurrir de varios siglos pasa de ser coletiva (genos) a decantarse individualmente. Es cierto que aun en las épocas más antiguas, el derecho griego solo castigo al autor del delito (tratándose de delitos comunes), pero en los delitos de tipo religioso o político se dieron, durante mucho tiempo, sanciones de carárter colectivo: los infractores eran expulsados de la paz, atimia, cualquiera podia matarlos y apoderarse de sus bienes, etc. La atimia desapareció en el

[71]"Conservam-se apenas fragmentos da legislação penal grega em obras dedicadas em outras matérias. Por meio desses fragmentos filosóficos e literários sabemos que em Atenas a pena havia perdido a crueldade que caracterizavam as penas antigas. Como consequência da base política da polis (cidade-estado grega), sua lei penal não tinha base teocrática: os gregos não julgavam em nome dos deuses. Embora a legislações de Atenas e Esparta diferenciassem notavelmente, não há dúvida que tanto uma como a outra estavam bem distantes da concepção teocrática do Estado. Com Grécia e Roma o Direito Penal se laiciza, torna-se mundano. Essa não será uma conquista definitiva na história do homem porque, como veremos, há um longo caminho de marchas e contramarchas, mas, de qualquer maneira, é o momento em que, na antiguidade, alcança-se o maior grau de laicização. O gênio grego não mostrou predileção pelo jurídico, mas lançou as bases por onde circulariam as primeiras escolas romanas." (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.169).

> siglo IV antes de Cristo y en el siglo V, el llamado de siglo de Pericles, terminó el castigo capital colectivo, y de esta forma se obtuve el carácter individual de las penas. (PIÑERO, 2006, P.44).

Conclui-se que falar em um direito grego como um ordenamento único e uniforme não é possível. Percebe-se que a Grécia Antiga era constituída por cidades-estados que apresentavam seu próprio ordenamento jurídico. O que se verifica, no entanto, apesar das diferenças entre estes textos legais provenientes de cada *polis* é que este período seria uma etapa de transição entre as legislações do oriente e do ocidente.[72]

Franz von Liszt em seu Tratado de Direito Penal alemão (2006) divide o Direito Penal dos romanos em três períodos, a saber: 1) O período que se estende até o VII século da cidade; 2) o período do processo perante as comissões e 3) o período imperial. Rafael Piñero (2006) no seu Direito Penal: parte geral também expõe o Direito Penal dos romanos de forma tripartite, porém prefere outra nomenclatura: 1) O direito romano primitivo; 2) a afirmação definitiva do Direito Penal público e 3) *la cognicio extra ordinem*.

O período que se estende até o VII século da cidade tem como especificidade a rigidez com que o delito é considerado uma afronta a ordem jurídica estabelecida e protegida pelo Estado, sendo a pena uma reação ao crime cometido. Liszt (2006) esclarece que não havia naquela época uma total ausência de uma concepção religiosa do Direito Penal, contudo ia operando-se de forma contínua a distinção do *jus* e do *fas* e como afirma o pensador alemão triunfou a pena civil imposta pelo Estado.

> Não faltam, na verdade, numerosos e importantes vestígios de uma concepção religiosa do Direito Penal, que se notam na *expiatio e execratio capitis* com a *consecratio bonorum*, como reconciliação da divindade com o pecador constrito, e como a expulsão do ímpio da comunhão religiosa. Iguais indícios encontram-se nas sevicias exercidas sobre os pais pelos filhos, na *fraus* cometidas as relações entre patrono e os clientes, no arrancamento do marco, na omissão da operação cesariana, na morte do boi de lavoura, e mais tarde ainda na violação das *leges sacratae* e das pessoas sacrosantas. (LISZT, 2006, p.10).

Uma observação importante a ser feita sobre os crimes neste período é que estes poderiam estar divididos em torno de duas figuras criminais, a saber: *a perduellio e o parricidium.* Conforme se expressa Liszt (2006, p.11) *a perduellio* envolveria a guerra civil e perversa, a guerra contra a própria pátria, ou em termos modernos, a traição contra o país. Seria o

[72]"No debe olvidarse, sin embargo, que la vida política griega se desarticula en una serie grande de instituciones locales de las ciudades, y que, por esto, por encima de la importancia histórica —muy relativa— del derecho penal griego, el aporte fundamental de ese pueblo consiste en que en Grecia, por primera vez, el pensamiento humano construye uma completa base teórica de la política y del derecho, la cual se há de asentar todo el pensamiento científico de Occidente." (SOLER, 1992, p.71)

gérmen do desenvolvimento dos crimes políticos. O *parricidium* é o homicídio contra o concidadão e prende-se ao grande grupo dos crimes comuns. O homicídio seria, assim, uma ofensa à ordem jurídica do Estado e a sua infração não foi relegada a livre vontade dos familiares do ofendido e nisto estaria a maior distinção, como salienta o pensador, para o direito germânico. Ademais a estas figuras encontra-se também cominada a uma pena pública outros delitos como os de incêndio, suborno ao juiz, sortilégio[73], etc.

> En Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal tuvo un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V a.C), ya el derecho se encuentra laicizado y se estab!ece la distinción entre los delicta publica y los delicta privata. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interes del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. No obstante, no debe pensarse que en el concepto de delicta publica se incorporaban sólo delitos contra el Estado. La delitos públicos se formaron en torno de dos conceptos básicos: los delitos de perduellio y de parricidium. Estos delitos son los padres de los grandes grupos de delitos, es decir contra el Estado y delitos contra los particulares. Debe recordarse que el panicidium previene de la muerte del pater, es decir, del hombre libre (que sólo era el pater familrae, jefe de la gens). (ZAFFARONI, 1998, p.336)[74].

Por fim o que se verifica ao final deste primeiro período de Direito Penal romano é uma tendência de atenuação da austeridade firme da legislação penal. As disposições penais não foram ampliadas e nota-se um abrandamento no tocante a pena de diversos delitos, principalmente após as leis das doze tábuas.

Como informa Rafael Piñero (2006, p. 47) a segunda fase do Direito Penal romano iniciou por volta do ano 149 a.C. e é uma afirmação definitiva do Direito Penal público. O autor relata que no ano de 605 da era romana apareceu na vida pública uma inovação, que no início tinha pouca significação, todavia em um momento posterior teve várias consequências na ordem jurídica e política. As queixas das províncias (provincianos) contra seus governantes (queixas conhecidas por uma justiça senatorial dos recuperadores) sobre o que fora espoliado passaram a serem julgadas por uma comissão permanente do senado sobre a presidência de um pretor em virtude da *Lex Calpurnia de repetundis.* Estabeleceu-se a primeira *questio perpetua,*que tinha como objetivo julgar o crime *repetundarum,* ou seja, as exações ilegais cometidas pelos magistrados no governo das províncias. Sem embargo, a *Lex Sempronia* (123 a.C.) confirmou a comissão permanente não somente para julgar sobre a devolução do espoliado, mas também a

[73]Sortilégio é na linguagem comum identificado com a bruxaria, feitiço, ato de magia.

[74]Os delitos públicos se formavam em torno de dois grandes grupos de delitos: delitos contra o Estado e delitos contra os particulares. Recorde-se que o parricidium não é a morte do pai, e sim do "pater", isto é, da "gens", daquele que era considerado "homem livre". Daí que os delitos públicos eram tanto os delitos contra os homens livres (mas somente naqueles em que o Estado tinha um interesse na persecução, quanto os delitos contra o próprio Estado. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.175).

faculdade de impor penas. Desde modo, o procedimento das *quaestiones* chegou a ser, com Caio Graco, penal e, ademais, um grande número de leis posteriores se estende para outros tipos de crimes, principalmente os políticos. (PIÑERO, 2006, p.47).

O terceiro estágio do Direito Penal romano deu-se no período imperial. Liszt (2006, p. 15) destaca a queda da antiga *ordo judiciorum publicorum* no século III depois de Cristo (por volta do ano 204 d.C.). Subsiste, no entanto, o Direito Penal material. Persiste a contraposição ente os *crimina publica* e os delitos privados. Diante do império desapareceram os crimes de responsabilidade presentes na República, ao passo que outros crimes, como *crimen majestatis*, sofreram modificações especialmente no tocante ao seu objeto. No geral, contudo, as *leges Cornelie* e as *leges Julias* continuam a ser base da ordem jurídica. Surge no período imperial os *crimina extraordinária* que ocupariam uma posição intermediária entre os *crimina publica* e os *delicta privata*. Não tem suas origens em deliberações do povo, mas são oriundas dos decretos imperiais e as resoluções do senado. Liszt (2006) salienta, ainda, que neste estágio do Direito Penal romano "compete a ação penal ao ofendido, que a intenta perante a autoridade investida de jurisdição criminal; como nos *criminibus publicis*, é posto em evidência o lado subjetivo do fato, exige-se o *dolus malus*, a tentativa e a cumplicidade são puníveis." (LISZT, 2006, p.16).

O Direito Penal germânico abrange aproximadamente um período que varia do século V d.C. até aproximadamente o século XI d.C. A origens do Direito Penal germânico são as antigas leis germânicas que são traduzidas para o latim com o nome de *leges barbarorum*, as leis romanas dos reis germânicos e dos reis dos francos. Ademais, também constituem fontes de enorme interesse para o exame do direito germânico, as leis germânicas dos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega e Islândia). (PIÑERO, 2006, p. 50).

O Direito Penal germânico tem como propriedade a vingança. Um mal infringido a pessoa ou a sua família dava-se lugar um direito de retaliação. Esta desforra era mais que um direito. Transformava-se num verdadeiro dever do ofendido pagar o mal provocado pelo infrator. Esta situação ocasionava um verdadeiro estado de guerra constante, onde as vinganças ocorreriam sucessivamente. Em caminho diverso, caso um delito atingisse interesses que envolvessem a comunidade como um todo aplicava-se a pena denominada perda da paz ao ofensor. O infrator

era considerado inimigo do povo e era retirada toda a sua proteção jurídica podendo, inclusive, ser morto sem gerar nenhuma consequência[75].[76]

> La situación jurídica del individuo venía determinada por su pertenencia a la familia, a la tribu y a la comunidad. Los delitos (quebrantamientos de la paz) sólo llevaban aparejada, en principio, una reacción del individuo y de su tribu por la vía de la venganza o de la faida (concepción iusprivativista del Derecho Penal). Poco a poco la faida fue siendo sustituida, dados sus efectos deshonrosos sobre la comunidad, por convenios expiatorios (entrega de ganado, caballos, armas y más tarde de dinero, según la gravedad del delito y el rango de la víctima). Posiblemente desde el primer momento una parte de esta prestación expiatoria iba a parar a la comunidad como dinero de la paz (fredus). En casos de graves infracciones de deberes comunitarios (traición en la guerra, deserción, cobardía ante el enemigo, delitos religiosos) parece que existía ya en el período germánico la pena pública Su paulatina ampliación se vio favorecida por el castigo que se imponía a los siervos en el marco del poder doméstico. (JESCHECK, 1981, p.128)

Neste mesmo ínterim Rafael Piñero (2006, p. 50) observa que como fruto das invasões ao Império Romano, o Direito Penal germânico apresentou um crescente poder do Estado: a autoridade pública ganhou força e passou-se a evitar a vingança privada (*Faida*). Se nos tempos primitivos era uma faculdade do ofendido conceder a paz em vez de vingar-se, ulteriormente tornou-se obrigatório através das condições estabelecidas pelo juiz. Ademais, se antes cabia as partes envolvidas a fixação da "indenização", inverte-se também tal situação cabendo ao juiz estabelecer o valor. Desta maneira, a composição judicial ganha enorme relevo para o Direito Penal germânico desta época. Aliás, é este o principal mérito do Direito Penal germânico frente ao Direito Penal romano que tinha um caráter não tão reparador destacando-se pela punição do agente.[77]

---

[75]"O Direito Germânico primitivo não era composto de leis escritas, caracterizando-se como um Direito consuetudinário. O Direito era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público. A reação à perda da paz, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico dever de vingança de sangue." (BITENCOURT, 2020, p.195).

[76]"Essa característica privatista dos germanos se foi perdendo ao longo dos séculos, em que o Direito Penal também entre eles foi se fazendo público. Seu caráter privatista e individualista provinha de sua natureza de povo guerreiro, em que a paz era vista como o direito e a ordem. Era precisamente a paz que perdia aquele que declarava guerra à sociedade (Friedlosigkeit) ou a um particular (Faida), e que podia recuperar pela Wertgeld ou composição, salvo em certos delitos, como a traição ao Rei, em que não era admitida. O estado da Faida era socialmente nocivo, porque gerava para a família do ofendido o dever de levar adiante a "vingança do sangue" (Blutrache) contra o ofensor e sua família. Devido a isso, à medida que se foi tornando público o Direito Penal, a Faida foi sendo limitada por via da composição, que de optativa passou a ser obrigatória". (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.177).

[77]"A importância do Direito Penal germânico tem sido posta em relevo ultimamente, destacando-se justamente sua tendência ao restabelecimento da paz social por via da reparação e, portanto, sua função verdadeiramente reparadora do bem jurídico frente à tendência estatista do direito romano, que é a que passa à legislação penal posterior e predomina até nossos dias. As atuais abordagens abolicionistas insistem nessa experiência histórica individualista e observam que, se para nós parece inamovível a atual configuração do sistema penal, isso não se funda em razões

As fontes do Direito Penal canônico proveem da junção de um conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos. O Direito Penal canônico teve uma grande repercussão no ocidente devido principalmente ao esfacelamento do Império Romano e a importância assumida pela a Igreja Católica durante toda a Idade Média.

Desta maneira, a contribuição do Direito Penal católico verifica-se na generalização da norma jurídica romana no Ocidente (período do Feudalismo principalmente) e ademais civilizou a brutal prática germânica (para a época). Suas repercussões iniciam-se dentro do próprio Império Romano com o reconhecimento da Igreja Católica pelo Imperador Constantino (edito de Milão no ano de 313 d.C.) e por torná-la religião oficial do Império pelo Imperador Teodósio (ano de 380 d.C.).[78]

Rafael Piñero (2006, p.52 e 53) destaca que a principal relevância do direito canônico foi sua reação enérgica contra a concepção objetivista do delito, predominante no direito germânico, e por consequência dar importância especial ao elemento subjetivo do delito exigindo, de tal maneira, que todo delito tenha um "ânimo". Este ânimo, esta intenção criminosa necessitava estar presente para a consequente penalização sendo manifestada por fatos externos. (PIÑERO, 2006, p. 52 e 53).[79]

> Sua principal virtude foi a de reivindicar o elemento subjetivo do delito em muito maior medida que o direito germânico. Seu conceito penitencial o inclinava a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação. Daí que a pena se incline a um sentido tutelar que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. Os perigos do exagero da tutela revelam-se aqui em toda sua magnitude e nos previnem sobre as legislações penais que seguem esta senda. Teve o mérito de introduzir a prisão mediante reclusão em celas monásticas, e daí provém o nome de "penitenciária", usado até hoje. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.177).

---

históricas, posto que até o século XIII a influência germânica impunha-se com este gênero de sanções reparatórias do que punitivas." (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.177).

[78]A influência do Cristianismo no Direito Penal, com a proclamação da liberdade de culto, pelo imperador Constantino (313 d.C.), veio a consolidar-se com a declaração do imperador Teodósio I, transformando-o na única religião do Estado (379 d.C.). O Cristianismo ingressou na Monarquia franca em 496 d.C., com a conversão de Clodovéu, surgindo a repressão penal de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica, protegendo os interesses de dominação. (BITENCOURT, 2020, p.198).

[79]Cite-se, novamente, que a legislação canônica dividiu os crimes em três espécies: os crimes eclesiásticos (delitos contra a fé católica de competência exclusiva dos tribunais da Igreja), os delitos seculares (são de interesse da sociedade civil e de competência dos tribunais seculares) e os *delicta mixta sirpe mixtfori (*de ordem religiosa e civil). (PIÑERO, 2006, p.53). ZAFFARONI e PIERANGELI, (2015, p.178) relatam que ao se verificar esta distinção certos autores alegam que o Direito Penal canônico diferenciava claramente o crime do pecado, todavia outros autores negam esta separação, afirmando que contribui para confundir ambos os conceitos. Os autores defendem a inexistência da distinção proposta.

No tocante a pena percebe-se que, pelo menos nos seus preceitos escritos, o direito canônico contribuiu para humanizar a repressão e como consequência o fortalecimento de uma justiça pública ao determinar que a persecução do delito é uma atribuição correlativa do direito do príncipe e do juiz enfraquecendo a antiga vingança de sangue. O Direito da Igreja Católica se opõe a atrocidade das penas e das ordálias utilizando-se de instituições cujo substrato evita a vingança entre os particulares como nos casos da trégua ou paz de Deus e no direito de asilo. (PIÑERO, 2006, p. 52 e 53). "O Direito Penal canônico pôs limite à vingança do sangue dos germanos mediante o instituto do asilo nos templos. Mostrou-se igualmente contrário aos meios processuais mágicos – ordálias[80] – e particularmente à ordália do combate ou desafio individual." (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p.178).

Com a pena ou penitência almejava-se o arrependimento do infrator e sua constrição iniciava-se com a confissão do mal infligido. O processo apresentava, assim, um caráter inquisitivo na busca da confissão que era considerada a rainha das provas. Para este desiderato empenhava-se a tortura e a arbitrariedade na busca desta prova crucial.

Apesar desta humanização formal das penas e do processo (que materialmente não se verificava), não pode ser omitido a instituição da Inquisição. Como explica Cláudio Brandão (2010, p.29), a Inquisição exerceu um papel importante de repressão penal durante o período da Idade Média. A Igreja Católica, por intermédio da Inquisição, utilizou-se do Direito Penal como instrumento para conter circunstâncias desagradáveis à conservação da ordem pública estabelecida. Associavam-se os suplícios e as penas provenientes do Direito Penal como meio de afastamento de fenômenos naturais oriundos da fúria divina. Cláudio Brandão traz um exemplo em seu Curso de Direito Penal que retrata a situação vivenciada naquele tempo:

> Depois do terremoto que devastou cerca de três quartos da cidade de Lisboa, fora decidido, pela Universidade de Coimbra, que o espetáculo da queima de pessoas vivas seria um eficaz instrumento para evitar novos tremores de terra. Para tanto, detiveram, dentre outras pessoas, um homem acusado de ter desposado sua comadre e dois portugueses que retiraram a gordura do frango antes de comê-lo. A Inquisição vestiu os condenados com vestes penitenciais levou-os em procissão para a praça pública, fez com que eles ouvissem um sermão e entregaram-nos para serem queimados vivos. É digno de registro que no mesmo dia da execução das penas capitais a terra voltou a tremer, frustrando as expectativas dos inquisidores em vincular à pena rituais transcendentes, hábeis para aplacar a ira divina. (BRANDÃO, 2010, p.29 e 30)

[80]A ordália era uma prova judicial que era produzida mediante uma circunstância extrema e cujo resultado declararia a verdade. Era também conhecida pela denominação de juízo de Deus, onde o resultado seria oriundo deste. A tortura física provaria a inocência do acusado, pois caso fosse culpado o dano se produziria. Um exemplo muito citado era fazer o "suspeito" caminhar em um caminho com brasa quente. Se não queimassem seus pés era considerado inocente.

Durante a Idade Média a base das legislações penais constituiu-se de uma combinação de elementos por demais variados oriundos das "leis" romanas, germânicas e canônicas. Cada um destes elementos teve uma área de influência e não permaneciam separados. Era um estágio de instabilidade, modificações sociais, onde se fundiam componentes velhos e novos sem homogeneidade e solidez. Caracteriza-se este período de volubilidade a existência de diferentes legislações nacionais em cada "país' prolongando-se tal situação até os tempos modernos. (PIÑERO, 2006, p.54).

Na Itália estas mesclas e fusões de elementos provenientes de diversos matizes (romano, germânico e canônico) estavam presentes nos seus numerosos estatutos municipais e nas constituições *regni siculi*. Na França, o *grand coustumier* de Carlos VI (em 1453), as ordenanças criminais de Francisco I (1539) e as ordenanças criminais do código criminal de Luís XIV (1670) deram nascedouro ao Direito Penal da Revolução (códigos penais de 1791 e 1795) que trouxeram em seu bojo garantias individuais com seus correspondentes princípios penais materiais e processuais que se expandiram para diversos países.[81] Na Grã-Bretanha, o Direito Penal demonstrou sua evolução por intermédio de uma enorme quantidade de estatutos que se sucederam continuamente desde os tempos antigos e que constituem o fundamento do direito costumeiro (*Common Law*). Na Alemanha são conhecidos os "espelhos de Saxônia e de Suábia". De importância fundamental são os direitos das cidades especialmente de Magdeburgo e Lubeck que precederam a recepção do direito romano operada pela ordenança de Bamberg (1457) e sobre as demais a Constituição criminal Carolina[82] que vigorou até os movimentos de codificação. Esta constituição de 219 artigos tinha uma terça parte dedicada ao Direito Penal substantivo versando a maior parte do texto legal sobre questões processuais. Devido ao enorme poderio da Coroa espanhola à época, a Constituição Carolina atingiu grande amplitude (estende ulteriormente a

[81]"Todo este avance ha cristalizado en el código penal de 1810, obligatorio desde comienzoz de 1811, que con amplias modificaciones ha llegado a estar vigente hasta nuestros dias y ha servido como modelo a los de otras naciones." (PIÑERO, 2006, p.54).

[82]Este texto contaba con 219 artículos, de los que la mayoríaestaba dedicada al derecho procesal penal. Alrededor de setenta artículos eran de derecho penal de fondo. Contenía disposiciones muy minuciosas acerca del valor de las pruebas y de las torturas. Era un texto intimidatorio y retributivo, que prodigaba la pena demuerte, ejecutada de distinta manera -decapitación y horca- según que el reo fuese noble o villano, y también tenía previsto el suplicio de la rueda, reservado a los hombres. Para las mujeres preveia la muerte por inmersión. Por otro lqdo, había un enorme despliegue de penas corporales. Pese a estas características, que eran bien propias de la época, la Carolina tiene gran importancia, porque fue el texto que afirmó definitivamente en Alemania la publicidad de la pena. Por otra parte, constituyó prácticamente el derecho penalcomún alemán hasta la codificacibn. (ZAFFARONI, 1998, p.350).

Rússia e Polônia) aparecendo inclusive no sul da África levada por colonos holandeses. (PIÑERO, 2006, p.55).

> La Carolina fue ley imperial con reserva en beneficio de los derechos locales (la cláusula saluatoria). La Carolina se impuso ampliamente en Alemania, y llegó a ser el fundamento del derecho penal alemán común, durantetres siglos. Como complemento se agregaron las ordenanzas policiales imperiales de 1530, 1548 y 1577, contra exceso en la vida social y económica. (WELZEL,1956, p.16)

Franz von Liszt (2006, p.39) em seu Tratado de Direito Penal alemão corrobora estas constatações. A Constituição Carolina, como as constituições no tocante a matéria penal que a antecederam toma o processo penal como temática principal da sua regulamentação. Neste quesito institui normas e princípios que, apesar de desviarem-se deles em muitos pontos as legislações territoriais, imprimiram ao processo comum alemão o aspecto que o caracteriza. O Direito Penal material, de que tratam os arts. 104 a 208 ocupam lugar secundário. Em rigor só se verifica ali um preceito que encerra pura e simplesmente direito coercitivo (art. 104): nenhuma ação pode ser punida com pena criminal, — e, portanto, com a morte ou a mutilação, — quando o direito romano não tenha estabelecido pena criminal contra a mesma ação (ou outra equivalente, — art. 105). A espécie de pena, todavia era fixada nos termos do costume pátrio. Quanto ao mais, a lei não quer ser mais do que uma exposição do direito vigente para os magistrados chamados a pronunciá-la e não versados no direito escrito. E de um modo superior foi a Constituição Carolina destinada a esta finalidade: a sua linguagem evidente e simples, precisa e de fácil inteligência, torna-a uma obra clássica para o seu tempo. O legislador não pretendeu ir nem devia ir além deste objetivo. Não quis criar obstáculo ao entendimento ou à melhor exposição do direito vigente. (LISZT, 2006, p.39).

> La Carolina contiene derecho material y procesal. En el proceso introdujo el ordenamiento jurídico del llamado procedimiento de la inquisición. En el derecho penal material se impone definitivamente el principio de la voluntad. Como principio, solamente es punible el hecho doloso; la negligencia se separa claramente de la casualidad. Se define la tentativa y se la pone generalmente bajo pena; lo mismo que, aunque con menos claridad, la participación. (WELZEL, 1956, p.15)

Este período entre a baixa idade média[83] e idade moderna, com a formação dos estados nacionais, não observará um respeito ao indivíduo frente ao "Estado". Com a superação do Feudalismo, as leis penais consistiam mais em uma afirmação do poder real e na manutenção do

[83]"É durante a época da baixa Idade Média que se promulga a Magna Charta, assinada pelo rei João sem Terra, no ano de 1215. A Magna Carta estabelecia em seu art. 3°, que nenhum homem livre poderia ser condenado, senão em virtude de um processo legal efetuado por seus pares, segundo a lei da Terra. (BRANDÃO, 2010, p.31).

regime absoluto. De maneira idêntica ao período feudal, o Direito Penal é um eficaz instrumento de controle das pessoas sendo caracterizado pela violência e arbitrariedade.

> Os monarcas utilizavam-se do Direito Penal com o fim de assegurar a continuidade do absolutismo, pois quanto maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime. Segundo o pensamento da época, o crime deveria ser punido da maneira mais brutal possível, porque ele representava uma ofensa à própria pessoa do soberano. Parafraseando Michel Foucault, vê-se no carrasco que executa a pena uma engrenagem entre o príncipe e o povo, pois ele vingava a pessoa do soberano aplicando o suplício em que realizou a ação criminosa. (BRANDÃO, 2010, p.33).

Hans Heinrich Jescheck (1982, pg. 132) relata que o rompimento desta fase de transição presente na Idade Média (e parte da Idade Moderna) somente foi superada com a Ilustração que trouxe para o período moderno uma política criminal racional. Explica-se: o pensamento racionalista de Direito Natural repercutiu em questões como o sentido e o fim do Direito Penal. Ideais humanistas como o triunfo das penas privativas de liberdade frente às penas corporais, a limitação do *jus puniendi* pela teoria do contrato social e o princípio da legalidade acarretaram numa busca de superação do Direito Penal do terror. Hans Heinrich Jescheck cita os principais pensadores que marcaram este período:

> Entre cuyos principales representantes se cuentan Montesquieu ("Esprit des lois", 1748), Voltaire ("Prix de la justice et de rhumanité", 1777) y el ginebrino Rousseau ("Contrat social", 1762)en Francia; Bentham ("Introduction to the principies of moráis and legislation", 1780) en Inglaterra y Beccaria ("Dei delitti e delle pene", 1764) en Italia. En Alemania debe destacarse sobre todo a Samuel Pufendorf (1632-1694) con su teoría iusnaturalista de la imputacióny de la libertad y Christian Wolf (1679-1754) el gran sistematizador del Derecho Natural. El final y al mismo tiempo el cénit de la Ilustración fue para el Derecho Penal la figura del relevante penalista Paul Johan Anselm v. Feuerbach (1775-1833), que fue el fundador de la Dogmática jurídico penal por la claridad de su formación conceptual y la estructuración de un sistema cerrado (Revisión, 1799-1800; Lehrbuch, 1801). En la legislación destaca Prusia, que yaen 1740 con el comienzo del reinado de Federico el Grande abolió la tortura, con su Derecho Territorial General (1794), cuya partepenal (Parte II, Título 20) fue elaborada por Suárez y Klein. Em Baviera el Codex iuris criminalis Bavarici (1751) fue creado porKreittmayr y en Austria se promulgó la Constitutio Criminalis Theresiana (1768). Los tres cuerpos legales citados significaron el finalde la época del Despotismo Ilustrado. El StGB bávaro de 1813 proyectado por Feuerbach fue, juntamente con el Code penal francés de 1810, el más importante modelo de Código penal del siglo XIX. El Derecho Penal aparecía asentado en el principio de legalidad formulado por Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). (JESCHECK, 1981, p.133).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, p.357) ensina igualmente que o Iluminismo trouxe como consequência uma modificação nas leis penais a partir da segunda metade do século XVIII[84].

[84]"As ideias capitais do período filosófico (proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de que a pena só tem fins políticos, desprezadas todas as exigências religiosas ou puramente morais) cedo encontraram acolhimento na legislação penal dos mais importantes países. Na Rússia já em 1767 Catharina II, nas suas notáveis instruções à comissão incumbida

Diversos monarcas, influenciados pelos novos paradigmas, iniciaram (mesmo que alguns timidamente) reformas penais nos respectivos países. Na França, por exemplo, um edito do Rei Luís XVI (1780) baniu a tortura, todavia não se eliminara totalmente esta prática haja vista a manutenção da "questão preparatória" que era utilizada para se conhecer os cúmplices de um crime. Saliente-se, contudo, que o próprio Luís XVI também revogou esta prática por intermédio de outro edito datado em 1788. (ZAFFARONI, 1998, p.357)

O pensador (1998, p. 358 e 359) menciona também que em outras situações as reformas tiveram maior impacto sendo a Ordenação sobre a reforma das leis penais promovida por Pedro Leopoldo da Toscana de 1786 uma das mais destacadas. Tal Ordenação foi influenciada nitidamente pelos ideais penais do Iluminismo, destacadamente de Beccaria, e não apenas eliminou a tortura como reconheceu o direito de defesa. Ademais, suprime a pena de morte, os delitos de lesa majestade e o confisco de bens. Tratou-se de uma ampla reforma criminal tornando-se o embrião de um novo direito. Com a reforma Leopoldina, como mencionado, eliminada não foi somente a tortura como meio de prova, mas também todas as penas atrozes. A reforma de Pedro Leopoldo foi alicerçada em um convencimento racional para a mitigação das penas conjugada com uma estrita vigilância para prevenir os crimes e o andamento rápido dos processos assegurando a aplicação das penas para os verdadeiros criminosos. (ZAFFARONI, 1998, p. 358 e 359).

> En 1785, el Gran Duque Pedro Leopoldo encomendó la redacción de una ley penal general, que fue elaborada por el consejero Tosi y revisada por Urbani, Caciotti, Ciani, Brichieri y Biondi, siendo promulgada el 30 de noviembre de 1786 con el titulo de "Reforma de la Legislación Criminal Toscana", habitualmente llamada "código leopoldino". Se trata de un texto de 119 articulos, que abarca la legislación procesal y penal, sin divisiones sistemáticas. Tampoco consagra expresamente el principio de legalidad, sino que ordena a1 juez aplicar también las antiguas leyes -que no deroga- siempre que sean compatibles con el "espíritu de la reforma". Su merito ha sido de contenido y no de forma, pues en este último aspecto se halla muy lejos de lo que es un verdadero código moderno. (ZAFFARONI, 1998, p.359).

Outra reforma importante também relatada por Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, p.361) que tinha como fundamentos os ideais do Iluminismo deu-se com Frederico II na Prússia. Seguiu-se, como norte, as ideias de Voltaire e Montesquieu. Frederico acreditava que a origem do crime se encontrava nas paixões donde a prevenção deveria ser o objetivo da pena. Não obstante a uma

---

de elaborar o projeto de um novo código, tentou traduzir na linguagem do legislador l *Esprit des lois* de Montesquieu; o espírito de Beccaria resumbrava no cod. penal da Toscana de 1786 decretado por Leopoldo II; na Áustria Sonnenfels triunfou depois de longas lutas; na Prússia Frederico II encetou o caminho das reformas, desde que assumiu o governo." (LISZT, 2006, p. 58 e 59).

necessidade preventiva não era aceita a crueldade nas sanções entendendo-se que deveria haver uma proporcionalidade entre os delitos e as penas. Como consequência disto eliminou-se a pena de morte. Para os jovens trabalhou-se com a ideia de correção. Em 1756 revogou a pena de infâmia, pois a considerava que limitava ao condenado ganhar seu pão honestamente. Suprimiu em 1765 as penas das prostitutas, pois se apenava o caso extraconjugal (castigava na verdade não o fato em si de ter relações, mas na verdade o adultério). (ZAFFARONI, 1998, p.362)

Apesar da relevância das reformas promovidas por Frederico e seus sucessores não se pode olvidar que os déspotas esclarecidos não tinham propriamente um caráter exclusivamente humanizador. Outros interesses também estavam presentes (fortalecer o estado absolutista) como informa Eugenio Raúl Zaffaroni:

> Dice Petti, refinendose a Federico II, pero en terminos que pueden extenderse a todas las restantes reformas del despotismo ilustrado, que "mientras las penas disminuyeron de intensidad y gravedad, aumentaron en vez en extensibn, no sólo porque Federico quiso que todos sus súbditos estuviesen igualmente sometidos al rigor de las leyes, sino más porque los hechos considerados como penalmente perseguibles se volvieron más numerosos en razón a la función que Federico asignó a las leyes penales de defensa estatal y social. Al primer grupo pertenecen todos los delitos contra el poder regio, contra el orden social, contra la religión, contra el erario, contra la administracibn de justicia, contra la fe pública y la incolumnidad pública; al segundo aquéllos contra las buenas costumbres y el orden de las famílias. (ZAFFARONI, 1998, p. 363).

Constata-se que o século XVIII foi profícuo em pensadores que tinham perspectivas revolucionárias frente ao antigo regime e suas práticas. A filosofia política ganha repercussão na seara penal tendo em Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) o seu maior expoente na explanação destas perspectivas humanitárias iniciais.

> La situación, que se había hecho imposible en la administración de justicia, mejoró de manera decisiva en la época de la ilustración y del absolutismo ilustrado. Por motivos de distinta índole, en parte opuestos, la ilustración condujo a un supeditamiento estricto del juez a la ley; trajo, entre otras cosas, un tratamiento laico racional del derecho penal, una atenuación de las penas, desde el punto de vista de su necesidad estatal, restricción de la pena capital y amplio uso de la pena privativa de libertad, con abolición de las torturas. En la literatura actuaron ante todo MONTESQUIEU, VOLTAIRE y **BECCARIA** y en la legislación José II ("La Josefina" de 1787) y FEDERICO EL GRANDE (Allgemeines Landrecht de 1794). (WELZEL, 1956, p.17) (grifo meu)

Carlos Creus (1992, p.34) destaca a importância do contratualismo para a formação das ideias humanitárias de Beccaria. O contratualismo como razão jurídica assegura os direitos naturais ao homem e não pode deixar a sociedade civil de reconhecê-los. Esta doutrina e suas consequências para o Direito Penal foram sintetizadas pelo Marquês de Beccaria (Cesare Bonesana) em um livro publicado em 1764 denominado “Dos Delitos e Das Penas”. No livro encontram-se importantes contribuições para a construção de um Direito Penal mais humano

como a necessidade da lei prévia, o repúdio ao arbítrio judicial na criação dos delitos e na imposição das penas (crítica as interpretações judiciais não padronizadas), a repulsa pelos procedimentos inquisitivos de caráter cruel e a proporcionalidade entre o delito e a pena a ser aplicada. Deve ser salientado, no entanto, que estas ideias de Beccaria não eram propriamente originais[85], mas o pensador teve o grande mérito de sintetizá-las e transpô-las para o Direito Penal.[86] (CREUS, 1992, p.34).

Ricardo Nuñez (1999, p.28) também salienta que o autor milanês foi influenciado por Montesquieu e Voltaire. Sobre a importância e as contribuições do Marquês de Beccaria para o Direito Penal destaca seis pontos principais, a saber:

> a) la necesidad de que sólo la ley defina y castigue los delitos, cuyo juzgamiento corresponde a los jueces, los cuales no deben convertirse en legisladores so pretexto de interpretar la ley, a la que deben limitarse a aplicar;[87] b) la necesidad de que la ley penal sea clara y conocida por todos, de modo que todos estén en condiciones de saber lo que es lícito y lo que no lo es[88]; c) la necesidad de que la atrocidad de las penas debe cesar si resulta inapropiada para impedir los delitos[89]; d) la necesidad de que las penas sean

[85]"César Bonesana, Marqués de Beccaria, nació en Milán el 15 de mayo de 1738. Muy joven publicó su obra *Deidelitti* e *delle pene* (1764), en torno de cuya paternidad e importanciase ha debatido mucho. Es verdad que Beccaria pertenecíaa un círculo progresista milanés, cuyo jefe intelectual era Pietro Verri, como también parece ser cierto que tanto Pietro como AlessandroVerri fueron los verdaderos autores de la respuesta a Facchineique aparece firmada en primera persona por Beccaria,cuando aquél, en sus note ed ossemzioni su1 libro intitdado*"Deidelitti* e *delle* pene", le imputó pronunciarse contra la religión y la soberania. No obstante, no está probado lo que algunos dan por cierto,que es la autoría material del libro, que pretenden correspondea a los Verri, y especialmente a Pietro ", como tampoco que el mismohaya sido escrito por encargo especial de los iluministas franceses." (ZAFFARONI, 1987, p.87)

[86]"Dentre esses jovens, comandados por Pedro Verri, encontrava-se o nosso autor. Eles fundaram um grupo auto denominado "Academia dos Punhos", onde questionaram, além da literatura, a economia e a política; tentam redimensionar, à luz da filosofia iluminista, as questões relativas ao Estado e à sociedade, à fé, à autoridade e à tradição. A influência desse grupo sobre Beccaria foi tanta que alguns autores chegam ao exagero de afirmar – sem provas históricas, ressalte-se – que o livro Dos Delitos e das Penas é, em verdade, uma obra coletiva, originada daquele grupo". (BRANDÃO, 2010, p.33).

[87]"La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social.Ningun magistrado (que es parte de ella) puede con jusicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa,y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistradobajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente." (BONESANA, 1993, p.61).

[88]"Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para elpueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos,no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y soiemne uno casi privado y doméstico." (BONESANA, 1993, p.67).

[89]"La tercera consecuencia es, que cuando se probase ser la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público, y al fin mismo de impedir los delitos, a lo menos inútil; aun en este caso sería ella no sólo contraria a aquellas virtudes benéficas, que son efecto de una razón iluminada, y que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad pero también a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social." (BONESANA, 1993, p.62 e 63).

> proporcionadas a los delitos[90]; e) la necesidad de que el fin de las penas no sea el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni dejar sin efecto un delito ya cometido, sino impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás dehacer lo mismo; f) la necesidad de que las medidas de las penas no dependa de la intención del culpable, sino del daño causado a la sociedad[91]. (NUÑEZ. 1999, p.29).

Deste movimento reformador do século XVIII verifica-se uma cisão da "história" do Direito Penal: o Direito Penal do terror e o Direito Penal liberal. O primeiro corresponde a este período pretérito do Direito Penal onde este não tinha limites e nem se preocupava com a dignidade da pessoa humana. O Direito Penal liberal, por sua vez, inicia-se destes movimentos humanizadores do século XVIII tendo como marco de nascimento a afirmação do Princípio da Legalidade com Anselm von Feuerbach em 1801.

3.3 O direito penal científico

O Direito Penal liberal é assim denominado porque procura limitar o *jus puniendi* estatal. Todo o escorço histórico supracitado demonstrou que o Direito Penal esteve, desde os tempos mais remotos, presente na sociedade humana. Percebe-se, todavia que com os movimentos revolucionários do século XVIII as aspirações políticas e sociais reverberaram no direito de punir. As ideias do Iluminismo que culminaram nas duas mais emblemáticas revoluções do século XVIII (Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e Revolução Francesa de 1789) se fizeram sentir igualmente nas doutrinas e legislações penais subsequentes.

Com esta busca de limitação do arbítrio o método penal ganhou grande relevância. A aplicação e construção da dogmática penal e do próprio Direito Penal exigiam e exigem harmonia e coerência. O Direito Penal não pode mais ser aplicado ao bel prazer dos detentores do poder. Dos anos finais do século XVIII até os dias atuais assiste-se o desenvolvimento do método penal para que, com tal desiderato, possa se dar coerência e legitimidade às decisões judiciais. Como verifica Cláudio Brandão (2012, 177 e 178) ao tratar da teoria do crime, o método reveste de

---

[90]"No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de losdelitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas." (BONESANA, 1993, p.68).

[91]"Las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad, y por esto han errado los que creyeron serlo la intención del que los comete." (BONESANA, 1993, p.71).

cientificidade o direito de punir, pois estabelece critérios que objetivam racionalizar o *jus puniendi*, pois o restringe.

Antes de tratar do método atual do Direito Penal, importante é verificar com transcorreu o seu desenvolvimento nos últimos 250 anos. Com a obra de Beccaria de 1764 iniciou-se a ciência moderna do Direito Penal. As concepções sobre o método têm variado a partir deste momento com a eleição de distintos objetos de estudo. O direito natural, o delito como manifestação biológica ou sociológica e o direito positivo tem constituído os distintos objetos. (MIR PUIG, 2003, p.153).

3.3.1 Alemanha e o desenvolvimento do seu método dogmático.[92]

Dentre os países que procuraram estabelecer um método e, consequentemente, uma teoria científica para o Direito Penal poucos tem tanto destaque como a Alemanha. A influência dos alemães para a construção do Direito Penal ocidental hodierno é insuperável. Não se quer com isso desprezar as contribuições dos demais países, como a Itália ou a Espanha, mas inegável é sua a primazia.

Quando se vai verificar a história do desenvolvimento do método no Direito Penal germânico percebe-se que este não possui posições tão díspares quanto as escolas italianas supracitadas na percepção do seu objeto de pesquisa e trabalho. No estudo da história do Direito Penal alemão o que se verifica geralmente é a evolução da ciência do direito positivo (método dogmático).

Para uma breve exposição desta evolução do método alemão saliente-se que se observará neste texto a divisão proposta por Santiago Mir Puig[93] (2003). O autor propõe na sua obra uma divisão em cinco tópicos que servirão de inspiração e fonte neste trabalho, a saber: 1) os inícios do método dogmático; 2) o positivismo; 3) o neokantismo; 4) o finalismo e 5) o irracionalismo da escola de Kiel.

---

[92]Neste instante apenas se trará algumas breves considerações sobre o método dogmático alemão. Tal temática será novamente tratada com mais detalhamentos em pontos posteriores deste trabalho principalmente quando for desenvolvido o tema bem jurídico.

[93]A escola pela forma de disposição da temática baseada em Mir Puig confessa-se aqui é mais uma questão de afinidade com o autor do que qualquer outro motivo. Sua divisão e exposição do assunto é clara e profícua o que se acredita ser benéfico para o estudo das "metodologias". Isso não quer dizer, no entanto, que outros textos ou autores não tenham a mesma relevância e não foram consultados.

3.3.2. Os inícios do método dogmático

Destaca-se, antes de qualquer observação, que o início do desenvolvimento do método dogmático alemão deu-se nos finais do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX. Durante este período ainda não havia ocorrido a unificação alemã (1871) e como consequência a diversidade legislativa não colaborou para uma base jurídica positiva comum.

Desta maneira, a existência de vários reinos com suas respectivas legislações tornava intricado o estudo do direito positivo como um todo na Alemanha. Havia legislações de vários matizes, algumas com o viés ainda autoritário, o que impossibilitava a afirmação de um direito positivo único. Assim, apesar da influência da Ilustração se verificará ainda a existência de códigos que tinham suas disposições fincadas no Absolutismo (Código da Prússia de 1794).

O primeiro código de caráter liberal somente irá surgir no Reino da Baviera em 1813 como obra de Anselm von Feuerbach.[94] Foi com Feuerbach que se desenvolveu o ponto de partida para o desenvolvimento jurídico-penal da época do Estado Liberal[95]. Feuerbach com sua teoria da coação psicológica[96] irá trazer cientificidade para o Direito Penal. Sua construção teórica é uma formulação científica do princípio da legalidade que culminará no famoso brocardo *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege.*

> La ciencia ejerció una influencia decisiva en la configuración del Derecho Penal del siglo XIX. Con Anselm v. Feíierbuch, un partidario del cristicismo de Kant, comienza la ciencia jurídico-penal em sentido moderno, caracterizada por una conceptualización precisa y una clara sistemática en relación con el objeto (Lehrbuch, 1801). Su trabajo legislativo, que marcó rumbos, fue el código bávaro de 1813, que llegó a ser el modelo de la legislación alemana del siglo XIX por su sistemática estricta, precisión conceptual, determinabilidad de las penas sin perjuicio de la libertad discrecional del juez,

[94]"A precedência cabe à Baviera. Primeiro quanto à ordem cronológica entre os códigos da Alemanha, o código bávaro é também de todos o mais importante quanto à substância. Apesar das muitas faltas que incorreu ele levou a nomeada arte da legislação na Alemanha muito além de nossas fronteiras e com triunfo sustentou o confronto com o código penal francês." (LISZT, 2006, p.62).

[95]"No começo deste novo período encontra-se P.J.A. Feuerbach. Retemperado na filosofia Kantiana, de cujo espírito estava penetrado, sujeitando à crítica as instituições racionalistas dos seus predecessores, opondo a sua experiência e a sua educação de especialista às exigências impetuosas de reforma, este criminalista foi, de um lado, pelo seu trabalho de 1801 o restaurador da ciência penal, e de outro pela confecção do código bávaro de 1813 o pioneiro da codificação na Alemanha." (LISZT, 2006, p. 72).

[96]"Como la coacción física es insuficiente, existe la posibilidad de otro tipo de coacción, que es la psicológica, de modo que exista una prevención general anterior al delito. Es que la causa que lleva a delinquir a los hombres es psíquica (las pasiones y los apetitos). En palabras del propio von Feuerbach, "todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho." (DONNA, 1996, p.98).

> graduación de las penas, y, por último, no menos por su concisión.(WELZEL, 1976, p.25).

Além da diversidade de reinos alemães dificulta igualmente o estudo e a crítica do direito positivo, pelo menos no tocante ao código bávaro, a proibição expressa pelo próprio governo da Baviera de comentários ao Código Penal, uma vez que havia um comentário oficial publicado de observância obrigatória.

Conclui-se, pelo exposto, neste primeiro momento, a metodologia não poderia se basear unicamente no direito positivo comum como resume Santiago Mir Puig: (MIR PUIG, 2003)

> 1°) Que antes de la publicación del código bávaro la ciencia prefiriese la búsqueda del derecho ideal al estudio de un derecho positivo perteneciente a outra época cultural; 2°) que incluso después del Código de FEUERBACH se mantiviese puesta la mirada en principios jurídicos racionales,como modo de compensar la falta de unidad legislativa y de la posibilidad misma de comentar el primer Código liberal. (MIR PUIG, 2003, p.180).

Feuerbach foi um homem marcado por seu tempo. Suas teorizações trabalham as perspectivas da crítica filosófica própria do Iluminismo com o positivismo jurídico. Como relata Zaffaroni (1987, p. 152): “El conjuga ambos, al punto de que los “Prolegómenos” de su *Lehrbuch* pueden considerarse como la primeira estructuración de um parte general del derecho penal en sentido moderno”. O pensamento de Feuerbach almeja harmonizar a filosofia e o direito positivo dando hierarquia ao primeiro.

Um pensador igualmente importante nestas primeiras décadas de construção da metodologia penal alemã foi Hegel. É muito comum resumir o pensamento de Hegel na famosa frase: O que é racional é real e o que é real é racional. Assim, os hegelianos aglutinam ao direito positivo a filosofia da mesma maneira que identificam o real (direito positivo) com o racional (direito ideal).

> En tanto que la realidad no esté configurada por la razón, sigue sin ser realidad, en el sentido enfático de la palabra. Así, la realidad cambia de significado dentro de la estructura conceptual del sistema de HEGEL. Lo 'real' viene a significar no todo lo que existe (esto sería denominado más arriba apariencia), sino lo que existe en una forma que concuerde con las normas de la razón. Lo 'real' es lo racional y sólo esto. Por ejemplo, el Estado sólo se hace realidad cuando corresponde a las potencialidades dadas del hombre y permite su pleno desarrollo. Cualquier forma preliminar de Estado no es aún racional, y, por lo tanto, no es aún real". Y añade como conclusión central: "de este modo, el concepto de razón en HEGEL tiene un claro carácter crítico y polémico. Se oponea toda aceptación ligera del estado de cosas dado. (MARCUSE, 1971, p.17 apud MIR PUIG, 2003, p.186).

Eugênio Raúl Zaffaroni (1987, p. 168 e 169) leciona que o direito hegleliano pertence ao espírito objetivo e surge da pessoa libre, ou seja, portadora de autoconsciência, contudo sua

manifestação se realiza na convivência entre os indivíduos. A convivência é um limite para a liberdade que nasce do direito de propriedade e cuja regulação natural provém de um contrato (acordo entre vontades livres). O desrespeito culpável destas obrigações contratuais assumidas é o delito, ou seja, a negação do direito. Esta afronta ao direito exige uma resposta. É necessário negar a negação do direito. Deste fato surge a justificação racional da pena para Hegel. Se o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime conclui-se que com a aplicação da pena afirma-se o direito que porventura tenha sido violado.

Pode-se dizer que com os hegelianos se encerra este primeiro período destacado por Mir Puig (2003, p.187). Suas etapas poderiam assim serem resumidas, nos termos do pensador: 1°) Antes de Feuerbach, o direito natural se encontra entre as fontes do direito positivo; 2°) de Feuerbach até 1840, aproximadamente, predomínio do derecho positivo, embora moderado pela ajuda do direito natural; 3°) desde 1840 até 1870, também aproximadamente, volta a prevalência do direito racional no estudo do direito positivo graças ao hegelianismo.

3.3.3 O positivismo

O positivismo como corrente de pensamento tem como característica marcante a identificação da filosofia com a ciência. Como salientado ao se tratar das escolas positivas italianas, por intermédio da ciência seria aberta a possibilidade ao homem de desvendar os mistérios do mundo. A filosofia seria apenas uma síntese dos conhecimentos produzidos pelo processo científico.

O processo científico, desta maneira, possibilita o conhecimento verdadeiro da realidade das coisas. Por intermédio da observação empírica realiza-se um processo indutivo construindo-se leis gerais dentro de uma concepção mecanicista. As ciências exastas são os paradigmas do saber negando-se tudo que não possa ser baseado no real, ou seja, metafísico.

> Para la concepción positivista lo único que es accesible al conocimiento son, prescindiendo de la lógica y de las matemáticas los "hechos" perceptibles junto con las leyes que en ellos se manifiestan y que pueden ser corroboradas con el experimento. En este punto de partida intelectual se está manifestando el paradigma de las ciencias naturales exactas. Por eso intenta desterrarse de la actividad científica todo aquello que tenga un origen metafísico o no sea empíricamente demostrable. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.163.

O positivismo repercutiu em toda Europa no século XIX e a Alemanha não foi uma exceção. Nota-se que quando o positivismo ganhou repercussão na Alemanha na segunda metade

do século XIX, a ciência penal já tinha contato com o método dogmático. Como salientado no tópico anterior, desde Feuerbach o objeto de estudo do Direito Penal era o direito positivo. Desta maneira, natural para a época que os ditames positivistas se traduzissem em um positivismo jurídico. Assim, tanto na Itália como na Alemanha a corrente positivista de pensamento com seus métodos e teorias se fez sentir no âmbito do Direito Penal.

Constata-se, no entanto, que não se verifica na Alemanha repercussões tão díspares como nas escolas positivas italianas. O positivismo penal alemão, como um todo, não se ocupou com ênfase de uma realidade empírica natural como objeto nos termos que fez, por exemplo, Cesare Lombroso. O evolucionismo naturalístico somente reverberou na concepção eclética de Anselm von Liszt que se restringiu a analisar, ao lado da dogmática jurídico-penal, o estudo científico do criminoso. O que se observa no Direito Penal germânico é que o positivismo se expressou mais em um positivismo jurídico e em um positivismo naturalístico. Como positivismo jurídico a dogmática do direito positivo transformou-se em um normativismo (Binding). O positivismo jurídico converteu-se em um mimetismo fiel aos métodos próprios das ciências da natureza tornando-se em um normativismo formalista. Objetiva somente a ligação lógico formal entre os conceitos jurídicos-positivos. No positivismo naturalístico, por sua vez, a dogmática utilizou-se de um método naturalístico e junto com ele apareceu um estudo empírico do delito e da pena (Liszt). Enfatize-se que o positivismo naturalístico penal alemão não substituiu o direito positivo para ter como objeto a realidade empírica do delito. A dogmática do naturalismo apenas influenciou quanto ao estudo do direito positivo que ainda constituía o objeto. (MIR PUIG, 2003).

> Sobre la base del Código Penal imperial se desarrolló uma rica vida científica, que cristalizó en dos escuelas. Los "clásicos", com Binding a la cabeza, mantuvieron la posición conservadora autoritaria, dentro del marco del Estado de Derecho y la idea retributiva. Ambas como herencia del idealismo de Kant y Hcgel habían determinado el ambiente espiritual del Código Penal. La labor de los clásicos se refirió especialmente a la dogmática (la obra fundamental fue: las "Normas" de Binding). En antagonismo, en cierto modo radical, se colocó la llamada "Escuela Moderna" fundada por Franz von Liszt. Ella veía en el Derecho Penal un medio final racional para la lucha contra el delito. Su objetivo principal era investigar las causas del delito con el método causal de las ciencias naturales y encontrar los medios adecuados para su eliminación. (WELZEL, 1976, p.25).

Dentre os representantes do normativismo destaca-se Karl Binding.[97] O pensador alemão assinalava que uma conduta criminosa não seria contrária a lei penal. "Com efeito, a metodologia proposta por Binding se utiliza de outro paradigma, nomeadamente a dicotomia entre a lei penal e a norma. O Estado, que possui o direito subjetivo de punir, indica pela lei penal o conjunto de elementos objetivos e subjetivos que se constituem como crimes" (BRANDÃO, 2018, p. 21). Para Binding, quando um delito era cometido o que era contrariado era a norma contida na lei que era extraída dela pela lógica. As normas são proibições ou imperativos de comportamento que se extraem da lei. Se uma lei descreve que se matar alguém será cominada uma pena o que se conclui logicamente da norma é que se deve abster de matar alguém.[98] Percebe-se que para Binding a norma é um imperativo de comportamento e sendo assim ela se dirige aos indivíduos capazes de ações (exclui-se de seu âmbito os loucos ou os infantes). Desta constatação a antijuridicidade é sempre culpável.[99]

Entre os partidários de um positivismo naturalístico[100] não há como não fazer menção a Franz von Liszt. O pensador alemão alicerçado nas ideias positivistas e na formação filosófica do direito alemão reorientou a ciência do Direito Penal em direção aos interesses do delito que deveriam ser entendidos como fatos que deviam ser objeto de estudo do direito. Sobre a influência do positivismo o conceito de delito é verificado em um plano naturalístico e causal.

Para Liszt (2006) a proteção de interesses é a essência do direito. Os interesses existentes na sociedade quando recebem a proteção jurídica convertem-se em bens jurídicos. De tal forma, a vida, a liberdade individual, a inviolabilidade de domicílio, etc já são interesses existentes na sociedade antes de qualquer tutela jurídica. Com a proteção pelo direito "transformam-se" em

---

[97] "A teoria das normas foi construída antes da formulação do conceito tripartido de crime, estando ela fundada em uma conceituação monolítica e unitária de delito. Mas referida teoria foi deveras importante na história da epistemologia penal, pois conferiu cânones que possibilitaram o tratamento metodológico do delito na sua época, representando assim um método que tratou o direito penal através dos postulados da cientificidade. Por isso já se afirmou, com todo acerto, que a primeira revolução científica do direito penal foi protagonizada por Binding. (BRANDÃO, 2018, p.19).

[98]"É da lógica compreensiva da lei que nasce a norma. A norma é o imperativo, é o comando de conduta que determina o dever de atuar ou de omitir um determinado comportamento. Binding afirma que a norma se origina quando o tipo penal, que corresponde ao enunciado legal da conduta ameaçada com a pena, é logicamente convertido em um comando." (BRANDÃO, 2018, p. 22).

[99] Segundo Carlos Creus (1992, p. 38) Karl Binding "sostiene que la conminación no es esencial para la norma, sí para la ley penal, porque la finalidad y el contenido de la norma es fundar el derecho en la obediencia, en tanto que la ley penal lo hace sobre la pena. Las normas son para Binding presupuesto de la ley penal pues permanecen con fuerza y autoridad por sí mismas."

[100] "Como reacción al pensamiento del positivismo sociológico y obviamente a su metodología, que había llevado al derecho penal al campo de la sociología, pero que, a la vez, recoge, también, la influencia de aquél, se manifestó en Alemania el pensamiento de Franz von Liszt." (CAMACHO, 2003, p.133).

bens jurídicos. Desta feita Liszt conclui que se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é um reforço[101], a proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso. (LISZT, 2006, p.98).

> Las afirmaciones de Franz V. LISZT sobre la función y el fin del Derecho penal constituyen un primer ejemplo de su importancia a día de hoy. Aquéllas se basan en la idea —recalcada por su autor en repetidas ocasiones— de que el "Estado y el Derecho (…) están aquí al servicio de los hombres" — y no, por ejemplo, al revés. "El Derecho aspira" en su opinión a "la protección de aquellos intereses, para cuya salvaguarda y fomento se han unido los individuos en una comunidad estatal". Para V. LISZT, estos intereses se convierten a través de su reconocimiento jurídico y la protección por parte del Derecho en "bienes jurídicos", los cuales habrían de distinguirse claramente de los objetos reales, sobre los que se materializa un menoscabo conforme a las leyes de la causalidad. El Derecho conseguiría esta protección "a través de la coacción en un doble sentido: la coacción física directa, la violencia inmediata" y la "coacción psíquica indirecta, la motivación". El Derecho penal tomaría parte en este programa de protección a través del instrumento de la pena. (FRISCH, 2017, p.7).

Como leciona Wolfgang Frisch (2017, p.8) Liszt foi o fundador de ciência total do Direito Penal. Para ele não é satisfatório que a ciência do Derecho penal se limite apenas aos conceitos do fato punível e a aplicação do direito. Deve-se ir além e abranger a explicação do delito e as análises para sua sanção, especialmente a pena. Apenas quem conhece as causas para o cometimento do crime pode estabelecer reações eficazes para a sua não realização. Desta feita dentro da ciência do Direito Penal incorporam-se a criminologia e a penalogia.

> A utilização consciente da pena como arma da ordem jurídica na luta contra o delinquente não é possível sem a indagação científica do crime na sua manifestação exterior material, e nas suas causas internas que se inferem dos fatos. Para designar a essência do crime (causal, naturalística) pode-se empregar a expressão criminologia já introduzida tanto na ciência inglesa como na dos países latinos. (LISZT, 2006, p.104)

Ressalte-se que as teorias de Binding e Liszt (especialmente para a construção para a teoria do crime) irão marcar profundamente a dogmática penal ocidental não sendo exagero mencionar que são dois autores fundamentais para a compreensão da teoria do delito e para o Direito Penal como um todo.

---

[101] "Não é a qualidade dos interesses protegidos, os quais podem pertencer aos ramos mais diversos do direito, mas a qualidade da proteção que faz a essência do Direito Penal. Direitos de família e patrimoniais, a existência e o território da comunhão política, a posição do chefe de Estado e os direitos políticos dos cidadãos, os interesses da administração pública e os das sociedades anônimas, a honra do mulher e a segurança do comércio, todos os interesses, sem nenhuma exceção, podem compartilhar a proteção reforçada que a pena dispensa. O Direito Penal, completando e garantido, acresce a todos os ramos do direito (caráter secundário, complementar e sancionador das disposições do Direito Penal." (LISZT, 2006, p.102 e 103).

3.3.4 Neokantismo

Conforme destacado nos tópicos anteriores, a corrente positivista identificava como método legítimo para a apreensão do conhecimento verdadeiro as ciências naturais. A investigação e o conhecimento dos objetos prendiam-se umbilicalmente a este método sendo os demais considerados inapropriados. Desta maneira somente podia-se falar em uma ciência do direito caso ela utilizasse do método causal-explicativo. Com o neokantismo este paradigma para a investigação jurídica não mais permanecerá.

O neokantismo, como uma corrente filosófica, surge da observação da confusão de métodos para a análise dos objetos. Percebe-se uma crítica nítida ao positivismo da época que era considerado o único método válido. Se somente a observação e a indução (método experimental) poderiam trazer o conhecimento, não seria possível o acesso às ciências sociais, como o direito ou a filosofia. Estas não devem ser tratadas por meio de uma explicação. Tais ciências giram em torno de valores. São compreendidas.

> Para aprehender la totalidad de la realidad que conotemos no eran suficientes los métodos de las ciencias naturales y se hacía necesario acudir a otros métodos privativos de las actividades culturales o espirituales. Junto a las ciencias naturales o exactas existían, según Rickert, también unas ciencias espirituales o culturales. A ambos tipos de ciencias correspondían, además,diversidad de métodos: el método de las ciencia naturales era el causal-explicativo, el de las ciencias culturales, el método comprensivo. El origen de este método comprensivo está en Dilthey, con su famosa frase "la naturaleza la explicamos, la vida anímica la comprendemos". (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 177).

Esta dicotomia de métodos também repercutiu nos estudos da ciência jurídica. Não existe um único método para a perquirição da realidade jurídica. Cada ciência que se ocupa do direito vai utilizar de um método próprio. Enquanto o direito como ciência social é compreendido, a criminologia como ciência empírica procura a explicação. O mérito do neokantismo foi a percepção de diferentes métodos para o conhecimento.[102]

> El neokantismo viene a delimitar los campos: el delito puede ser estudiado desde un punto de vista causal-explicativo y ser objeto de la criminología, pero también puede ser estudiado como un fenómeno jurídico objeto de valoraciones y ser, por tanto, objeto de la ciencia del derecho penal. Ambos tipos de consideraciones son, científicamente hablando, lícitas e incluso recomendables, y fueron precisamente autores influenciados

[102] "Simplificando, podría resumirse el planteamiento neokantiano en los términos siguientes: si las ciencias experimentales suponen la aplicación a la materia empírica de las categorías del entendimiento, las ciencias del espíritu requieren la subsunción de aquella materia empírica bajo otro tipo de categorías a priori, específicas de esta clase de ciencias. Las ciencias naturales y las espirituales no se distinguen, pues, por su objeto -en ambos casos la misma materia fenoménica-, sino por las categorías a priori mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. (MIR PUIG, 2003, p.213)

> por esta corriente filosófica los que comenzaron a estudiar los problemas penales desde distintas perspectivas, causales y valorativas, sin confundirlas ni mezclarlas. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.180).

Gustavo Malo Camacho (2003, p.136) nos relata que na Alemanha o neokantismo se desenvolveu principalmente na Escola de Marbugo e na Escola de Baden. A Escola de Marburgo tinha importância no estudo do Direito Penal em geral sobretudo na filosofia do direito. No âmbito do Direito Penal encontrou maior repercussão na Escola de Baden, sobre a base da consideração do direito como um integrante das ciências culturais e, por tal motivo, implica a presença de valorações quem sustentavam o estudo do conteúdo social do direito e, em tal sentido, do crime na dogmática jurídica penal.

3.3.5 O Finalismo

Ao se falar do finalismo consegue-se identificar sua paternidade e sua data de nascimento sem muita dificuldade. Deve-se ao jurista e filósofo Hans Welzel[103] a construção das suas principais concepções na década de trinta do século passado[104]. Dentro deste período destacam-se os seguintes textos do pensador alemão: *Kausalitat und Handlung* de 1930 (Causalidade e Ação); *Über Wertungen im Strafrecht* (Considerações em Direito Penal) de 1932, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e Filosofia dos Valores) de 1935 e *Studien zum System des Strafrechts* (Estudos para o Sistema Penal) de 1939.

Com ensina Gustavo Malo Camacho (2003, p.138) o neokantismo introduziu a necessária distinção dos atos gnosiológicos. Ciências naturais são explicadas e ciências culturais são compreendidas. O neokantismo introduziu a percepção que ao lado da estrutura do conhecimento do ser era necessário outro método para o conhecimento da realidade típica de ciências que eram marcadas por valores (dentre elas o direito). Desta nova forma de compreensão vários aspectos do campo jurídico penal sofreram uma revisão. As concepções da conduta, da tipicidade, da

---

[103] "Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, "sistemáticamente". Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad. Pero la ciencia penal es una ciencia "práctica" no sólo porque ella sirve a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica. (WEZEL, 1976, p.11).

[104] ."Los mismos cuestionamientos y el mismo proceso de transición de causalismo naturalista, al valorativo fueron la base que dio origen a este nuevo orden de ideas. Planteado en la tercera década del siglo XX, procuró seguir el análisis científico de la ley penal, intentando superar las contradicciones que se apuntaban en los esquemas precedente es de ladogmática penal.". (CAMACHO, 2003, p. 137).

antijuridicidade e da culpabilidade passaram por um reexame frente a nova compreensão metodológica que mais não desprezava o valor. Contudo, deve-se mencionar que o modelo sistemático para o estudo do delito não se modificou com o neokantismo continuando dentro da estrutura integrada pela conduta típica (tipicidade), antijurídica e culpável.

Hans Welzel não desconhece a importância dos valores para a compreensão do método jurídico. Diante das conquistas do neokantismo, como acima salientado, Welzel reformulará definições de institutos penais que já estavam presentes na dogmática penal à época. Os elementos da teoria do crime permaneceriam os mesmos do positivismo naturalista, contudo, com novos e importantes contornos. Dentre as suas principais contribuições para o direito (sem desprezar a demais) verifica-se a sua teoria finalista da ação.

No livro de Hans Welzel "Novo Sistema para o Direito Penal" pode-se acessar a sua conceituação para o conceito de ação que marcará profundamente toda a estrutura do delito. Hans Welzel introduz na conduta humana a finalidade. Toda ação tem um objetivo desejado e querido pelo autor sendo este o reitor do acontecimento causal. Com seus conhecimentos prévios o indivíduo consegue prever os resultados de suas condutas e direcioná-las de acordo com a finalidade que almeja.

> La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello -dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad. "ciega". (WELZEL, 2004, p.41).

Note-se que a ideia de ação que prevalecia até a teoria finalista da ação de Welzel era a teoria causalista baseada principalmente em von Liszt. Anselm von Liszt conceituava a ação como um fato manifestado no mundo exterior fruto da vontade do homem por um movimento corpóreo voluntário. A voluntariedade está vinculada a uma ideia de liberdade, ou seja, de uma ação não determinada por uma coação física ou psicofísica.[105] [106]

---

[105] "A ação é a causação do resultado por um ato de vontade. Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações e efetuadas pela inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem, pois os dois elementos igualmente importantes da ideia de ação como comissão". (LISZT, 2006, p.196)

> A ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível a vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem resultado. Destarte são dados dois elementos, de que compõe a ideia de ação e, portanto, a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária para que eles formem um todo, referência do resultado ao ato. (LISZT, 2006, p.193).

Percebe-se que o que diferencia basicamente os conceitos de Liszt e Welzel é a presença ou não da finalidade na conduta do indivíduo (estudo). Desta feita, Hans Welzel (1976, p.42) divide a estrutura da ação em duas fases. A primeira na esfera do pensamento onde o autor antecipa a finalidade que deseja e seleciona os meios necessários para o sucesso do seu desiderato. Na segunda fase o autor sai da esfera do pensamento e leva a cabo sua ação no mundo real. Resumidamente: "Pone en movimiento, conforme a um plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto com los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar." (WELZEL, 2004, p. 43).

O que Hans Welzel realiza com sua teoria finalista da ação é incluir na ação o elemento subjetivo do dolo e da culpa que eram à época componentes da culpabilidade. Desta maneira a modificação do conceito de ação refletirá também no estudo da culpabilidade. Esta era uma culpabilidade psicológica-normativa, todavia com as modificações propostas por Welzel a culpabilidade passaria a conter somente elementos normativos.

Gustavo Camacho sintetiza estas contribuições sobre os avanços proporcionados pela metodologia finalista para a dogmática jurídica:

> En síntesis, desde el punto de vista metodológico, si bien el estudiode la ley penal, en relación con el estudio del delito, continúa conforme a un esquema de análisis estratificado similar al inicio desde Liszt, plantea sustanciales diferencias, en la medida en que la sistemática de Liszt, apoyada en el causalismo naturalista parte de una concepción causal y, de aquí, la necesidad de aprovechar el método de la observación concreta em todo análisis. Este explica la distinción entre los elementos objetivo (injusto objetivo, integrado por la conducta antijurídica y después por la conducta, típica y antijurídica) y el subjetivo (culpabilidad psicológica) del delito, dentro de la perspectiva en que se le maneja. En las etapas posteriores el esquema del causalismo valorativo incorpora diferentes valoraciones que tienen que ser identificadas en el análisis del delito y que implica modificaciones estructurales y sistemáticas que supone um cambio fundamental en su estudio, y que va a encontrar su más completadefinición con la posición finalista. (CAMACHO, 2002, p. 139).

---

[106] "A conceituação de Liszt tem três elementos: vontade, modificação no mundo exterior e nexo de causalidade que liga a ação ao resultado. A vontade e a modificação do mundo exterior podem ser unidas em um único conceito: manifestação da vontade." (BRANDÃO, 2010, p.137).

O finalismo, assim, constitui um importante movimento para a dogmática penal e repercutiu sobremaneira nos países ocidentais, sendo, até hoje a nossa principal orientação dogmática filosófica.

3.3.6 A Escola de Kiel

A escola de Kiel tinha como escopo dar cientificidade para os princípios do direito positivo da Alemanha Hitlerista. Suas concepções e teorizações estavam intimamente unidas com os ideais do nacional-socialismo. Nunca procurou, por sua própria especificidade, trazer um limite ou um controle ao poder estatal. Nota-se que o contexto da época era de uma sociedade alemã deslumbrada com o nazismo e a afirmação de um estado totalitário.

Santiago Mir Puig (2003) enfatiza que a característica principal desta escola deita suas raízes no irracionalismo. Apresentaria como aspectos centrais, os seguintes: a) negação da racionalidade do direito e a necessidade de prescindir na investigação jurídica de um método conceitual; b) a aspiração de sistemas jurídicos de cunho "emotivo", ou seja, constituídos com base no sentimento; a busca de uma consideração unitária, totalitária, completa e concreta dos dados jurídicos. Era um Direito Penal que tinha desprezo pela lógica, era um direito de luta que almejava justificar e "implementar" as ideias penais do partido nazista.

> El programa era ambicioso, pero em realidad ocultaba una única finalidad: dotar de rango científico a las deleznables ideas penales del Estado de Hitler. Así -por citar ejemplos especialmente escandalosos-, la nueva metodología irracionalista sirvió para justificar la derogación del principio de legalidad operada por la admisión de la analogía contra reo y del "sano sentimiento popular" por el derecho penal nacional-socialista, y para sustituir el derecho penal de acto -es decir, el principio de culpabilidad por el hecho realizado- por un derecho penal de autor (Taterstrafrecht) que vino a reclamar el castigo del modo de ser del sujeto^^'. Si a esto se añade la expresión solicitud de sustitución del derecho penal "liberal" por un derecho penal "autoritario", como una de las primeras banderas de la escuela de Kiel se comprenderá el verdadero "significado" de su programa Irracionalista[107]. (MIR PUIG, 2003, p.238)

[107] "Los cuestionamientos que se plantearon al causalismo naturalista yque llevaron al causalismo valorativo, fue provechado por una política llamada: "escuela de Kiel". Esta, aprovechando la coyuntura, planteó críticas a la dogmática misma, negando las afirmaciones fundamentales basadas en el racionalismo positivista, para sostener, en su lugar, um concepto globalizador del derecho, bajo afirmaciones de irracionalidad como principios structurales del sistema penal. Así, en base a la idea del "sano sentimiento del pueblo" se introdujeron en el sistema jurídico penal conceptos de carácter político del momento histórico que vivía, con el auge del nacional socialismo en Alemania, con lo que se destruyó el principio de legalidad y, con este, la certeza y seguridad jurídica fundadasen aquélla." (CAMACHO, 2003, p.137).

A escola de Kiel objetava a dogmática, principalmente, o conceito de bem jurídico. Considerava tais conceitos inúteis ou prejudiciais sendo repelidos por seu nítido caráter liberal, devendo o direito ser encarado por um viés de um dever para com a nação. O crime é, consequentemente, entendido como uma lesão para com estes deveres para com o Estado e para com a nação e não como uma infração aos fins juridicamente protegidos pelos membros da comunidade social. O delito é uma violação ética e moral que versa sobre os valores da consciência do povo. Naturalmente a falta de taxatividade do conceito "consciência do povo" ou "são sentimento do povo" deixa em aberto para a autoridade a sua definição. Rompe-se o dique humanista do princípio liberal da legalidade e o Estado torna-se autoritário. (CAMACHO, 2003, p.137).

Pode-se dizer que a Escola de Kiel foi um grande retrocesso na evolução de um Direito Penal humanista. Como os fatos não deixam mentir, a história não é um processo linear sendo marcada por marchas e contramarchas.

3.3.7 O funcionalismo

Ao se trabalhar com o método do Direito Penal objetiva-se estabelecer uma dogmática coerente do *jus puniendi*. O método é um procedimento que permite perquirir um objeto ao trazer regras para sua apreensão, interpretação e crítica. O método do Direito Penal objetiva tornar coerente e previsíveis as decisões judiciais.

No funcionalismo[108] observa-se, entretanto, que o jurista não deve-se limitar a dogmática tradicional e rompe-se uma fronteira que existia em maior ou menor grau desde os clássicos: a política criminal na dogmática.[109] A política criminal dentro da dogmática era rechaçada no pretérito, pois mesclava ao conhecimento do Direito Penal dimensões que não lhe caibam (sociais e políticas). Como supracitado, o método almejado pelos penalistas passados (e ainda hoje) é uma formulação coerente e harmoniosa dos institutos penais e com a interferência da política criminal

[108] Problemático falar em um pensamento ou uma escola funcionalista pela grande variedade de autores e teorias que ganham tal alcunha. Muito das vezes encontra-se até mesmo pensadores com pensamentos muitos discrepantes incorporados neste mesmo grupo.

[109] "O Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal – esta famosa frase de Franz von Liszt caracteriza uma relação de tensão, que ainda hoje está viva na nossa ciência. Os princípios empíricos com base nos quais se tratam comportamentos socialmente desviantes são contrapostos por Liszt ao método jurídico (em sentido estrito) de construção e ordenação sistemática- conceitual dos pressupostos do delito". (ROXIN, 2000, p.1).

mina-se tal objetivo. Verifica-se na dogmática o anseio pela coerência entre as decisões mesmo que a resposta penal fosse materialmente injusta. Desta maneira os funcionalistas buscariam uma definição de delito que compreendesse a função do Direito Penal. Almeja-se um sistema congruente e presumível, contudo também justo diante da realidade.

> De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do Direito Penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positiva de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins políticos-criminais (*Kriminal politische ZweckmãBigkeit)* não podem contradizer-se, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tempouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolher as garantias de liberdade do Estado de Direito. (ROXIN, 2000, p.20).

Resumidamente, como salientado, o funcionalismo concede grande destaque à política criminal dentro da sua fusão à dogmática penal. A mitigação da lei em prol do funcionamento apropriado da sociedade pode ser uma das críticas apresentada ao sistema. Aliás esta mitigação dará ensejo a duas das principais vertentes do funcionalismo: a) funcionalismo moderado (democrático) de Roxin e b) funcionalismo radical de Gunther Jakobs (autoritário?).

Dentre os vários autores funcionalistas destaca-se indubitavelmente Claus Roxin. Com a publicação de sua principal obra "Política Criminal e Sistema de Direito Penal" em 1970 suas ideias ganharam repercussões mundiais. Dentre as várias contribuições de Roxin destacam-se: a teoria da imputação objetiva do tipo objetivo e uma teoria funcionalista da culpabilidade.

Nos termos de Claus Roxin um resultado causado pelo agente somente pode-se imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e este perigo também contribuiu para o resultado concreto. Um exemplo apresentado pelo autor seria o caso de um homicida que encaminha a vítima em um dia chuvoso para um bosque para que ela seja atingida por um raio.[110] (ROXIN, 1997, p.362) Não há no caso um risco proibido não sendo assim a conduta imputada.

---

[110] "El "ejemplo frecuentemente utilizado" de que alguien, "al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate um rayo". Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar que hay causalidad em el que dio el consejo; pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo. Y eso es lo que efectivamente hace Welzel, al opinar que en este caso en el sujeto de atrás hay ciertamente una esperanza o un deseo, pero no la voluntad con poder de influencia real en el suceso que exige el dolo. Sin embargo, esta no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente; y la planificación y el curso real coinciden entre sí. Si a pesar de eso no consideramos correcta la punición, ello se debe de modo primario al carácter objetivamente casual del suceso. Sólo porque una causación de muerte puramente

A teoria funcionalista da culpabilidade de Roxin amplia o instituto da culpabilidade para uma ideia de responsabilidade. Somente haverá a responsabilidade quando a culpabilidade se conjugar com as necessidades preventivas de sanção penal simultaneamente.

> La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza um injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficientede autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad. (ROXIN, 1997, p.792).

Por fim, outro funcionalista que merece destaque é Gunther Jakobs. Para ele o sistema penal é autônomo e autopoiético. O Direito Penal tem suas próprias regras e somente a estas se subordina. Jakobs não submete o Direito Penal a limites exteriores, pois o sistema é auto referenciado (autopoiético). Para o autor, a missão do Direito Penal não seria a tutela subsidiária dos bens jurídicos, mas a garantia de vigência e eficácia da própria norma.

> La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas em caso de que resulten defraudadas. Por eso —aun contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal. (JAKOBS, 1997, p.45).

---

casual no la enjuiciamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune." (ROXIN,1997, p.362)

4. O BEM JURÍDICO PENAL

É pensamento majoritário contemporâneo que um Direito Penal democrático tem como incumbência a proteção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade. Ao se elevar o meio ambiente ao *status* de bem jurídico penal, importante é traçar o que se entende e como se desenvolveu este instituto. Se o ambiente é um bem jurídico, a sua compreensão se faz necessária. Não se pode confundir os recursos naturais com o bem jurídico meio ambiente. O bem jurídico meio ambiente é sempre um valor, um predicado. Não mistura o objeto de tutela com o objeto material vez que enquanto valor o meio ambiente é visto com uma condição para a subsistência humana ser possível para gerações presentes e futuras.

Assim, ao se objetivar verificar se o bem jurídico do Direito Penal Ambiental se compatibiliza com as determinações/garantias do Princípio da Legalidade salutar é fazer algumas considerações sobre tão importante instituto. Considerações sobre o conceito e o desenvolvimento da teoria do bem jurídico é um imperativo para a análise de qualquer questão que envolva a dogmática penal hodierna. Compreender o bem jurídico é extremamente necessário, pois este é o objeto do Direito Penal e, consequentemente, do Direito Penal ambiental.

4.1 Considerações Iniciais

O Direito Penal relaciona-se intimamente como a modelo de Estado estabelecido e seu objeto de tutela varia de acordo com a perspectiva democrática ou autoritária assumida pelo mesmo. Fato é que desde as revoluções do século XVIII busca-se, apesar dos retrocessos, uma limitação *ao jus puniendi* e uma justificação para legitimar o Direito Penal. Como mencionando em diversas passagens desta obra, a pena é uma violência. Esta violência, diga-se é, uma consequência jurídica do crime. A partir desta constatação busca-se encontrar o que se procura tutelar com o delito. O que o delito irá tutelar justificará e procurará trazer legitimidade para o direito criminal.

Dentro do contexto contemporâneo não é incomum a identificação que o objeto do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Claus Roxin (2009, p.61) conclui que a tutela dos bens jurídicos não só é objeto da tarefa da política criminal, governa igualmente a teoria do

crime. Por intermédio dos tipos penais o Direito Penal protege os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos.

Jescheck (1981, p.3) leciona que a missão do Direito Penal é possibilitar a convivência dos indivíduos na comunidade. As pessoas têm carências existenciais e precisam do outro para realizá-las. A ordem social geralmente regula estas relações humanas através de normas de comportamento que são introjetadas pela família, escola, empresa, etc. Destas normas surgem sanções para os infratores. Percebe-se, no entanto, que a ordem social pode-se mostrar insuficiente para assegurar a convivência das pessoas necessitando de um "reforço": a ordem jurídica. A característica principal da ordem jurídica é sua coercitividade e o Direito Penal irá assegurá-la por intermédio da pena. O Direito Penal, no entanto, não é livre de limites. Não pode criminalizar condutas sem um critério. Vinculado está a proteção dos valores fundamentais da ordem social.

> El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protecciónde los valores fundamentales del orden social. El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucional, la paz pública, la seguridad exterior, la protección de las minorías nacionales, étnicas o culturales frente al peligro de exterminio o de un trato indigno, la protección de órganos estatales extranjeros, así como de sus símbolos, y emblemas, el trato humanitario de los prisioneros de guerra, etc. Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico. (JESCHECK, 1981, p. 9 e 10).

Dentre os doutrinadores pátrios, Juarez Cirino dos Santos (2008, p.3 e 5) define o Direito Penal como a parte do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas. Seus objetivos declarados nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos, ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.

Destas formulações pode-se deduzir que um Direito Penal que assuma outro objeto de tutela muito provavelmente se transformará em instrumento de arbítrio. Normas que tutelam valores ideológicos, religiosos, morais ou éticos que não atentam contra um bem jurídico seriam, desta maneira, injustificáveis.

En particular se sostiene que no protegen ningún bien jurídico las amenazas penales arbitrarias, las normas que establecen finalidades puramente ideológicas o morales, crean desigualdades injustificadas entre las personas o imponen penas a la expresión de opiniones. Al mismo tiempo se admite que no ha sido totalmente aclarado si "a

través de la concreción del concepto material del delito alcanzada a través de la limitación a la protección de bienes jurídicos sólo tiene implicaciones político-criminales o también posee efecto jurídico-vinculante, con la consecuencia que una norma jurídico penal que choque con ella carezca de validez. (BACIGALUPO, 1999, p.44).

Isto posto, conclui-se que o objeto do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos. Entender a significação deste instituto e suas repercussões dogmáticas é imprescindível para o estudioso do Direito Penal.

4.2 Conceituações de bem jurídico

Ao se constatar que o objeto do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, imperativo é trazer a significação de bem jurídico.[111] Saliente-se que o conceito de bem jurídico não é unívoco. A conceituação desde instituto varia, no mais das vezes, de acordo com a corrente de pensamento do autor e de seu contexto histórico metodológico[112]. Como explica Juarez Tavares (2003, p. 181) a opção pela concepção do que vem a compor o bem jurídico, como a justificativa da incriminação, não deixa ser uma escolha consciente (ou não) política do jurista. O conceito de bem jurídico[113] desnuda uma compreensão do objeto que se busca tutelar com o Direito Penal.

Antes de apresentar alguns conceitos de bem jurídico cumpre trazer três observações importantes feitas por Carlos Santiago Nino (1989, p.56) que auxiliam na compreensão da temática e evitam alguns equívocos: a) para a dogmática penal todo delito tem resultado jurídico, ou seja, lesa um bem jurídico. Não pode ser considerado válido um crime onde não há bem jurídico protegido. Assim, a lesão de um bem parece pertencer ao conceito de delito. b) Não se

---

[111] "Pero ¿qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pergunta responden de modo unánime los penalistas: la norma penal, el derecho penal, protege los bienes jurídicos. La verificación de esta afirmación obliga, pues, a enfrentarse con el concepto de bien jurídico". (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 90).

[112] "El significado de la expresión "bien jurídico" es objeto de extensas controversias entre los escritores de derecho penal. No sienpre, como es típico en la dogmática, se advierte que esta discusión no versa sobre hechos o sobre la captación de supuestas "naturalezas" o "esencias" de fenómenos, sino sobre el significado de palabras. La tarea consiste en estipular un significado para esta expresión de tal manera que la misma refleje en lo posible el núcleo central de los usos lingüísticos y cumpla la función que se le ha asignado en la teoría del delito." (NINO, 1989, p.55). Muitas das díspares conceituações do "bem jurídico" realmente se prendem ao uso da linguagem na sua definição não se prendendo a natureza do mesmo, todavia, também é verdade que muitas diferenças entre os conceitos se prendem ao objeto tutelado não sendo uma questão apenas de semântica.

[113] "Embora, no âmbito de um Direito Penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meios de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal. (TAVARES, 2003, p.181).

confunde o bem jurídico que se lesiona com o delito com o objeto material afetado pelo crime. Com o delito de dano, por exemplo, se lesiona a propriedade que é o bem jurídico tutelado pela norma. c) Existem uma grande e distinta variedade de bens jurídicos. Constata-se uma heterogeneidade: vida, propriedade, honra, administração pública, meio ambiente, etc.

Uma primeira aproximação para o entendimento do conceito de bem jurídico nos é apresentada por Munõz Conde (2001, p.90 e 91) e é baseada na necessidade de convivência social (próximo da ideia de Jescheck supracitada). Muñoz Conde trabalha com a ideia Freudiana de que a sociedade ao mesmo tempo que supre as necessidades de seus componentes também as frustra. Assim, a autorrealização do homem necessita de pressupostos existenciais[114] que lhe sejam hábeis a atender este objetivo. Estes pressupostos existenciais serão denominados bens e, quando recebem proteção do direito, serão elevados a categoria de "bens jurídicos". Dito isto, a identificação dos bens jurídicos que merecerão proteção pelo Direito Penal exigirá uma valoração que está condicionada pelo contexto social inserido. "Cuáles sean los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal, dependeno solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad". (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 92). Por fim, o pensador espanhol, faz um importante alerta: não é de todo raro que as classes dominantes elevem a categoria de "bens jurídicos" os seus interesses particulares em detrimento dos restantes membros da sociedade. Determinam como "bens jurídicos" o que lhes é vantajoso e benéfico em prejuízo dos verdadeiros bens jurídicos. A este fenômeno Muñoz Conde dá o nome de perversão do conceito de bem jurídico. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.92). Este alerta, também, é percebido por Juarez Cirino do Santos que não se furta a criticar os "objetivos não declarados pelo Direito Penal", nestes termos:

> Assim, através das definições legais de crimes e de penas o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: os tipos legais de crimes fundados em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias a existência e reprodução dessas classes sociais. Nessa medida, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, os indivíduos pertencentes as classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do

[114] "Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud -negados por la muerte y el sufrimiento. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc, y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etcétera." (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 91).

> consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal. (SANTOS, 2008, p.11).

Em Hans Welzel (1956, p. 1 e 2) constata-se que a missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais da vida em sociedade. Para o pensador alemão toda conduta, independentemente de ser boa ou não, está sujeita a ser valorada segundo o resultado que provoca (valor do resultado); ou por outro modo, segundo o sentido da atividade em si mesma a despeito de um resultado provocado (valor da ação)[115]. Tanto o valor da ação quanto o valor do resultado têm relevância para o Direito Penal. Primeiramente, Wezel destaca que determinados bens como a vida, a liberdade, a propriedade quando tutelados pelo Estado convertem-se em bens jurídicos, pois diante de sua lesão uma consequência jurídica ocorrerá. Esta consequência jurídica (sanção) é o meio para a tutela destes referidos bens. Desta maneira, o Direito Penal trata de evitar o desvalor do resultado com a punição do desvalor do ato. Com isso assegura-se os valores positivos éticos-sociais dos atos. "Con ello se pasa por alto que al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el respeto por los bienes jurídicos (es decir la validez de los valores de acto) es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales". (WELZEL, 1956, p.4).

Gustavo Malo Camacho (2003, p. 280) conceitua bem jurídico como o objeto de proteção de um digno interesse social (individual ou coletivo) reconhecido e garantido pelo poder estatal por intermédio da lei penal. O autor reconhece que a ordem jurídica é uma ordem de relação social que regula as condutas sociais almejadas no âmbito político-social do direito. Na busca da consecução da garantia destes interesses sociais estabelece-se as normas para a regulamentação destas relações sociais. Camacho (2003) assinala que precede a norma jurídica penal sempre uma certa valoração da sociedade no tocante aos bens. Expõe o autor sobre esta temática, *in verbis*:

> Como acertadamente lo observó, en su oportunidad, Max E. Mayer significando con esto, que es el interés social, el que origina un cierto bien, valorando culturalmente

[115] "Ejemplo: uno de los valores humanos más elementales es el trabajo. Su valor puede ser apreciado, de una parte, viendo el resultado material -la obra- que produce (valor del resultado o valor material). Peyo, con independencia de que la obra se logre o no, el 'abajo en sí mismo, es un valor en la existencia humana. a actividad, como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto del trabajo). Lo mismo ocurre en el orden negativo: el disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación (disvalor del resultado de la acción) ; pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación (disvalor de la acción); p. ej., la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío." (WELZEL, 1956, p.2)

> función de los fines de convivencia, resulte ser jurídicamente protegido, a superar el proceso legislativo que determine el nacimiento de la ley, y origina que el mismo que de jurídicamente tutelados, dando respuesta social a la situación de conflictos que este comportamiento similar para la social civil y que es precisamente, lo que integran los miembros de la comunidad social a valorar la culturalmente. Los "bienes" que asisten en la realidad representa un cierto valor para la personas que nos utiliza fondos tienen en su poder, de aquí su nombre de que "bienes". A partir de esto, es el interés social del que genera la ley penal, creando la tutela jurídico correspondiente. (CAMACHO, 2002, p.281).

Uma interessante construção teórica sobre o conceito de bem jurídico nos é apresentada por Claus Roxin (2009, p.16-18). Roxin relata que o Direito Penal cumpre uma função social. Esta função social é uma garantia de convivência livre e harmoniosa entre os cidadãos e pode ser empregada quando outros meios de controle social não se mostrarem eficazes. A ideia subjacente a esta função social do Direito Penal é uma busca de equilíbrio entre o *jus puniendi* estatal e a liberdade civil de outro (em se tratando de um Estado Democrático de Direito).[116] Desta forma, o autor, tendo como base o Estado Democrático de Direito, explica que as normas jurídico-penais devem somente ter como escopo a convivência pacífica entre os cidadãos sob a égide dos direitos humanos fundamentais. Assim, é dever do Estado, por intermédio do Direito Penal, garantir tanto as condições individuais necessárias para convivência (vida, incolumidade física, honra, etc..) como também de instituições adequadas para este objetivo (administração pública, administração da justiça, etc..) sempre que outro meio de proteção não se mostrar suficiente para consecução desta finalidade. “Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino como “bens jurídicos”. (ROXIN, 2009, p.18). Por outras palavras Roxin resume a questão:

> Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um da sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferença entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados pelo legislador com anterioridade, como o caso, por exemplo da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário. (ROXIN, 2009, p.18 e 19)

Gunther Jakobs (1997, p.44), por sua vez, informa que a legitimidade do Direito Penal perpassa por dois prismas fundamentais. Primeiramente temos uma legitimidade formal que se baseia na aprovação das leis penais em conformidade, especialmente, com as determinações

[116] “Então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária com também a liberdade individual possível. Estas ideias de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluto, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restritivas da liberdade.” (ROXIN, 2009, p.17).

constitucionais do processo legislativo (e com outras imposições constitucionais). Por outro, lado fala-se, também, em uma legitimação material que residiria na constatação que aquelas leis penais sejam necessárias para a manutenção da forma de sociedade e de Estado. Para o pensador não há nenhuma matéria prévia ou absoluta nas normas penais sendo os conteúdos admitidos baseados no seu respectivo contexto social. "As realidades da vida" são o contexto social que serão regulados pelas normas tanto penais quanto constitucionais.

Dentro dos termos de Jakobs (1997, p. 45) o papel desempenhado pelo Direito Penal seria a manutenção desta ordem social e estatal. O Direito Penal é um instrumento para a proteção das normas. Esta proteção consubstancia-se que as expectativas fundamentais para o desenvolvimento da sociedade contidas nas normas não podem ser defraudadas. O Direito Penal garante que as normas sejam cumpridas e a expectativa da norma não seja frustrada. Isto posto "se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal." (JAKOBS, 1997, p.45).

> Ao modelo funcional próprio correspondem, basicamente, as propostas de Jakobs, que partem do pressuposto de que à norma penal só interessa assegurar a expectativa de uma conduta correta. A conduta correta seria aquela que não implicasse uma decepção de expectativas, daí se situar num círculo tautológico. Ainda que não descarte expressamente a teoria do bem jurídico, ao lhe fazer algumas concessões relativas à sua supremacia sobre a teoria da danosidade social, Jakobs procura dar-lhe uma outra conceituação. Em vez de tratá-los como interesses ou pressupostos existenciais, identifica os bens jurídicos com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz pública. (TAVARES, 2003, p.196).

Dentre os doutrinadores pátrios encontram-se igualmente significativas contribuições para o esclarecimento da conceituação do bem jurídico. Everardo Luna (1993, p.27) inicia suas observações com a conclusão de que o objeto jurídico do crime e o objeto da tutela penal são a mesma coisa. Identificam-se lógica e realmente e, por isso, também são conhecidos como objeto de ataque e objeto de proteção do Direito Penal. Por identificar objeto do crime como o próprio objeto de tutela do Direito Penal, Luna critica a posição de Carnelutti que via no objeto do crime um bem e no objeto de tutela um interesse. Esclarece Everardo Luna: "Não tem fundamento e conserva-se isolada e sem eco, porque o bem é um interesse, *rectius*, interesse juridicamente protegido." (LUNA, 1993, p.27). Isto posto, o pensador brasileiro conclui que o que o Direito Penal tutela ou protege é o que está exposto ao crime pela ação da pessoa. O objeto violado pelo delito nada mais é o que se anseia proteger com o direito criminal. (LUNA, 1993).

Feita esta digressão, Everardo Luna (1993, p.27) passa a perquirir o que constitui este objeto de tutela do Direito Penal. A questão proposta é o que a norma penal procura evitar diante de uma conduta criminosa. Primeiramente destaca que é um erro identificar o objeto de proteção penal com o objeto material ou qualquer outra realidade fenomênica. Não é no mundo natural que se encontra o objeto de tutela, mas sim na realidade jurídica. O objeto jurídico é que será denominado bem jurídico. Para Everardo Luna o bem jurídico é o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Contudo adverte que não se deve conceber subjetivamente este interesse como uma valoração de um bem realizada por uma pessoa determinada segundo as suas carências egoístas. O interesse em Luna assume a condição de ser um bem que atenda a necessidade humana, mas dentro de um contexto social que revela o indivíduo como parte de um todo (sociedade). Desta maneira o bem "é aquilo que satisfaz uma necessidade humana, física, intelectual ou moral, o interesse (*id quod inter est*) representa a posição tomada pelo homem em relação tomada ao bem, na medida em que este é idôneo para satisfazer uma necessidade." (LUNA, 1993, p.27)

Por fim, Everardo Luna (1993, p.30) conclui que é imperioso que o bem jurídico não seja percebido por uma noção realista. Uma concepção empírica do bem jurídico o compreende com uma verdadeira realidade fenomênica. O bem jurídico, para o autor, tem caráter teleológico. "Pela concepção teleológica do bem jurídico, este toma a posição exata que lhe destina a ordem jurídica-punitiva". (LUNA, 1993, p.31).

Cite-se, também, entre os pensadores nacionais as contribuições de Juarez Tavares sobre a temática. Para Juarez Tavares (2003, p.198) o bem jurídico não se identifica com os interesses protegidos pela norma nem também se confundiria com um estado social representativo de uma sociedade eticamente ideal, nem tão pouco com uma relação sistêmica. Percebe-se que Juarez Tavares não comunga com algumas das conceituações expostas e tem uma outra perspectiva para o bem jurídico. Para Juarez Tavares (2003, p. 198) o bem jurídico é um valor fruto da condição do indivíduo e de sua projeção no meio social que se integra à norma como seu objeto de preferência real. Assim, por ser um valor incorporado à norma (objeto de preferência real e não ideal ou funcional), a análise do bem jurídico permite observar a validade mesma da norma e subordina sua eficácia a constatação de sua lesão ou perigo de lesão. (TAVARES, 2003)

> O bem jurídico na qualidade de valor e, consequentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da

> pessoa, pois só nesta situação e que se insere na norma como valor. (TAVARES, 2003, p.198).

Diante destas várias conceituações expostas percebe-se o quão complexo é a definição do instituto bem jurídico. O que se pode afirmar é que o conceito, função, etc. do bem jurídico variará sobremaneira sendo um equívoco acreditar em uma denominação única. O conceito de bem jurídico vincula-se com as referências e teorias de cada pensador ou época e, sendo assim, um conceito unitário e absoluto com uma validade universal não é possível.[117] Verifica-se esta observação, inclusive, na história do Direito Penal o que será o tema a seguir.

4.3 A trajetória da teoria do bem jurídico[118]

Diante da pluralidade de conceitos de bem jurídico apresentada constatou-se que a ideia do que se compreende por bem jurídico tem toda uma conexão com a própria ideia que se faz do Direito Penal. No capítulo anterior demonstrou-se o desenrolar histórico-metodológico do Direito Penal e no tocante ao bem jurídico também é possível fazer uma linha do seu processo no decorrer do tempo.

Ao se tratar da ideia de bem jurídico na atualidade, pelo menos por um perfil democrático, percebe-se que a concepção deste instituto é uma limitação a uma criminalização arbitrária e que não respeita a dignidade da pessoa humana. Dito isso, a teoria do bem jurídico somente faz sentido de existir havendo a compreensão que o *jus puniendi* não é um poder absoluto. Esta limitação a um Direito Penal do terror surge com grande força com a afirmação do Estado Liberal fruto do Iluminismo. Neste período histórico ainda não há o conceito de bem jurídico, mas pode-se extrair o gérmen que será desenvolvido no decorrer do século XIX e XX.

Antes do pensamento iluminista o Direito Penal não apresentava cientificidade e moderação. O delito, não raramente, era identificado com o pecado ao constituir o descumprimento de um dever imposto. O Direito Penal era um instrumento de controle nas mãos do monarca soberano absoluto. Com as revoluções burguesas do século XVIII e seus ideais de limitação do poder do soberano surge uma grande transformação no Direito Penal. O Direito

---

[117] "Tal posição transcendente do conceito de bem jurídico no debate sobre a legitimidade do Direito Penal reside na sua derivação da sociedade. Por isso, não sendo o delito um ente ontológico, e sim uma criação artificial, resultante de um processo comunicativo de definição no qual intervêm diferentes fatores sociais, não é possível afirmar a existência de um conteúdo absoluto e imutável que o singularize aprioristicamente." (BECHARA, 2014, p.89).

[118] Muitas das questões aqui propostas já foram abordadas, mesmo que superficialmente, no capítulo 2. Procura-se aqui trazer uma maior clareza ao que foi já exposto e ter aqui o foco no bem jurídico.

Penal não mais poderia ser utilizado ao bel prazer do governante e deste fato busca-se uma fundamentação que desse legitimidade para o direito de punir. Como salienta Ana Elisa Bechara (2014) neste período surgem as expressões dano social (Beccaria e Hommel) e lesão de direitos (Feuerbach) que, posteriormente, que darão impulso ao surgimento ao bem jurídico.[119]

> La ideología de la libertad del Iuminismo responde a la ideología teológica del Absolutismo. El delito ya no es más una agresión a Dios mediatizada a través de una agresión al soberano como representante de Dios en la tierra y asimilable, en consecuencia, al pecado, sino una agresión a las condiciones de vida en sociedad. El daño al orden divino es reemplazado por el daño al orden social. El delito se seculariza, toma carta de residencia en la tierra y entre los hombres. Del mismo modo, la pena ya no será más expiación del pecado cometido, sino que será retribución. Se trata de reparar el daño, que ahora es un daño a la sociedad y de restablecer el orden jurídico que viene a reemplazar al orden divino de la Edad Media, que ha sido interrumpido. La retribución del delito sucede a la expiación del pecado, la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres. (MALAREE, 1992, p.14).

Apesar de Beccaria (1764) já estabelecer um norte para um Direito Penal mais humano em seu opúsculo "Dos delitos e das penas" somente com Anselm von Feuerbach os pensamentos do pensador milanês ganharam cientificidade. Com cientificidade se deseja dizer que com Feuerbach buscou-se construir um Direito Penal sistemático, ou seja, com um método. Beccaria falava em sua obra sobre uma limitação do Direito Penal e que este se destinava apenas para evitar danos sociais[120]. Vincula-se aqui a aplicação do Direito Penal a punição dos danos sociais, mas uma teoria sistemática e um método penal somente integrarão a dogmática penal com Feuerbach em 1801. Em Beccaria, e no seu contratualismo como fundamento da formação do Estado, percebe-se que a finalidade deste seria evitar os danos sociais[121] e, consequentemente, o

---

[119] "La necesidad de un referente material para la norma penal aparece ya en los albores del Estado liberal. Primero habría de aparecer la teoría de los derechos subjetivos de FEUERBACH y posteriormente la teoría del bien jurídico con BIRNBAUM. Ambas, como se verá más adelante, han sido expresiones de la teoría del contrato social. No cabe duda, en consecuencia, el origen liberal iluminista del concepto de bien jurídico, aspecto que sin duda tuvo en cuenta el derecho penal autoritario del período nazi en su lucha por la desaparición del concepto". (MALAREE, 1992, p.08).

[120] "Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expilestas, se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares; se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar **nuevos daños a sus ciudadanos**, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo." (BONESANA, 1993, P.79). (grifo meu).

[121] Como nos explica Augusto Silva Dias (2008, p.100), apesar do ilícito penal vincular-se ao dano social, o qualificativo social nada mais é que uma violação da liberdade ou de um direito. "E a lesão de um direito verifica-se quando alguém priva outrem, sem seu consentimento ou contra sua vontade, de uma parte da sua propriedade ou liberdade pessoal". Note que naquela época entendia-se a sociedade civil como um mero agrupamento de indivíduos.

Direito Penal seria um dos seus instrumentos, mas saliente-se, no entanto, que não se verifica ainda neste instante um referente material para o crime e nem uma teoria do delito que transforme e aplique estas ideias por intermédio de um método.

> Fim do Estado é, neste contexto, garantir a cada um o exercício de liberdade individual inalienável, dispondo e administrado para tal a soma das liberdades depositadas. O poder punitivo inscreve-se nesta finalidade do Estado. Toda a lesão grave da liberdade individual representa um dano aos fundamentos da sociedade que deve ser qualificado como crime e sancionado com a pena. Ao produzir tal dano social o criminoso como que prescinde daquela liberdade depositada e reconhece ao Estado a faculdade de lhe retirar. O dano social tem como objeto a liberdade individual e constitui-se como fundamento do verdadeiro ilícito penal. (DIAS, 2008, p.99).

Percebe-se, pelo exposto, que em Beccaria já se buscava uma fundamentação ou fim para a pena e consequentemente para o próprio Direito Penal. Anselm von Feuerbach vai além de buscar um fundamento. Com ele o Direito Penal, além de um fundamento ou um objeto de tutela, procurará estabelecer um método. A tese de Feuerbach é considerada por muitos dogmáticos como o antecedente da formulação da teoria do bem jurídico. São os primeiros passos, mas são contribuições relevantes. "Foi, contudo, de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach a primeira tentativa de precisar sistematicamente um referente material do delito que se revelasse necessário, racionalmente fundado e socialmente reconhecido, com o objetivo de diferenciá-lo da mera violação de dever."[122]. (BECHARA, 2014, p.91).

> As construções dogmáticas em torno do conceito de bem jurídico se estendem ao largo de mais de dois séculos. A tese que traduziu o antecedente do nascedouro do conceito de bem jurídico foi desenvolvida por Anselm von Feuerbach, no seu tratado datado de 1801, representando uma condição para o nascimento daquele conceito. Note-se que se disse aqui que a tese de Feuerbach possibilitou a construção da teoria do bem jurídico, não que ela mesma tenha construído aquela noção. Isto decorre do fato de que se buscou aí, em última análise, o objeto de proteção do Direito Penal, e a crítica formulada ao objeto de proteção apontado por Feuerbach construiu a noção de bem jurídico. (BRANDÃO, 2012, p.111).

Anselm von Feuerbach, com alicerce no contratualismo, determinou que a necessidade da lei era a preservação da liberdade dos membros da comunidade. O Estado cominaria uma sanção e a aplicaria com esta intenção. "El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (poena forensis). La razón general de la necesidad y de la existencia de la

---

A sociedade civil era destituída de interesses e, por isso, os direitos individuais formavam o núcleo dos "bens sociais". (DIAS ,2008)

[122] "Atribui-se, normalmente a Birnbaum o conceito de bem jurídico, em oposição à tese iluminista de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo. Para entender o porquê desta concepção é preciso salientar que ela não teria êxito, não fosse a ideia inicial de Feuerbach, ancorada no contrato social, de afastar o fundamento do delito da tese de que pudesse ele ser visto como uma simples violação de dever sancionada criminalmente." (TAVARES, 2003, p.182 e 183).

misma —tanto en la ley como em su ejercicio— es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas." (FEUERBACH, 1989, p.61).

> En Feuerbach, en particular, el principio de la lesión de un derecho y, en último término, del mantenimiento de las condiciones de vida en común como fundamento de legitimación de la potestad punitiva del Estado, se basa en la teoría del fin del Estado de Kant. Feuerbach realiza su propia derivación de un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional. (HORMAZÁBAL MALAREE, 1992, p.15).

Ao tratar especificamente do crime, Feuerbach (1989) não foge da ideia da preservação da liberdade recíproca e declara que quem ultrapassa seus limites comete uma lesão jurídica. Esta lesão jurídica que viola a liberdade quando prevista em uma lei penal (princípio da legalidade) constituiria o crime. Assim se expressa literalmente Feuerbach:

> Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete um crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado. (FEUERBACH, 1989, p. 64)

Isto posto, Anselm von Feuerbach vai erigir sua construção teórica que marcará profundamente a dogmática penal. O primeiro princípio estabelecido pelo jurista alemão foi que nenhuma pena poderia existir sem uma lei e que esta se destinava a proteger os direitos externos dos indivíduos. Observa-se no pensador uma busca de segurança jurídica que será um marco dentro da sua teoria. "Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible." (FEUERBACH, 1989, p.63). Deste primeiro princípio Feuerbach (1989) deriva os demais de sua teoria: a) a aplicação de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); b) a imposição de uma pena está condicionada pela existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*); c) o fato legalmente cominado está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Deste conjunto de proposições extrai-se o famoso brocardo definidor do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege.*[123]). Percebe-

[123] "A proteção dos direitos somente pode ser feita em conexão com o princípio da legalidade. Por este motivo, logo após esta definição, conceituou Feuerbach, no seu tratado, este dito princípio. Com efeito, esta tutela se dá em face de uma coação psicológica dirigida a toda coletividade: a pena. A pena, prevista sempre em uma lei, traz uma ameaça de um mal atribuído como consequência da violação dos direitos subjetivos. É justamente esse dito mal que realiza a prevenção geral negativa, por isso não pode haver pena sem lei: *nulla poena sine lege*". (BRANDÃO, 2012, p.112).

se que da construção do princípio da legalidade surge a discussão do objeto de tutela da lei que em Feuerbach é a proteção dos direitos externos dos indivíduos (direitos subjetivos).

Ao basear os direitos subjetivos como referente "material" do delito Feuerbach somente aplica ao Direito Penal sua concepção contratualista da sociedade. Com esta perspectiva liberal, o autor defende como tarefa do Estado ser este apenas um garantidor das liberdades. Da união de todos para a formação da sociedade civil o Estado surge como um protetor do exercício destas liberdades e o Direito Penal legítimo é o que tem este escopo como objeto. Apesar das críticas que esta teoria sofrerá no futuro, ela foi um importante marco para o Direito Penal, pois constituiu uma limitação ao *jus puniendi* estatal ao trazer um conteúdo sistemático-funcional para a dogmática penal.[124] O Direito Penal protege os direitos subjetivos e o legislador deveria se ater a esta determinação quando fosse promover a criminalização. Com a criminalização e o efeito provocado pela pena (coação psicológica[125]) os direitos subjetivos estariam garantidos frente as ações delituosas.

Desta maneira, como explica Juarez Tavares, Feuerbach via na violação do direito subjetivo uma agressão ao direito individual do outro de poder exercer sua liberdade com desembaraço. Entre autor e vítima existe uma igualdade que é quebrada pelo cometimento do delito, onde o autor limita a vítima do exercício do seu direito individual. Ao Estado cabe a tarefa de proteger estes direitos, entretanto, a tutela penal se limita a isso. Desta feita, subordinava-se o conceito de delito a um princípio material – preservação da liberdade individual – independentemente dos fins porventura políticos do Estado, dando ensejo, inclusive, à possibilidade de se ver no delito uma própria lesão de bens materiais e não simplesmente uma violação de dever para com o Estado. (TAVARES, 2003, p.183)

---

[124] "A concepção de Feuerbach representa significativo avanço ao desenvolvimento do Direito Penal, observando-se que a seleção dos direitos subjetivos como objeto de determinação do núcleo do delito implica, de um lado, a concreção de um conteúdo sistemático-funcional a servir de barreira frente ao arbítrio legislativo (e, portanto, soberano, à época) e, de outro, o reconhecimento de um caráter concreto-imanente, protegendo-se uma esfera específica de liberdade pessoal. Assim, do ponto de vista político, referida teoria, que vê na pena a consequência jurídica voltada a conservação dos direitos subjetivos, cumpre uma função limitadora da intervenção jurídico-penal". (BECHARA, 2014, p.92).

[125] "Se entenderá que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación pueda concebirse como causa de la existencia de uma pena, si es que existe el concepto de pena. I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley'. (FEUERBACH, 1989, p..61).

Como já salientado, as proposições de Anselm von Feuerbach tiveram grande destaque para dogmática jurídica, no entanto, foram passíveis de críticas. Feuerbach não tratou na sua teoria a ideia de "bem". Este termo e suas perspectivas vão surgir da crítica realizada ao objeto do Direito Penal serem os direitos subjetivos. Estas críticas ganharam eco principalmente com Johann Franz Birnbaum que cunhou a expressão em 1834[126]. "El concepto del bien jurídico, al parecer surgen como Birnbaum, durante la primera mitad del siglo XIX, en la época de formaciones de las licitaciones penales nacionales, bajo la Concepción del nuevo estado de derecho el sentido moderno." (CAMACHO, 1997, p. 283). Como leciona Cláudio Brandão (2012), no início do século XIX praticamente não houve críticas na recente dogmática jurídica sobre a existência de um objeto de proteção do Direito Penal, contudo não se pode dizer o mesmo sobre o que seria este objeto de tutela. "Com efeito, a polêmica sobre o conteúdo da tutela penal é protagonizada por Birnbaum, ainda na primeira metade do Século XIX, e é nesta polêmica que surge a conceituação de bem vinculada à referenciada tutela penal." (BRANDÃO, 2012, p. 115).

Ana Elisa Bechara (2014, p.95 e 96) esclarece que Johann Birnbaum, logo nas suas primeiras proposições, trabalha com a perspectiva que está na natureza das coisas, para além de uma definição jurídico positivo do crime, que o delito também tem que ter um conceito natural. Se o delito é uma lesão, o conteúdo do delito deve ser extraído de um bem e não de um direito[127]. O que se lesiona por um conceito natural de lesão tem referência a uma pessoa ou uma coisa e não um "direito a coisa". "El concepto natural de lesión parece ser a quel con el cual la referimos a una persona o una cosa que concebimos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que la actión de otra persona puede sustraer o disminuir."[128] (BIRNBAUM, 2010, p.35). Com essa compreensão surge a crítica entre a teoria de Birnbaum frente ao seu antecessor Feuerbach: as proposições de Feuerbach caem em um vazio tautológico ao estabelecer que o objeto do Direito Penal é a norma em si mesma. É o direito protegendo o próprio direito ao se estabelecer o

[126] "Influenciado por la ideología del Iluminismo, FEUERBACH abordó la consideración material del delito, identificándolo con la lesión de un derecho subjetivo, lo que vino a generar la réplica casi inmediata de BIRNBAUM, el fundador de la teoría del bien jurídico en Derecho Penal." (FERNANDEZ, 1995, p.173)

[127] "Sin embargo, en este contexto, en 1834 J.M.J.F. BIRNBAUM publicó una obra en la que planteaba una tesis de claro contenido liberal y, por lo tanto, restrictiva del *ius puniendi* del Estado de la Restauración, conforme a la cual la conducta delictiva no lesiona derechos subjetivos, sino que lesiona "bienes". (MALAREE, 1992, p.26).

[128] "Birnbaum constrói sua teoria a partir da crítica nominal a Feuerbach. Para ele, não se pode afirmar que a missão do Direito Penal é tutelar os interesses e os direitos subjetivos, porque o direito, em si mesmo, nunca é lesionado. Porém, o direito é materializado em bens, que são o objeto do direito, e estes últimos sim, podem ser lesionados, porque podem ser diminuídos ou subtraídos da esfera de seus titulares. O direito, enquanto tal, não é suscetível de ser subtraído ou diminuído em face da realização da ação criminosa, mas somente os bens que são objeto deste referido direito." (BRANDÃO, 2012, p.117).

Direito Penal tutelando os direitos subjetivos. Aqui a referência a algo material em Birnbaum traz a ideia de um objeto realmente factível de tutela, mesmo que seja não tutelado por um direito subjetivo.

> Dicho autor, rechazando la afirmación contraterrorista del delito observa que el derecho como tal, no puede ser senador y disminuido; lo que ocurre es que la lesión de las sufre el objeto de protección del derecho, es decir, el "bien" que resulta afectado lesionado. Así, desde un enfoque racionalista, reconoce um concepto natural división del bien jurídico, para concluir afirmando que "de acuerdo naturalista de las cosas o conforme a la razón debe entenderse sea (como delito) toda lesión imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder del estado a garantizador todos informen fuerte. (CAMACHO, 1997, p.283).

Com a ideia de bem introduzida por Birnbaum como objeto da tutela do Direito Penal dois posicionamentos sobre esta teoria irão surgir. Divergem os pensadores, em maior ou menor grau, sobre o caráter liberal e a, consequente, limitação ao *jus puniendi* pela teoria proposta do bem jurídico proposta por Birnbaum.

Para alguns doutrinadores o caráter vago[129] do que seria este bem declarado por Birnbaum como objeto da tutela penal possibilitaria uma expansão do Direito Penal e não seria um verdadeiro limite ao *jus puniendi* estatal.[130] Com leciona Ana Elisa Bechara[131] (2014, p.96), Birnbaum se mostrou aparentemente favorável a reconhecer entre os bens que poderiam constituir delitos alguns que atendessem as necessidades ou condições da sociedade: “Verifica-se, então, com a introdução de bens comuns, como poderiam ser as ideias morais ou religiosas do povo, que tal concepção acabou por viabilizar a ampliação da tutela penal, antes injustificada sob o enfoque da lesão de direitos subjetivos.”. Esta parece ser a conclusão de Juarez Tavares sobre este ponto:

> É preciso ressaltar, todavia, que esse sentido material do conceito de bem jurídico, que hoje se desfruta como fundamento de qualquer incriminação, não havia sido despertado, propriamente em Birnbaum. Este, na verdade, tinha outro propósito, com sua elaboração, que era justamente o de adequar a teoria jurídica do delito às normas do Direito Penal vigente, que conflitavam com a ideia da violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade. Com a introdução do conceito de violação de bem jurídico, em substituição ao conceito de violação de direito subjetivo, como fundamento do delito, desde que se pudesse reconhecer que, igualmente, interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, ainda que se ganhasse em clareza, quanto à

[129] “Como primera observación hay que señalar que el texto de Birnbaum en que formula su teoría del "bien" no contiene en ninguna parte una definición del concepto ni se sujeta a ningún orden sistemático, lo que dificulta su lectura y comprensión.” (MALAREE, 1992, p.30).

[130] Por este conceito vago incluiriam-se como puníveis os crimes contra a religião e a moral, abrindo-se o âmbito punitivo para além dos direitos individuais.

[131] Apesar desta observação Ana Elisa Bechara (2014) não deixa de reconhecer em um ponto mais avançado do seu livro a importância da teoria de Birnbaum para uma construção de transformação substancial na intervenção penal.

> incriminação das respectivas condutas, se perdia – e de fato se perdeu – a vinculação dessa incriminação aos pressupostos de legitimidade, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por Feuerbach. (TAVARES, 2003, p.184 e 185).

Mesmo com estas verificações, no entanto, outros doutrinadores salientaram que com Birnbaum o bem jurídico trouxe uma posição concreta como objeto de tutela penal e com isto o Direito Penal cerca-se de maiores garantias.[132] O bem jurídico com esta concepção concreta provocou um giro conceitual e reside no conceito deste autor uma esfera empírico-objetiva que permite inclusive a diferenciação entre lesão e perigo, consumação e tentativa e bens coletivos e individuais (institutos hoje bem naturais ao estudioso do direito pena atual). Assim, mesmo não desejado por Birnbaum, sua teoria não deixou de trazer importantes contribuições para uma limitação ao poder de punitivo.

> Para Sina y Marx la teoría del "bien" de Birnbaum tenia del mismo modo que la de protección de um derecho subjetivo, un contenido liberal sistemático funcional, por lo que debía ser evaluada simplemente como uma corrección de la teoría de la lesión de un derecho "que deja incólume el esencial principio liberal y como la continuadora de los principios filosóficos del Iluminismo. (MALAREE, 1992, p.29).

Como conclui Ana Elisa Bechara (2014, p.98) a mudança de terminologia efetuada pelo autor importou uma transformação substancial na intervenção penal, haja vista que até então o debate se centrava exclusivamente nos direitos individuais reconhecidos, pertencendo mais a uma esfera espiritual. Com Birnbaum os bens essenciais do homem assumem uma posição concreta o que traz um ganho para um controle do direito de punir.

Nota-se que já nas décadas finais do século XIX a discussão sobre o conceito de bem jurídico e a sua importância se circunscreveram tendo como como referência principal o pensamento positivista. Já em diversos pontos deste trabalho destacou-se a relevância desta linha de pensamento e seus reflexos no âmbito jurídico e no tocante a uma identificação e conceituação do bem jurídico não foi diferente.

Assim, o positivismo e seu método de investigação baseado nas conquistas das ciências naturais refletiu com grande ênfase na dogmática penal e produziu duas vertentes que geraram visões distintas sobre o bem jurídico: o positivismo jurídico e o positivismo naturalista ou

---

[132] "(...) não se pode fechar os olhos ao potencial argumentativo que nasce da objetivação da lesão do bem, *rectius*, bem jurídico, oriunda da teorização deste autor. O Direito Penal cerca-se, com dita teorização, de mais garantias, prestando-se, com isso, a realizar mais eficazmente as aspirações que, presentes no pano de fundo iluminista do século XVIII, deram causa à formulação do princípio da legalidade e da própria construção do direito subjetivo como objeto da tutela penal, consoante o que foi exposto por Feuerbach, na sua incontroversa visão liberal do Direito Penal. Ao deslocar, pois, o eixo subjetivo inicial para o eixo objetivo com a concepção de bem, o Direito Penal ganhou contornos mais liberais, quiçá não queridos pelo próprio Birnbaum." (BRANDÃO, 2012, p. 121 e 122).

sociológico. Cada uma destas vertentes teve um pensador que constituiu verdadeiro marco/alicerce de influência na construção destas teorias. O positivismo jurídico teve como expoente Karl Binding e o positivismo naturalista, por sua vez, foi construído sob a égide das ideias de Franz von Liszt.[133]

> Las tesis de BINDING y VON LISZT representan en el derecho penal a las dos corrientes principales que habría de seguir el positivismo. Como hemos visto, BINDING representa el positivismo normativista centrado en el exclusivo estudio acrítico de un derecho positivo amparado de legitimidad por el dogma de la racionalidad, y VON LISZT representa al positivismo naturalista en la ortodoxia positivista de la sumisión de las ciencias del espíritu a las ciencias de la naturaleza, de las consideraciones metajurídicas, de la búsqueda de las causas de la criminalidad, de la negación de la pena retributiva y de su reemplazo por una prevención general y especial científica, selectiva y especializada según la categoría de delito que se realiza em la ejecución penal. (MALAREE, 1992, p.54).

Como observa Juarez Tavares (2003, p.186) não há uma concepção unitária do conceito de bem jurídico dentro do positivismo. Como salienta o pensador pátrio o positivismo é uma vinculação a um método de pesquisa. O positivismo busca em toda norma incriminadora um antecedente causal e este, nos termos do autor, poderá ser a vontade do Estado ou autoridade (positivismo jurídico) ou as condições de vida (positivismo sociológico).

> A noção de bem jurídico varia, conforme essas duas vertentes do positivismo. Segundo o positivismo jurídico, somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado. O bem jurídico se reduz aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade com a *ratio* de seu sistema. Representante deste posicionamento é Binding. Segundo o positivismo sociológico ou naturalista, derivado, por desdobramento da escola histórica, o direito tem sua fonte não apenas na lei, mas principalmente no costume, ou no espírito do povo, sintetizador de uma vontade geral, ao estilo contratualista ou organicista. A noção de bem jurídico como interesse juridicamente protegido, tal como na proposta de von Liszt é produto dessa ideia privatística. (TAVARES, 2003, p.187).

O positivismo jurídico foi um reflexo do desenvolvimento das concepções de Karl Binding. Em Karl Binding percebe-se que o racionalismo presente nas ideias iluministas perde força cedendo espaço para o direito positivo. Justificações filosóficas ou metajurídicas próprias do período anterior não mais seriam levadas em consideração[134].

---

[133] "No último quartel do século XIX a dogmática do bem jurídico ganhou propulsão, que se deveu a dois importantes representantes do positivismo: Karl Binding e Franz von Liszt. Karl Binding utiliza-se do conceito de bem jurídico no âmbito da lei e da norma, que será posteriormente chamado de formal. Por sua vez, von Liszt utiliza-se do conceito de bem jurídico para justificar o conteúdo de sua teoria, enquanto violação de um interesse juridicamente protegido, que chamou de material. Assim, conforme se verá, o bem jurídico possui um alcance amplo na dogmática penal, perpassando os elementos formais e materiais da dita dogmática, porque tal abrangência não encerrará uma contradição." (BRANDÃO, 2012, p.123)

[134] "El significado político liberal del positivismo jurídico inspira también la obra de BINDING. El estudio del derecho positivo com exclusión de factores metajurídicos tiene como objetivo la más firme vinculación del juez a la

> Un examen global de la teoría de BINDING, aun cuando pareciera ser lo contrario, sitúa, en una linea de pensamiento que representa la continuación de la que se iniciara com FEUERBACH y siguiera con HEGEL, el punto extremo de la evolución del racionalismo en el derecho. Mirado su planteamiento desde el punto de vista del ciudadano frente al Estado, su teoría de la norma, su concepción del bien jurídico y su preocupación desde un estricto retribucionismo por la pena justa, puede ser calificado como el de un liberal preocupado por plasmar un sistema de garantías. Del mismo modo como en los planteamientos kantianos de FEUERBACH, la portadora de la razón era la ley natural, en los de HEGEL era la historia, en los de BINDING pasa a ser continente y contenido de la razón exclusivamente la norma.Es la culminación del racionalismo, su positivación extrema, su reducción a la estricta juridicidad, la prescindencia absoluta de lo natural y, desde luego, de lo sobrenatural, em suma, la definitividad secularización del derecho penal em las decisiones de la instancia política, lo que él llama los "juicios de valor del legislado". (MALAREE, 1992, p.43).

Cláudio Brandão (2018) nos traz a informação que para Karl Binding o bem jurídico tem uma conotação de valor. Para Binding, o bem jurídico seria um valor social (escolha do legislador) o que afastou esta instituição penal do ramo do direito privado. Saliente-se, inicialmente, que Binding não desenvolveu sua teoria com base em um conceito tripartido de delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). A teoria das normas foi erigida numa concepção unitária do crime e, como explica Brandão, trouxe cientificidade para a dogmática por criar um método. Desta feita Binding (1991, p.340 *apud* BRANDÃO, 2018, p.29) definiria o bem jurídico como: "o conjunto conceitual garantido pelas normas como bens são enquadrados como bens capitais do ordenamento jurídico. Eles são a mesma coisa que bens jurídicos". Este conceito, no entanto, apenas pode ser compreendido dentro do paradigma utilizado por Binding que estabelecia uma dicotomia entre a lei penal e a norma.

Para Karl Binding caberá ao legislador optar por quais serão os objetos que merecerão a proteção da lei penal. Desta maneira, o bem jurídico tem um valor social por ser uma opção do legislador, contudo, o bem jurídico não exercerá uma função supralegal de interpretação teleológica na teoria do crime de Binding. Esta tarefa será exercida pela norma e o bem jurídico seria um pressuposto formal da norma. O bem jurídico é vinculado ao Estado[135], pois cabe a este escolher os objetos que serão protegidos pela lei penal e a norma surge da lógica compreensiva

---

ley y sólo a ella. Si la ley es, formalmente, expresión de la voluntad del pueblo y, materialmente, encarnación de las aspiraciones liberales, tal vinculación aparece, como es sabido, como el primer desiderátum de la metodología liberal." (MIR PUIG, 2003, p.194)

[135] "Más tarde, con la instalación del positivismo jurídico, BlNDlNG tuerce esa orientación valorativa, hasta formular un concepto puramente objetivo y depurado. El bien jurídico no es más que el objeto del delito, conformado por todos los objetos cosificados de los derechos, que implican bienes para la vida jurídica". (FERNANDEZ, 1995, p.174)

da lei. É a norma um imperativo de comportamento que num plano supralegal estabelecerá a conduta desejada[136]. É a norma que metodologicamente converterá um comportamento em crime.

A antijuridicidade é a violação da norma extraída da lei e culpabilidade é uma necessidade, pois somente pode agir de maneira antijurídica quem tem capacidade de compreender a norma (conceito unitário de crime). "Note-se que o bem jurídico não reside no contexto conceitual da antijuridicidade culpável, mas é na norma que residem os elementos antijuridicidade e culpabilidade. Por isso ela já é o equivalente funcional do bem jurídico do conceito tripartido de crime". (BRANDÃO, 2018, p.32)

> O conceito de bem jurídico surge, portanto, pela primeira vez com Binding, que lhe confere sentido formal positivado. A partir das definições de Birnbaum e sem guardar preocupação com as ideias iluministas, Binding definiu o bem jurídico formalmente como tudo aquilo que, não sendo em si um direito, aparece aos olhos do legislador como condição de vida saudável da comunidade, merecendo, assim, a garantia jurídica frente à lesão ou colocação em perigo não desejada. Nem todo bem é suscetível de proteção penal, mas apenas aqueles dotados de relevância jurídica, havendo absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico revelado. Não importa, portanto, o real interesse social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que pode ser, inclusive, aleatória e arbitrária. (BECHARA, 2014, p.100 e 101).

A crítica a se fazer de forma mais contundente a este positivismo jurídico é a constatação que o cidadão, nesta perspectiva, fica sujeito ao que o Estado entender como objeto de tutela. Não há propriamente um limite para o objeto que será tutelado pelo *jus puniendi*, pois falta uma limitação material. Ao cidadão somente resta obedecer às escolhas promovidas pelo legislador.

Além do positivismo jurídico, dentro do positivismo, verifica-se outra perspectiva: o positivismo naturalista ou sociológico. O positivismo naturalista parte de uma premissa diferente com relação ao positivismo jurídico que os diferem no tocante a fixação do conteúdo material do ilícito. Enquanto o positivismo jurídico trabalha com a ideia de que o legislador constrói o bem jurídico com o processo legislativo, o positivismo naturalista parte da orientação que o legislador somente o reconhece. Esta divergência é de grande relevância, pois, em tese, no positivismo jurídico o legislador estaria totalmente livre para escolher os objetos de tutela do Direito Penal enquanto no positivismo naturalista não. O legislador busca no mundo fenomênico o bem

---

[136] "Binding, em cambio, en su estudio, esta concepción, evidentemente ideal, de reconocimiento acerca del contenido social de los bienes, al entender el bien jurídico común concepto que surge y queda establecido en la creación de la norma, con lo que naturalmente, reanudaron concepto imánentista de aquél, en la medida en que entiende que cada norma lleva inciso proferir jurídico. Expresará, así Binding que las norma como imperativo, sino que se desobedecen y se infringe, y ese y de sobreseimiento es una lesión jurídica un derecho subjetivo del estado respecto al sometimiento; alardes que reconoce también que esa desobediencia y esa lesión jurídica implica la lesión al bien que cada norma concreta tiene como contenido". (CAMACHO, 1997, 284).

jurídico e, caso necessário, o protege. Não fica ao seu alvedrio a sua criação, pois já é algo existente.[137]

> Si la década de los años setenta representó en la Alemania del siglo pasado el apogeo del positivismo jurídico formalista, a partir de los años ochenta -sobre todo desde la publicación del llamado "Programa de Marburgo" de VON LISZT, en 1882-" se desarrolló una poderosa corriente doctrinal que, aunque basada en el mismo origen del positivismo científico, llevaba a consecuencias opuestas en extremos metodológicos -y de contenido- fundamentales. Era el positivismo naturalista, que se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas. Se basaba en dos órdenes distintos de factores: políticos y científicos. (MIR PUIG, 2003, p.196).

O próprio Franz von Liszt destaca que os interesses (bem jurídico) são provenientes da sociedade (vida) e não uma criação do direito[138]. "É a vida e não o direito que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. (...) A necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero." (LISZT, 2006, p.94).

> Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade e vice-versa. Onde há vida, há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos inúmeros os círculos da vontade humana se tocam e se cruzam, colidem com as esferas em que homens exercem a ação. A essas relações corresponde o interesse de cada um a ação ou inação de outrem, quando eficiência. O locatário que ocupar a casa que alugou, o credor que haver a restituição da coisa emprestada; ninguém pode tomar ou prejudicar o que ganhei pelo meu trabalho, a minha reputação é inatacável; o Estado exige o imposto e o serviço militar; o cidadão reclama a livre manifestação do seu pensamento por palavras ou por escrito. Para que não surja a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circunscrição da eficiência de cada um, a proteção de certos interesses e a não proteção de certos outros. (LISZT, 2006, p.95 e 96).

Deste conceito de bem jurídico apresentado por Franz von Liszt surge uma dicotomia até então inexistente. Destaca Cláudio Brandão (2012, p.130) que a antijuridicidade poderia agora ser vista por dois planos: a antijuridicidade formal e a antijuridicidade material.[139] A antijuridicidade

---

[137] "La ciencia del derecho penal, a saber,el de la ciencia práctica, es ya una manifestación del elemento diferencial del método de VON LISZT respecto del de BINDING: la influencia de la realidad empírica. Por una parte, la proposición jurídica es, para VON LISZT, el resultado de una abstracción conceptual a partir de los hechos reales de la vida jurídica; por otra parte, la construcción jurídica sólo tiene valor en cuanto facilita y asegura la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica. A partir de esta doble premisa opone VON LISZT a BINDING sus conceptos "naturalísticos" de bien jurídico y acción, cuyo examen no corresponde a este lugar". (MIR PUIG, 2003, p.205 e 206).

[138] "LlSZT en cambio, afiliado a la dirección del positivismo naturalista, trata de quebrar el carácter excesivamente jurídico del concepto bindingniano, introduciéndole franco contenido sociológico. En armonía con su visión de un injusto material, caracterizado por la dañosidad social, el antiguo maestro de Berlín define el bien jurídico como un interés vital del individuo o de la comunidad y protegido por el derecho, aclarando, no obstante, que no se trata de un bien del derecho, sino-de un bien de los hombres". (FERNANDEZ, 1995, p.174).

[139] "El injusto, de esta manera, en el sistema de von LISZT, no sólo es una acción imputable, sino también ilícita. Será formalmente ilícita en cuanto esté simplemente reducida a una transgresión de una norma estatal, de un

formal constitui a violação do direito, expressada com o desrespeito a norma penal. A antijuridicidade material corresponderia a antissocialidade da ação. Esta antissocialidade da conduta que aliás deverá servir de critério para o legislador criminalizar a conduta. Isto posto, percebe-se que a antijuridicidade material é anterior ao ato legislativo e, consequentemente, anterior ao ilícito formal. A tarefa do legislador, como já dito, seria trazer para a lei o que já existe no mundo da vida.

Uma crítica interessante sobre a ideia de bem jurídico em Franz von Liszt nos é apresentada por Juarez Tavares (2003, p.188). Juarez Tavares constata que Liszt manifestava o entendimento que o bem jurídico é um interesse que o legislador busca no meio social e o tutela pela lei. A grande questão surge deste ponto. Qual o critério leva o legislador a escolher alguns interesses e negligenciar outros? Nos termos do autor:

> Por outro lado, não indica o porquê da escolha, por parte do legislador, daquele e não de outros interesses como bens jurídicos, sendo-lhe indiferente, portanto, as razões da incriminação. Esta é a crítica que lhe faz Hassemer, para quem esta posição demonstra sua filiação à estrutura positivista, que aceita, empiricamente, a existência do interesse, sem qualquer consideração de valor acerca de sua significação e da legitimidade do Estado de elevá-lo à categoria de bem jurídico. (TAVARES, 2003, p.188).

Ana Elisa Bechara (2104) em seu Livro "Bem jurídico penal" estabelece crítica idêntica ao salientar que a ideia desenvolvida por Franz von Liszt de bem jurídico deixou em aberto o critério para escolha dos interesses que mereceriam a tutela penal. Nos termos da autora, a função limitadora não passou de um programa a desenvolver, ficando a decisão sobre os objetos protegidos pelo Direito Penal à escolha dos detentores do poder.

> A crítica feita a Liszt dirige-se à identificação pelo autor, das condições de existência da sociedade com as condições da comunidade estatal. Dessa forma, se o Estado expressa a síntese das condições de vida da sociedade, é ele que fixa o marco das relações sociais e estabelece os bens jurídicos merecedores de proteção. Por isso, a concepção de Liszt é denominada por Gonzalo D. Fernandez de circular, haja vista que, se o Direito Penal está legitimado pelo fim de proteção de interesses que expressam as condições de vida, esse juízo de valoração acaba sendo realizado pelo próprio Estado, que toma como seu o interesse social. Com efeito, Liszt deixou de responder a questão sobre quais interesses merecem ser protegidos, ou, ao menos, qual critério usar para aferir a necessidade de sua proteção. (BECHARA, 2014, p.104).

Inegável foi a importância do positivismo e seus desdobramentos para a dogmática jurídica, no entanto, suas contribuições não ficaram imunes às críticas. Já foram destacadas neste trabalho a importância do neokantismo como uma corrente discordante do positivismo,

---

mandato o de un deber, y será materialmente ilícita cuando constituya una lesión o una amenaza a un bien jurídico, esto es, a um interés vital protegido por la norma." (MALAREE, 1992, p.49).

principalmente, com relação a adoção do método de pesquisa das ciências naturais como método único de percepção da realidade[140]. Com o neokantismo supera-se a limitação metódica do positivismo e ganha ênfase que o estudo do objeto depende do ato gnosiológico realizado pelo sujeito cognoscente: as ciências naturais são explicadas e as ciências sociais são compreendidas.[141]

> El neokantismo recorrió un camino distinto para fundamentar el concepto de ciencias del espíritu con independencia respecto del concepto positivista de ciencia. No se fijó en la diferencia de objeto, sino de método. La ciencia del derecho, como las demás ciencias del espíritu y como las ciencias positivas, debe su carácter científico a la utilización de un determinado método que reúne ciertos requisitos. Por encima de esta coincidencia genérica, el método propio de las ciencias del espíritu no puede coincidir con el empleado por las ciencias positivas. (MIR PUIG, 2003, p. 212).

Constata-se que esta é uma das maiores contribuições do neokantismo para a dogmática penal. Não é de todo incomum afirmar que o neokantismo trouxe a ideia de valor em uma vinculação com o bem jurídico, contudo já nos pensadores pretéritos já se constatava a menção ao valor. Não que o valor não seja importante para o neokantismo, mas o neokantismo não foi o seu precursor. Aliás, apesar das contribuições do neokantismo, críticas são feitas quanto a extensão das modificações por ele promovidas:

> Así pues, y a pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la ciencia del Derecho penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho penal fueron sorprendentemente limitadas. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo, significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además, en el mismo orden. Incluso en su delimitación recíproca se produjeron pocas variaciones, si prescindimos de los referidos desplazamientos puntuales entre antijuridicidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad. Desde luego, el viejo criterio naturalista de división, consistente en asociar el lado objetivo del hecho al tipo y el subjetivo a la culpabilidad, hubo de soportar algún menoscabo. (SCHUNEMANN, 1991, p.52)

Isto posto, Herman Hormazábal Malaree (1992) mencionará que na relação bem jurídico e pensamento neokantiano observa-se duas direções que contribuem para dar-lhe um conceito. A

---

[140] "Los fenómenos sociales son también observados y estudiados con los métodos cientificos de las ciencias naturales y reducidos a hechos naturales sujetos a las leyes de la causalidad." (MALAREE, 1992, p. 59).

[141] "A distinção entre natureza e cultura, que deita suas raízes na dicotomia kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática, faz com que os atos gnosiológicos para o conhecimento dos objetos sejam diferentes: enquanto para as ciências da natureza se explicará o objeto (pressupondo a não relação dele com o sujeito cognoscendi), para as ciências da cultura se compreenderá o objeto (o que traduz uma interrelação entre o objeto do conhecimento e o sujeito cognoscendi)." (BRANDÃO, 2012, p. 134).

primeira versaria por uma direção que reduz o bem jurídico a uma função meramente teleológica e a outra conceberia o bem jurídico como um bem da cultura.

A função meramente teleológica de bem jurídico tem como premissa uma equiparação entre valor e fim. Esta concepção evidencia a influência da metodologia neokantista no direito, pois prima pelo aspecto teleológico ao erigir um critério de interpretação a partir de seu fim de proteção o que é o mesmo que o valor protegido. Encontra-se em Richard Honig um adepto deste pensamento quando este expõe que os fins dos princípios penais são a proteção dos valores sociais e que são estes que constituem o objeto de proteção do delito. Honig declara que estes objetos de proteção não existem com tais sendo na verdade fruto de um pensamento jurídico específico e, desta forma, cabe ao Estado escolher os objetos de proteção. Este processo de abstração culminaria numa identificação do bem jurídico como a mera *ratio legis.* (MALAREE, 1992, p. 62 e 64).

> Renunciando à busca de uma função garantista liberal, o neokantismo substitui, então, a definição material do bem jurídico pela ideia de valor, que não é tomado no sentido do indivíduo, mas sim como um valor cultural, no âmbito normativo. Referido juízo normativo leva, portanto a um processo de espiritualização do bem jurídico, principalmente sob a influência teórica de Richard Honig, centrando sua atenção no rendimento teleológico do conceito. O objeto de tutela desconecta-se da realidade social e, sem possuir, existência em si mesmo, identifica-se com a expressão sintética da *ratio legis*. (BECHARA, 2014, p.106).

Herman HormazábaL Malarée (1992, p.65) apontará que a filosofia dos valores do neokantismo abriria, também, uma outra direção para o desenvolvimento da teoria do bem jurídico diversa da teleológica. Esta outra perspectiva neokantiana vem assinalada por Erik Wolf (Escola de Baden ou Escola sudocidental alemã). O ponto de partida desta vertente fundamenta-se na constatação que a ciência penal é uma ciência da cultura cuja finalidade é justamente a própria cultura. A peculiaridade do seu objeto é que a ciência penal cuida/protege uma parte desta cultura social que seria a ética. Como relata Ana Elisa Bechara:

> Da mesma forma, tem-se a concepção de Erik Wolf, segundo a qual a lesão de um bem jurídico, longe de significar qualquer transformação apreensível no mundo exterior, implica, antes, um resultado jurídico, identificado com a ofensa à cultura social, cuja proteção corresponde ao fim do Direito Penal. Da mesma forma que Franz von Liszt, Wolf afirma serem os bens jurídicos reconhecidos pelo direito, e não criados por ele, o que significa a necessidade de um juízo de valor do Estado, sob o enfoque neokantiano essa valoração possui um conteúdo eticizante, e não mais naturalista[142]. (BECHARA, 2014, p.106 e 107).

[142] "Los planteamientos de WOLF, especialmente cuando señala que los bienes jurídicos, o lo que es lo mismo los bienes de la cultura, tienen un carácter prejurídico y que sólo son descubiertos por el derecho y no creados por él, no pueden dejar de recordar a von LISZT y el carácter prejurídico de los intereses protegidos por el derecho. Del mismo modo como von LISZT identificaba la lesión de un bien jurídico con la lesión de un interés, WOLF identifíca dicha

Destas observações a determinação de quais bens serão objetos de proteção jurídica importarão em uma tarefa de seleção e hierarquização. Este processo será feito com base em um princípio reitor que não é outro que a moral. Desta maneira a maior ou menor extensão do Direito Penal está em conexão com o conteúdo que o Estado dá a essa ideia reitora (moral). Conclui-se que o bem jurídico seria todo bem da cultura que revestido de proteção jurídica é logicamente protegido pelo Estado.

Juarez Tavares (2003) resume as proposições da visão neokantiana já perfazendo uma crítica que merece destaque:

> Com o neokantismo se inaugura, porém uma outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma. (...) Vê-se que essa ideia de fazer derivar o bem jurídico da própria elaboração normativa, que expressa o complexo cultural, coincide com a proposta do positivismo jurídico de fazê-lo apenas um pressuposto formal de incriminação. Daí ser compreensível tratar-se o pensamento neokantiano dentro do ideário positivista, que trabalha com os dados existentes na ordem jurídica, sem questioná-los. (TAVARES, 2003, p.189).

Nota-se que, em maior ou menor grau, a busca por um objeto de tutela do Direito Penal e a consequente busca de uma conceituação para o bem jurídico tinham um viés limitador do *jus puniendi.* Desde as revoluções liberais, o direito de punir buscava uma legitimação para a aplicação de sua violência objetivando-se assim trazer restrições ao arbítrio. Contudo, como a história não é linear assiste-se no final do primeiro quarto do século XX a ascensão de regimes autoritários. Percebe-se, como já mencionado neste trabalho, que a relação entre Estado e Direito Penal permite conhecer o perfil de ambos. Assim, natural que de um regime totalitário seja erigido, também, um Direito Penal não humanitário.

O nazismo deixou marcas profundas na história da humanidade. O nacional-socialismo não parte de uma concepção de estado-meio e, sim, de estado-fim. O todo tem primazia sobre a parte, a coletividade se sobrepõe ao indivíduo. O indivíduo é meio de promoção dos ideais e valores do partido e as leis não devem ser um empecilho a aplicação do direito (direito de luta). O

---

lesión con la de un bien de la cultura que al igual que el into, necesita del reconocimiento jurídico por parte del Estado para transformarse en un bien jurídico. En consecuencia, tanto en el lanteamiento de von LISZT como en el de WOLF, se necesita un juicio de valor del Estado, sólo que el primero se hará desde una visión "naturalista" de la sociedad y el segundo desde un contenido eticizante propio del neoidealismo kantiano." (MALAREE, 1992, p.65 e 66).

direito não se vincula, desta forma, as normas, pois está acima do ordenamento positivado. Assim, a solução jurídica de um caso concreto não se prende as normas positivadas, a solução jurídica não necessariamente era normativa. Ademais, a leis eram marcadas por uma grande indeterminação o que era bastante conveniente aos detentores do poder.

> El Derecho Penal mismo, a pesar de la mantención de gran parte de su contenido, sufrió una considerable alteración en su estructura fundamental. En primer lugar, al relajarse en forma siempre creciente la sujeción del juez a la ley —a través de la modificación del § 2—, posteriormente mediante leyes y ordenamientos redactados en forma indeterminada (vo. sobre parásitos del pueblo, entre otros), finalmente (desde 1942) por una sistemática "dirección de la administración de justicia" por parte del Ministerio de Justicia. En segundo lugar, al agravarse en numerosos tipos las conminaciones punitivas mediante la aplicación exclusiva de la idea intimidatoria, con un acrecentamiento insospechado de la pena de muerte. Se introdujeron además, leyes meramente políticas, como las leyes de protección de la raza y contra la infidelidad. (WELZEL, 1976, p. 26).

Isto posto este período é marcado por um irracionalismo e uma insegurança jurídica. O princípio da legalidade deixa de ser uma barreira para criminalização. A legitimidade para a aplicação do Direito Penal é o "são sentimento do povo". Neste contexto não faz sentido um conceito de bem jurídico limitador do Direito Penal, pois este era identificado pelos penalistas nazistas como fruto de um individualismo que não era condizente com os ideais de partido.

> Por un lado, se atacaron la debilidad e incompleción del razonamiento sistemático neokantiano: así, cuando SCHAFFSTEIN censuraba la parcialidad de una construcción teleológica de los conceptos reducida al criterio del bien jurídico pro-tegido, la cual hacía que salieran perdiendo los intereses en limitar la punibilidad; o cuando WELZEL atacaba la tesis de LASK, dudosa desde el punto de vista epistemológico, de que los fenómenos jurídicos en sí mismos (!) constituían meros productos de la elaboración conceptual de las ciencias de la cultura". Con todo, la crítica se alimentó en su mayor parte de fuentes políticas e ideológicas. Así, se rechazó la (agudeza separadora) del sistema neokantiano como producto de un pensamiento penal liberal, pretendidamente erróneo y superado, a la vez que se tildaba a la construcción de las causas de exculpación de (debilitamiento socialista del esqueleto del Derecho penal). En lugar de todo ello, se propagó una «perspectiva totalizadora», que, consecuentemente, habría acabado por llevar al irracionalismo y al decisionismo y, com ello, a la autosupresión de la ciencia del Derecho penal. (SCHUNEMANN, 1991, p. 53 e 54).

Após este triste momento da história, o irracionalismo da escola de kiel e seu consequente Direito Penal autoritário não mais podiam subsistir. As chagas do nazismo precisavam ser apagadas e o seu direito de luta não poderia ser um paradigma para a sociedade que reclamava por ideais democráticos. Neste período político e ideológico assiste-se a ascensão do pensamento finalista de Hans Welzel (apesar das suas ideais já datarem da década de trinta do século passado). Welzel é o grande reitor da corrente finalista ou da também conhecida "teoria da ação final". "Tras el derrumbamiento de la dominación nacionalsocialista, la discusión sistemática jurídico-penal se mantuvo a lo largo de dos decenios bajo el signo del sistema finalista concebido

por WELZEL, que caracteriza de modo esencial a la estructura del delito dominante en la actualidad, aceptada también por no finalistas." (SHUNEMANN, 1991, p.54).

> El nacionalsocialismo tomó la palabra a estas teorías, anuló las garantías del Estado jurídico,que de por sí formaron en aquellas teorías um cuerpo extraño, y puso en el lugar de los sujetos individuo y sociedad, sus valores centrales: pueblo, nación, raza. Intensificó también las tendencias utilitarias y naturalistas (biológicas y, pero lo cierto es que pudo referirse en principio a las teorías anteriormente sentadas. (WELZEL, 1951, p.11).

Como relatado anteriormente, Gustavo Malo Camacho (2003, p.138) relata que se com o neokantismo fora introduzido o pensamento que a estrutura do ser era imperioso unir as peculiaridades provenientes do valores, dentro do qual se move o universo normativo, outras instituições foram sendo revistas a partir desta perspectiva. Foram revisados conceitos como a culpabilidade, a tipicidade, a conduta e a antijuridicidade. Saliente-se que estes institutos ganharam um novo conteúdo diferente do período positivista anterior, mas o modelo sistemático para o estudo do delito não sofreu drásticas modificações. Somente com Hans Welzel e sua teoria finalista da ação surge uma verdadeira revolução na dogmática penal. Com o finalismo de Hans Welzel há uma real ruptura com o positivismo naturalista em reconhecer que a conduta não é somente pura causalidade. A conduta é dirigida em prol de um fim e desta constatação de Welzel se readequará os elementos constitutivos de cada elemento da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Em seu livro "Teoria da ação final", logo nas suas primeiras páginas, Hans Welzel (1951) faz um alerta e indica o caminho de suas concepções. O autor alemão observa que caso se deseje evitar a corrupção do direito pelos regimes totalitários necessário é revisar as teorias anteriores e estabelecer limites para se evitar sua desvirtuação.[143] Desta forma, repita-se, a crítica de Welzel versava que os regimes totalitários corrompiam (desvirtuavam as teorias anteriores no seu sentido) o direito e ilustra tal asserção com um caso elucidativo envolvendo a questão do aborto:

> En las discusiones sobre la punibilidad del aborto se había impuesto, mucho antes del advenimiento del nacionalsocialismo, la idea de que su prohibición no se basa en la inviolabilidad dela vida humana en formación, sino en el interésde la política demográfica del Estado, El nacionalsocialismo realizó efectivamente esta idea:cuando en los años de guerra millones de obreros del este fluyeron a Alemania, el ministro de Justicia del Reich fué autorizado, por ordenanza del 9 de marzo de 1943, para exceptuar

[143] "Por eso, cuando queremos vencer la corrupción del derecho por el totalitarismo, no podemos sencillamente volver al estado de cosas en que estábamos antes de su aparición, sino que hemos de revisar em lo referente a sus límites, las teorías anteriores, que en parte hemos defendido nosotros mismos o bajo las cuales nos hemos educado."(WELZEL, 1951, p.11).

> a las personas no pertenecientes al pueblo alemán de la prohibición del aborto. Como el Estado no tenia interés en el aumento de estos pueblos extranjeros, dejó en ellos el aborto libre de pena. Pero que sacudimiento de la moral tenía que producir esto en las mujeres alemanas, cuando vieron que el aborto era impune en las mujeres rusas o polacas, que trabajaron al lado de ellas en la chacra o en ía fábrica, mientras en ellas el aborto era severamente penado! Aquí se demostraron visiblemente los límites del pensar utilitario. Si se refieren derecho e injusio exclusivamenteal provecho o daño actual, entonces tiene que sacudirse en los ciudadanos el sentimento de permanente fidelidad al derecho, que es más importante que el amparo de los bienes jurídicos concretos. (WELZEL, 1951, p.11 e 12)

Desta observação Hans Welzel (1951, p. 12 e 13) extrairá a missão do Direito Penal e seu objeto de tutela. Nos termos do pensador, a tarefa do Direito Penal, de forma distinta da teoria anterior, não é de índole propriamente preventiva negativa, mas, sim ético-social. A missão do Direito Penal é assegurar cumprimento da lei ante aos bens jurídicos, é uma fidelidade frente ao Estado em respeito à pessoa (vida alheia, saúde, honra, liberdade, etc.). Estes valores do sentir são o verdadeiro fundamento sobre o qual se baseiam tanto o Estado quanto a sociedade[144]. Um amparo aos bens jurídicos não pode ter apenas objetivo negativo-preventivo. Quando se castiga (sanção) a transgressão cometida contra os valores fundamentais do sentir legal-jurídico, o Estado manifesta da forma mais ostensiva possível a validez inviolável de valores positivos do agir humano. Ao assim proceder o Estado forma o juízo ético social nos cidadãos. [145]

> La propuesta de WELZEL habría de significar una revolución sistemática en la teoría del delito. El injusto de objetivo pasa a ser personal. Su fundamento ya no puede ser más la violación de intereses o de bienes jurídicos, sino que pasa a residir en la violación de los deberes de sentido o de conciencia ético social que tiene el sujeto. Luego, coherentemente, habría de sostener que en primer lugar, el derecho penal lo que debe protegerse son estos valores de conciencia, de sentido o de acto, como los denomina, ya que con su protección el derecho penal protege también los bienes jurídicos. De esta forma, para WELZEL el derecho penal debe antes que nada cumplir con una misión de carácter ético social de asegurar "la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica..." y también "dar forma al juicio ético social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanecer fidelidad jurídica" (MALAREE, 1992, p.81 e 82).

Segundo Hans Welzel (1951) com a missão ético-social do Direito Penal, o desvalor do resultado deve ser acompanhado pelo desvalor da ação. Se o Direito Penal tem uma função ético-social a análise do comportamento realizado ganha grande importância: “Pero si el derecho penal

---

[144] Cláudio Brandão nos informa quais eram os substratos dos bens jurídicos nos termos de Hans Wezel: “O substrato desses bens jurídicos pode ser muito diverso. Pode ser, como assinala Welzel, um objeto psíquico-espiritual (a vida, a integralidade corporal), um objeto espiritual-ideal (a honra), uma situação real (a paz do domicílio), uma relação social (o matrimônio, o parentesco) ou uma relação jurídica (a propriedade). Bem jurídico é todo bem, situação ou relação desejado e protegido pelo Direito”. (BRANDÃO, 2010, p.14).

[145] “Fundamento jurídico de la pena es el delito, esto es, la acción u omisión intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprobabilidad ético-social. Fundamento jurídico de las medidas de seguridad y corrección es la peligrosidad criminal del autor manifestada en la perpetración de delitos”. (WELZEL, 1976, p.30).

tiene uma función específicamente ético-social y están según ello en primer plano los modos ético-socialmente intolerables de comportamiento, entonces no basta para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro del interés penal la naturaleza de la acción intolerable." (WELZEL, 1951, p.16).

> Sobre la base de estos presupuestos construye su teoría penal en la que la distinción "desvalor de acto" y "desvalor de resultado" (WELZEL, 1944) resulta fundamental. WELZEL no niega la vigencia del bien jurídico en el derecho penal. Es más, señala que la "misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad", y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad", que son los llamados bienes jurídicos. Esta protección la realiza el derecho penal, continúa WELZEL, prohibiendo em la norma y castigando en el precepto penal las acciones que están dirigidas a la lesión del bien jurídico. (HORMAZÁBAL MALAREE, 1992, p.83).

Isto posto, Hans Welzel (1976) irá conceituar o bem jurídico[146] como um bem fundamental para a vida da comunidade e da pessoa que devido a sua importância recebe a tutela legal. O bem jurídico é um estado social desejado pelo Direito e por isso este deve protegê-lo de lesões. No seu livro de Direito Penal Alemão, *in verbis*:

> Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. De acuerdo al substrato puede aparecer en las más diferentes formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (por ejemplo, aquél, la vida - éste, el honor), o como estado real (p. ej., la tranquilidad del hogar), o corno relación vital (p. ej., el matrimonio o el parentesco), o como relación jurídica (p. ej., la propiedad, el derecho de caza), o aun como conducta de un tercero (p. ej., el deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). Luego, bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social. (WELZEL, 1976, p.15).

A crítica a esta definição de bem jurídico nos é apresentada por Juarez Tavares (2003, p.193 e 194). Juarez Tavares relata que sendo imanente à consciência de cada indivíduo a obediência a esses valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, não havendo necessidade de identificar os dados materiais do objeto de proteção, veiculados como bens jurídicos. Por esta perspectiva o bem jurídico perde em substância, pois o que se acaba criminalizando é a antissocialidade. Ademais, alia-se a este caráter ético do Direito Penal a dificuldade para o descobrimento desses valores éticos que no mais das vezes não são muito bem definidos. "Basta que se imprima aos valores éticos-sociais conteúdos semelhantes ao sadio

[146] "Nessa linha, Welzel conceitua o bem jurídico – cuja essência corresponde a um bem vital da coletividade e do indivíduo, penalmente protegido em razão de sua relevância – como todo estado social desejável que o Direito assegura frente a lesões. Constituindo, então, uma ordem social sem autonomia, o bem jurídico possui importância apenas na medida em que possa ser analisado em conjunto com ordenamento social como um todo." (BECHARA, 2014, p.116).

sentimento do povo, ou a consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado." (TAVARES, 2003, p.194).

Por fim é importante indagar como os funcionalistas conceituam o bem jurídico. Já foi dito em outros momentos deste texto que o funcionalismo não é uma corrente composta por autores com pensamentos homogêneos. Dentre os pensadores destacam-se, com posicionamento diferentes, Claus Roxin e Gunther Jakobs.

> El funcionalismo, del mismo modo como en su época el positivismo, ha sido presentado como "la" ciencia social superior, como un modelo superestructural del orden social que con el recurso de sistematizar una serie de categorías conceptuales, de combinaciones y de clasificaciones y subclasificaciones tipológicas tan generales que pueden ser aplicados a diversos sectores sociales o a diferentes niveles de la vida social. Por ello se ha dicho que el funcionalismo sirve para legitimar cualquier modelo social industrial avanzado. (MALAREE, 1992, p.95).

Claus Roxin (1997, p.56) relata em seu livro "Direito Penal: parte geral" que os bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento. Este conceito é, também, repetido e mais bem desenvolvido em seu livro "A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal". Cite-se:

> Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados pelo legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo da vida humana, mas que ele também possa ser criado por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do direito Tributário. (ROXIN, 2009, p.18 e 19).[147]

É importante destacar que Roxin parte da Constituição como o limite prévio para a eleição do bem jurídico pelo legislador. A Constituição exerce um papel de filtro para limitar o *jus puniendi*. Isso importa dizer (TAVARES, 2003) que o conceito de bem jurídico possa derivar de dados anteriores à lei penal, contudo não podem ser anteriores a Constituição.[148]

---

[147] "En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas." (ROXIN, 1997, p. 56).

[148] "De ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales." (ROXIN, 1997, p.57)

Outro pensador funcionalista de destaque foi Gunther Jakobs. Jakobs é apontado como o maior representante do funcionalismo sistêmico. Para Jakobs o crime não é uma lesão ou colocação de perigo de um interesse público. O crime é uma violação a expectativa de comportamento estabelecida pela norma e dentro desta perspectiva se dará a missão do Direito Penal. Para Gunther Jakobs a tarefa do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção e a garantia de vigência e eficácia da norma. Desta feita, para Jakobs, o Direito Penal contribuiria com manutenção da coesão social, pois ao garantir a vigência das normas garantiria manutenção das expectativas presentes nas mesmas.

> El original planteo de JAKOBS promueve un desplazamiento sistemático de notoria relevancia, una mutación sensible en la teoría del bien jurídico, que deja de ser entendido como el objeto de protección de la norma al estilo tradicional. Ahora ve reemplazado su sustrato material por un nuevo contenido, de orden funcional-sistémico. En adelante, el bien jurídico se identifica con la vigencia de la norm a; se subsume —o se diluye según los críticos— em el carácter obligatorio de ésta. (FERNANDEZ, 1995, p. 175 e 176).

Como orienta Juarez Tavares (2003, p.196) este modelo funcional proposto por Jakobs prescreve que para a norma penal o importante é garantir a expectativa de uma conduta correta. Explica o autor que se pode entender a conduta correta como aquela que não provoca uma decepção na expectativa promovida pelo comando da norma. O bem jurídico não seria tratado como interesses ou pressupostos existenciais, mas identificaria o bem jurídico com a validade fática das normas (das quais se possa esperar a tutela dos bens).

> A primera vista parece que no hay nade mas que eso: pues ya que la expectativa se dirige hacia la circunstancia de que no se atacarán los bienes, parece que en última instancia todo acaba en la protección de bienes jurídicos. Hagamos un examen más exacto: um bien, por exemplo, la propried, y este no debe ser lesionado. El titular del bien puede permitir su destrueción; si el bien está en peligro, no significa que todos deban ayudar al titular a salvarlo: únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la subtracción del bien. Por lo tanto, desde punto de vista del Derecho Penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que este sea respetado: dicho de otro modo, desde el punto de vista del Derecho Penal el bien no ha de representarse como objeto fisico o algo similar, sino como norma, como espectativa garantizada: y es que cualquier otra cosa sería muy extraña: ? como iba a poder representarse el Derecho em cuanto estructura de relación entre personas, es decir, el Derecho como espiritu normativo en un objeto fisico? (JAKOBS, 1991, p.17 e 18).

Pelo exposto, conclui-se pela variedade de definições que o conceito de bem jurídico apresentou dentro da sua história contemporânea. Desde o seu nascedouro nas revoluções burguesas até os dias atuais, a questão do bem jurídico penal gera calorosas discussões dogmáticas devido ao fato deste conceito variar dentro de um contexto filosófico-político de cada pensador. Procurou-se trazer as contribuições dos principais doutrinadores sobre este tema e fica-

se para o desenvolvimento deste presente texto com a proposição atual de Cláudio Brandão sobre o instituto:

> Nesta toada, o bem jurídico pode ser definido como o conteúdo material do tipo de injusto, traduzido no valor tutelado pelo direito, que é um mecanismo de abertura interpretativa *in bonam partem* do método penal, o qual possibilita a afirmação teleológica deste dito direito. Isto porque ele está na base do injusto penal, dando à substância forma típica traduzida na definição linguística da matéria da proibição. A definição do bem jurídico, dentro deste contexto, pode ser sintetizada nas palavras de Welzel, "um bem vital para a comunidade ou para o indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. (BRANDÃO, 2012, p. 139).

Desta ideia de bem jurídico diversas consequências e repercussões poderão ser tomadas dentro da dogmática penal. A ideia que se tem do bem jurídico reverbera em todo Direito Penal constituindo sua orientação.

5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Objetiva-se neste trabalho verificar como estabelecer uma conciliação do bem jurídico penal ambiental com o Princípio da Legalidade, principalmente, no tocante a taxatividade. Percebe-se na Lei 9.605/98 a existência de inúmeros elementos normativos dentre os seus vários tipos estabelecidos. Avultam-se nesta legislação a utilização de tipos penais abertos o que em uma primeira análise choca-se com a taxatividade exigida pelo Princípio da Legalidade. A questão proposta é se este expediente é condizente com uma necessidade de precisão do âmbito da proibição. Como conciliar o Princípio da Legalidade com as peculiaridades das descrições típicas que tutelam o meio ambiente?

Antes de procurar responder esta dificuldade conciliatória, da mesma forma que o capítulo anterior, é necessário compreender um dos elementos constitutivos da dúvida. Procurou-se noutro capítulo detalhar o conceito de bem jurídico, neste almeja compreender o Princípio da legalidade e suas principais determinações.

5.1 Considerações Iniciais

A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em um Estado Democrático de Direito.[149] Esta é a disposição primeira do texto constitucional brasileiro de 1988 que tem grande significação. Depreende-se que o Brasil adota um Estado democrático que supera as concepções dos Estados Liberais e Sociais do pretérito. O Estado Democrático de Direito é uma síntese do Estado Liberal e Social. É, como salientado no capítulo primeiro, um Estado intervencionista limitado pelo Direito e, ademais, possui como fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base do ordenamento jurídico brasileiro. Ele é fundamento e limite para a intervenção estatal. Todos os demais lhe devem observância obrigatória podendo-se dizer que, de certa forma, são dele derivados.

> Alcanza su desarrollo, fundamentalmente, a partir del pensamiento iluminista, que introdujo en la nueva ley penal el reconocimiento a la dignidad de la persona, entendida

[149] Art. 1º da Constituição Federal de 1988: "Art. 1ºA República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I–a soberania; II–a cidadania; III–a dignidade da pessoa humana; IV–os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V–o pluralismo político.

> como valor absoluto, fundado, sobre todo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo. Durante el presente siglo se manifiesta una revaloración de la condición de la persona, siguiendo al impacto del positivismo, perfilando sobre todo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los demás tratados y convenciones internacionales relacionados. Así, por las circunstancias señaladas en anterior apartado de este capítulo, especialmente la segunda mitad del siglo XX, se vio fortalecido el discurso jurídico y político del respeto a la dignidad de la persona como uno de los fundamentos básicos de nuevo estado de derecho democrático y liberal, cuya premisa es el reconocimiento y entendimiento del hombre como fin en sí mismo y, por lo mismo, vértice convergente de la protección jurídica penal. (CAMACHO, 2003, p.102).

Falar em dignidade da pessoa humana é ter em foco o ser humano como base de promoção do ordenamento jurídico e do Estado. É perceber que o indivíduo sempre é fim, ao contrário, dos Estados totalitários. É a promoção e efetivação dos direitos humanos fundamentais em todas as suas dimensões. É assegurar ao homem a possibilidade de desenvolvimento das suas potencialidades. Seria a concretização dos ideais revolucionários franceses: liberdade, igualdade e fraternidade.[150] **"**Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."[151].

> Las leyes penales son, ante todo, la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por este motivo la idea del Estado cumple una función decisiva en su configuración. La idea del Estado democrático de derecho genera, en consecuencia, una determinada posición y ciertos límites para el derecho penal que no pertenecen a otras concepciones del Estado como, por ejemplo, el derecho penal terrorista del fascismo. (BACIGALUPO, 1996, p.29).

Dentre os princípios emanados da busca da realização da dignidade da pessoa humana destaca-se o Princípio da Legalidade. É uma conquista do Estado Liberal que trouxe uma limitação ao arbítrio estatal. É um princípio basilar para o Direito e de ainda maior importância para o Direito Penal. É o Princípio da Legalidade a base de toda construção da dogmática do Direito Penal que iniciou sua busca por cientificidade nos fins do século XVIII. O Princípio da Legalidade é a base do *civil law* e suas determinações e garantias reverberam tanto na teoria do delito como na da pena e, também, da lei penal.[152]

---

[150] Nota-se que a Revolução Francesa mesma não os promoveu na concretitude. Aliás observou-se naquele momento histórico a violação destes objetivos.

[151] NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.* Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

[152] "Juridicamente, o Princípio da Legalidade alcança a interpretação de lei penal e a fundamentação das Teorias do Crime e da Pena. Com relação à interpretação da lei penal, as consequências do Princípio em comento são, em primeiro lugar, a proibição da analogia em prejuízo do réu, sem segundo lugar a proibição do Direito Costumeiro *in malam partem*; em terceiro lugar a exigência de lei certa; e, em último lugar, a exigência de lei prévia. Com relação à fundamentação das Teorias do Crime e da Pena, vemos que ambas alcançaram o seu suporte a partir da análise da

5.2 Princípios Penais

Antes da análise do Princípio da Legalidade é importante fazer uma digressão. Salutar é ter uma concepção do que são os princípios.

O vocábulo princípio assume como sentido semântico trivial a ideia de origem, início, fonte, gênese, procedência, alicerce. Desta percepção comum, nota-se um sentido equívoco do termo, devido a apresentar mais de uma conotação: instante em que um fenômeno passa a existir; causa inicial de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas características básicas; em uma área de saber, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de alicerce e conduta moral.

Miguel Reale relata, no seu livro Filosofia do Direito, que os princípios são enunciações ou juízos basilares que fundamentam e garantem certeza a um conjunto de juízos organizados em um sistema de conceitos relativos a uma parte da realidade. "Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validez de um sistema particular de conhecimentos, como pressupostos necessários". (REALE, 2002, p. 60)

Juarez Cirino dos Santos ao tratar do estudo dos princípios[153] penais em seu livro de Direito Penal (parte geral) faz uma constatação muito relevante. Menciona que os princípios e as regras jurídicas são espécies que pertencem ao gênero normas jurídicas: "as regras são normas de conduta realizadas ou não realizadas pelos seres humanos; os princípios são normas jurídicas de otimização (*optimierungsgebote*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real. (SANTOS, 2008, p.19)

> El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, lãs reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que

---

norma penal. Com efeito a norma penal incriminatória tem como requisitos formais o preceito e a sanção; do preceito decorre a Teoria do Crime, da sanção a Teoria da Pena." (BRANDÃO, 2010, p.57 e 58).

[153] Para Juarez Cirino dos Santos: "Os princípios constitucionais mais relevantes para o Direito Penal são o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e o princípio da responsabilidade penal pessoal." (SANTOS, 2008, p.19).

> algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario. (ALEXY, 2008, p.12).

Nota-se que os princípios não podem ser considerados como meras diretrizes. Os princípios não são somente pretensões ou aspirações. Os princípios integram o ordenamento jurídico[154] como expôs acima Robert Alexy (2008). O ordenamento jurídico é composto por regras e princípios de observância obrigatória. A circunstância da aplicabilidade do princípio pelo critério da ponderação não elide suas determinações de uma coercitividade. Suas disposições exigem observação e devem ser aplicadas na maior medida possível. Se na regra seu imperativo cumpre-se ou não se cumpre, no princípio a determinação deve ser realizada dentro das possibilidades fáticas e jurídicas possíveis. O cumprimento do princípio não trabalha com a lógica do tudo ou nada, mas a sua efetivação deve-se dar dentro do maior grau possível nos termos da situação fática apresentada. Isso não quer dizer que seus ditames são facultativos e, sim, que sua aplicabilidade dependerá de uma ponderação.

Ricardo de Brito Freitas (2009, p.364 e 365) leciona que nos termos de considerável posição doutrinária os princípios constituem valores positivados e constituem normas generalíssimas do sistema jurídico. Aponta o autor, que por outro lado, que existem correntes que salientam que os princípios não são meramente normas. Os princípios seriam fundamentos ou a razão das normas. Desta perspectiva os princípios podem ter natureza jurídica-positiva como podem fazer referência aos objetivos políticos do ordenamento jurídico. Destaca, por fim, que os princípios podem possuir índole marcadamente material o que possibilita serem mais efetivos na realidade devido à positivação torná-los mais concretos e operacionais. (FREITAS, 2009, p.364 e 365).

O Direito Penal possui seus princípios básicos reguladores como todas as demais disciplinas jurídicas. É por intermédio dos princípios fundamentais do Direito Penal que se

---

[154] Celso Antônio Bandeira de Mello informa que os princípios são determinações nucleares de um sistema jurídico. Compõem sua base, sua condição de validade, e possibilitam o entendimento lógico do sistema normativo trazendo-lhe sentido harmônico. Desta forma, os princípios permitem conhecer com nitidez as variadas partes pertencentes do todo unitário denominado sistema jurídico positivo. (MELLO, 2011, p. 996) "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos". (MELLO, 2011, p.997).

alcança a compreensão de seu sistema de garantias e, ademais, contribuem para trazer unidade e harmonia para as normas a ele pertencentes.

> Os princípios penais positivos, verdadeiras fontes do direito penal, têm por função integrar e conferir coerência aos sistemas jurídicos e são classificados em fundamentais ou derivados. São exemplos de princípios penais fundamentais: o princípio da culpabilidade e o da legalidade penal. Exemplos de princípios penais derivados: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade. O princípio da legalidade penal serve de fundamento a outros princípios constitucionais. Todos os princípios penais estão, assim, relacionados. Por conseguinte, a recusa do princípio da legalidade abala todo o edifício no qual está estruturado o direito penal do Estado de Direito. (FREITAS, 2009, p.365).

Dentre as fontes dos princípios penais, a fonte por excelência[155] é a própria Constituição Federal de 1988, que de forma explícita (princípio da legalidade, da irretroatividade, da individualização da pena) ou implícita (princípio da proporcionalidade, da lesividade, proteção de bens jurídicos) traz garantias ao cidadão ao estabelecer os limites ao *jus puniendi*. É a busca e promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, Paulo de Souza Queiroz (2001, p.21) informa que os princípios penais são verdadeiras limitações, tanto no aspecto formal quanto material, ao direito de punir estatal. Constituem restrições à intervenção do Estado no âmbito de liberdade da pessoa ao instituir autênticas restrições, uma vez que oponíveis pela pessoa contra a potestade arbitrária estatal. Isto posto, os princípios penais originários da lógica do sistema de valores da Constituição Federal de 1988 compõem um conjunto de garantias protetivas da utilização despótica do Direito Penal.[156]

Nota-se, assim, que tratar dos princípios do Direito Penal é buscar uma limitação ao *jus puniendi.* Nota-se que o Direito Penal cumpre um papel importante ao possibilitar, pelo menos no seu discurso argumentativo, a convivência entre os indivíduos. A superação do Estado Liberal

---

[155] Nilo Batista (2007) elenca cinco princípios penais fundamentais dentro do direito penal brasileiro: "Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1. Princípio da legalidade (ou da reserva legal ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3. princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. Princípio da culpabilidade." (BATISTA, 2007, p. 64). Cézar Roberto Bitencourt (2020), por sua vez, apresenta os seguintes princípios penais principais adotados no Brasil: Princípio da legalidade ou reserva legal, princípio da intervenção mínima ou fragmentariedade, princípio da culpabilidade, princípio de humanidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da adequação social, princípio da insignificância, princípio da ofensividade e princípio da proporcionalidade.

[156] "Os princípios penais materiais não são meras fontes do direito penal, mas verdadeiras "regras constitutivas de existência e desenvolvimento do *jus puniendi*" (YACOBUCCI, 2002:98). Muito embora existam independentemente de positivação, podem ser positivados. Possuem, assim, "juridicidade e uma positividade" de algum modo "natural", na medida em que se lhes reconhece sua emergência primária a partir da racionalidade humana, seus vínculos, fins, bens e valores, especialmente os que surgem da convivência social. Por isso, no que diz respeito aos princípios penais materiais, sustenta-se que a "sua juridicidade não depende exclusivamente das formalidades legislativas, mas tão somente de seu intrínseco sentido de racionalidade ou de seu reconhecimento histórico-cultural" (YACOBUCCI, 2002:100)." (FREITAS, 2009, p.365).

impôs ao Estado o dever de intervir na sociedade ao exigir uma postura positiva frente as mazelas sociais. A tutela dos bens jurídicos cumpre uma função de resguardar os valores fundamentais da sociedade e, tendo-se em vista os fins preventivos gerais da pena, exerce uma contribuição fundamental para a vida em comum. Tanto a afirmação dos valores quanto a coação psicológica são finalidades presentes na pena que exercem papel importante no controle social. Mesmo para aqueles que tratam a pena por uma perspectiva agnóstica destacam, como Raul Zaffaroni, que não se logrou um substituto que cumpra suas funções declaradas. Aliás se ao cumprir suas funções declaradas o Direito Penal deve sofrer limitações, maior ainda a preocupação com a aplicação do mesmo sem o cumprimento destas metas. Estes limites ao poder punitivo estatal como informa Muñoz Conde (2001) é um imperativo da dignidade da pessoa humana e da própria ideia de justiça

> Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los limites al poder punitivo estatal, limites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.107).

Nota-se que Muñoz Conde (2001) estabelece como princípios principais do Direito Penal o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Legalidade. Saliente-se que não são os únicos, mas o autor espanhol os destaca frente aos demais. Destes princípios diversas limitações ao direito de punir podem ser estabelecidas não sendo raro alguns autores considerarem suas implicações em subprincípios. Assim, tendo como marco as revoluções setecentistas e o escopo do fim do arbítrio sem limites do absolutismo, o Direito Penal culminou em um processo de defesa dos valores básicos da sociedade, contudo uma intervenção limitada (mínima) e sob os auspícios da lei.

> A partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el "imperio de la ley". Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue y es todavía un deseo loable no siempre satisfecho en in práctica; pero su reconocimiento, siquiera sea a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al derecho penal del Antiguo Régimen. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas a conductas indiferentes desde el punto de vista ético social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 106).

O princípio da Intervenção Mínima deriva da própria violência do Direito Penal. Noutro ponto deste trabalho salientou-se que o Direito Penal é violência. Dentre as sanções existentes dentro do ordenamento jurídico destaca-se a pena como a mais rigorosa. A pena é restrição/perda de direito fundamentais do indivíduo. Nota-se, assim, sua gravidade. Por ser uma lesão a direitos fundamentais da pessoa humana o recurso ao Direito Penal exige grande parcimônia e aplicação somente diante de circunstâncias excepcionais. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já em 1789 exigia somente as penas estritamente necessárias e a necessidade da lei: "Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada."[157] (grifo meu).

> O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que "quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas"; Beccaria advertia que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas "estrita e evidentemente necessárias" (art. VIII). (BATISTA, 2007, p.84).

O princípio da intervenção mínima imporá o estabelecimento de duas importantes limitações ao *jus puniendi:* a fragmentariedade do Direito Penal e a *utima ratio.*[158] Percebe-se, assim, que o Princípio da Intervenção Mínima se desdobra em duas determinações ao legislador. Não é suficiente a existência de uma lei formal para uma criminalização. Necessário é investigar a matéria que se busca tutelar e verificar se não há meio alternativos menos gravosos que permitam a tutela do bem jurídico.

Assim percebe-se o Direito Penal apresenta um caráter fragmentário. O Direito Penal democrático tutela bens jurídicos, todavia não são todos que são dignos de uma proteção tão severa. Se a pena é perda ou limitação de direitos fundamentais é necessário que o bem tutelado pelo Direito Penal tenha o mesmo *status*. O Princípio da Intervenção Mínima não deixa de ter relação íntima com o Princípio da Proporcionalidade. É imperioso a necessidade e adequação

---

[157] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: disponível em: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789 | Documentos anteriores à criação da Sociedade das Nações (até 1919) acesso em: 15 out. 2020.

[158] "(...) aconseja hacer particular mención de dos principios firmemente asentados en la ciencia penal actual, que sirven a una mejor concreción del postulado genérico de la necesidad como límite del ius puniendi. El primero de ellos se expresa diciendo que el derecho penal ha de ser *ultima ratio* en el conjunto del orden jurídico (carácter secundario o subsidiario). El segundo suele denominarse "carácter fragmentario del derecho penal" (MIR PUIG, 2003, p.109).

para uma justificação de criminalização. Não é qualquer conduta que merecerá uma tipificação penal. É necessário nos dizeres de Santiago Mir Puig (2003) um grave ataque ao bem jurídico fundamental para que o comportamento seja merecedor de uma pena.

> El segundo de los principios en que se concreta el postulado según el cual el *ius puniendi* ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado "carácter fragmentario" del derecho penal. Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, para poner un ejemplo expresivo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta. Binding, que habló por vez primera del carácter fragmentario del derecho penal, lo consideró un defecto importante que debía superarse completándose la protección de los bienes jurídicos. En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano. (MIR PUIG, 2003, p. 110).

Muñoz Conde (2001, p.107) também informa que o Estado em seu direito de punir é limitado pena fragmentariedade/*ultima ratio.* O Direito Penal, nos termos do pensador, somente tem legitimidade para intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos importantes. Perturbações menos graves ao ordenamento jurídico devem ser solucionados por outros ramos do direito. O Direito Penal teria desta maneira um caráter subsidiário perante as demais disciplinas jurídicas.

> A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito. Como ensina Maurach, não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão só o pagamento das despesas funerárias. Foi observado por Roxin que a utilização do direito penal "onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da "legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito. (BATISTA, 2007, p. 86 e 87).

Do dito acima pode-se fazer a ilação que não é somente a importância do bem jurídico que irá justificar a criminalização. O Direito Penal é a *ultima ratio* (hoje nem tanto como deveria) do ordenamento jurídico. O fato de o bem jurídico ser fundamental não implica necessariamente numa penalização de uma conduta que o lese ou o coloque em perigo. Se outro ramo do direito for suficientemente eficaz com suas sanções para a sua tutela, deslegitimado está a utilização do direito de punir.

Muñoz Conde (2001) não deixa de destacar que a intervenção mínima e a legalidade[159] se complementam numa garantia ao cidadão frente ao direito de punir. Promovem a dignidade da pessoa humana ao garantir ao cidadão um Direito Penal não ilimitado. Constituem verdadeiras barreiras ao legislador e ao aplicador do Direito Penal ao não permitir o emprego da sanção penal descriteriosa. São frutos de conquistas de uma construção de um Estado onde o indivíduo tem primazia. Sua liberdade (ou outros bens jurídicos fundamentais) é a regra e sua limitação ou perda dependerá do preenchimento de requisitos que procurarão trazer garantias ao uso indiscriminado.

Importante dizer que, apesar do merecido destaque dado por Muñoz Conde ao Princípio da Intervenção Mínima e ao Princípio da Legalidade, verificam-se, também, outros importantes princípios que procuram promover a dignidade da pessoa humana. Não há como não mencionar o quão fundamentais para o Direito Penal democrático são, também, o Princípio da Culpabilidade, da Responsabilidade Pessoal, da Lesividade, da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, da Individualização da Pena e da Proporcionalidade. Em maior ou menor grau todos estes princípios penais contribuirão para o fortalecimento de um sistema penal mais harmonioso com os valores fundamentais determinados pela Constituição da República de 1988.

O Princípio da Culpabilidade é traduzido no brocardo "*nulla poena sine culpa*". Nota-se que dentro da dogmática penal o termo culpabilidade possui significação não unívoca. Destacam-se a utilização do vocábulo em três circunstâncias que não se confundem. Incialmente por culpabilidade expressa-se o terceiro elemento da teoria analítica do delito. Para a configuração do crime necessário são a presença da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade[160]. O termo culpabilidade é, também, utilizado como limite da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal[161]. A medida e o limite da pena vinculam-se a culpabilidade, ou seja, a gravidade do delito cometido. É por fim, o termo culpabilidade é utilizado no instituto do Princípio da Culpabilidade.

---

[159] O Princípio da Legalidade será detalhado em tópico próprio a seguir pedindo-se vênia ao leitor para não o detalhar neste presente ponto.

[160] Culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal frente a um autor de um injusto penal que podendo se comportar conforme o direito opta livremente por assim não o fazer. É um dos elementos necessários para a configuração do crime para os defensores da teoria tripartida do crime. Para os defensores da teoria bipartida é requisito para a aplicação da pena. A culpabilidade compreende a análise da imputabilidade, da potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

[161] Artigo 59 do Código Penal: "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:" (grifo meu).

O Princípio da Culpabilidade é a garantia da não aplicação da responsabilidade objetiva no Direito Penal. Somente poderá haver crime se estiver presente o elemento subjetivo. Imprescindíveis para a configuração do injusto penal a presença do dolo, ou pelo menos, da culpa. A disposição do art. 19 do Código Penal[162] permite esta ilação sem maiores dificuldades. Depreende-se a importância do elemento subjetivo para o Direito Penal afastando de seu âmbito um Direito Penal do autor. O delito depende de forma inafastável de uma conduta dolosa ou culposa para o seu perfazimento.

Saliente que existem doutrinadores que não trabalham o Princípio da Culpabilidade por esta perspectiva mais limitada.[163] Cite-se Hans Heinrich Jescheck (1981) que agrega as três significações do termo dentro do Princípio da Culpabilidade:

> El principio de culpabilidad significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor (cfr. infra, § 37 I, 1). Del principio de culpabilidade se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad). La esencia de la culpabilidad no se encuentra, según esto, en un defecto del carácter adquirido culpablemente, por la forma en que se ha conducido la vida ("culpabilidad por la conducción de la vida"), sino em que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través de su hacer ("culpabilidad por el hecho"). (...) El principio de culpabilidad sirve, ante todo, a la necesaria protección del delincuente frente a toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva. El BGH ha hecho del principio de culpabilidad base de su jurisprudencia en una declaración programática: "La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor no haberse comportado conforme a Derecho, no haberse decidido por el Derecho, cuando podía comportarse conforme a Derecho, cuando hubiese podido decidirse por el Derecho. (JESCHECK, 1981, p.30 e 31)

O Princípio da Responsabilidade Pessoal é, também, uma importante conquista para a proteção do indivíduo frente ao abuso penal. Este princípio de previsão expressa no texto constitucional informa que nenhuma pena passará da pessoa do condenado[164]. Não se pode

---

[162] Artigo 19 do Código Penal: “Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.”

[163] No direito pátrio cite-se César Roberto Bitencourt (2020). Para o autor a adoção do Princípio de Culpabilidade em suas três dimensões derivam importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena. Com essa configuração, não cabe a menor dúvida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática.

[164] Artigo 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988: “XLV–nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”.

responsabilizar por fato cometido por outrem. O Princípio da Responsabilidade Pessoal é igualmente conhecido pela denominação de Princípio da Intranscendência[165].

> A definição de fato punível como tipo de injusto e culpabilidade contém duas garantias fundamentais: primeiro, limita a responsabilidade penal aos autores e partícipes do fato punível, com proibição constitucional de extensão da pena além da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CR); segundo, limita a responsabilidade penal aos seres humanos de carne e osso, com exclusão conceitual de pessoas jurídicas, incapazes de realizar o conceito de fato punível — a proteção de direitos humanos contra violações produzidas por pessoas jurídicas deve ser feita por meios administrativos e civis adequados, porque a responsabilidade penal da pessoa jurídica continua inconstitucional[166]. (SANTOS, 2008, p.32).

O Princípio da Lesividade é sintetizado pelo brocardo "*nullum crimen sine injuria".* Impõe-se para a realização da tipicidade não somente o preenchimento do seu aspecto formal. Além do juízo de adequação da conduta com o tipo penal incriminador, necessário é, também, a presença da ofensividade ao bem jurídico. Todo crime tem que ter um resultado jurídico ou normativo. Nota-se que a palavra resultado pode gerar equívocos quanto a sua significação penal. Verifica-se que existem duas espécies de resultado: resultado naturalístico ou material e o resultado normativo ou jurídico. O resultado naturalístico constitui-se numa modificação do mundo exterior. Pode estar presente ou não (crimes materiais, formais e de mera conduta). O resultado jurídico, por sua vez, é imaterial. É uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. É indispensável para a configuração da tipicidade material e, consequentemente, para a realização do crime. Desta maneira não se pode falar em uma infração penal se o comportamento não tiver provocado pelo menos um perigo ao bem jurídico[167]. "Esta opción constitucional se traduce en el derecho penal en el principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la

---

[165] "El estado de policía extiende la responsabilidad a todos los que rodean al delincuente, por lo menos por no haber denunciado su actividad, y considera peligrosa a su familia, porque pueden vengar al delincuente. Estas características se acentúan en los delitos que afectan la existencia del estado, que en el estado de policía se confunde con el gobierno. Por ello instiga a la delación por el terror y consagra la corrupción de la sangre. En el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente. De allí que la CN, al definir la traición - para evitar que se confunda con los delitos contra el gobierno- establece que, incluso a su respecto, la pena no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado (art. 119 CN)." (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 131).

[166] A responsabilização penal da pessoa jurídica hoje é uma realidade nos tribunais pátrios, principalmente no tocante aos crimes ambientais. Apesar disso, a discussão sobre a coerência desta responsabilização com a dogmática penal construída para responsabilização do ser humano continua aberta.

[167] "A compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos-penais, como dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal, embora possa soar, para muitos, como trivialidade, evidência, nomeadamente no espaço de discursividade jurídico-penal brasileiro, é, na verdade, um horizonte compreensivo que, para além de historicamente posto em questão, encontra no direito penal contemporâneo um ambiente hostil, de difícil afirmação e continuidade, muito embora, em um aparente paradoxo, também um dos períodos em que mais tem a oferecer." (D'AVILA, 2009, p.57).

afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo". (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 128).

O Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos determina que o objetivo central do Direito Penal a tutela dos bens jurídicos fundamentais para a convivência dos indivíduos. Escapam, desta maneira, a tutela de questões de ordem religiosa, ideológica, política ou assemelhados. O pensamento, o modo de ser, a maneira viver não legitimam o direito de repressão estatal.

> El derecho penal existe para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia. De aquí la necesidad de tener a la protección y salvaguarda de bienes jurídicos como límite material fundamental de la potestad punitiva del Estado. No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo, no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro. (CAMACHO, 2003, p. 101).

Santiago Mir Puig (2003, p.135) explica que não é democrático um Direito Penal que se utiliza da pena ou da medida de segurança para proteção a valores puramente morais dos quais não dependa o mínimo de subsistência da sociedade. Cita como exemplo a perseguição da homossexualidade ou atos contrários a moral social sem que estes produzam uma notável perturbação social. Ademais, nos termos do autor, não é incumbência de um Direito Penal democrático castigar comportamentos que limitam a realização dos direitos políticos como negar ao cidadão o exercício do direito de manifestação, reunião, associação, etc...As intervenções penais de um chamado Direito Penal "sexual ou político" devem se reduzir ao máximo, atendo-se somente ser for indispensável.

> El primer límite ya fue analizado más arriba, pues se deducía también del fundamento funcional de la pena, que obliga a reducir su intervención cuando lo exija la necesidad de defensa de los bienes jurídicos. Me limitaré, por ello, a poner de manifiesto que a tal conclusión conduce también una concepción democrática del Estado y del derecho penal. Me remito, para ello, a una argumentación parecida a la que propone Roxin'. Si al Estado no corresponde la realización de fines trascendentales, sino de protección y fomento de las condiciones de vida de sus individuos, sólo estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad para el cumplimiento de estos fines. Esto es, un Estado democrático sólo puede utilizar la pena y la medida de seguridad para la protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos. Los bienes jurídicos son los bienes en que se concretan tales condiciones de vida. (MIR PUIG, 2003, p.135).

O Princípio da Individualização da Pena é estabelecido igualmente pelo texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 determina que a lei estabelecerá a

individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88). Esta individualização da pena exigida repercutirá na esfera legislativa, judicial e administrativa.

O legislador deverá tutelar os bens jurídicos fundamentais da sociedade quando outros ramos do Direito se mostrem ineficazes. Esta tutela, no entanto, exige uma razoabilidade. Nota-se que existe uma hierarquia entre os bens jurídicos penais. Desta maneira, é necessário que as penas mais severas sejam reservadas para a proteção dos bens jurídicos mais importantes. E mesmo se tratando de um mesmo bem jurídico condutas diferentes podem o lesionar ou o colocar em perigo de forma distintas. Assim, o legislador deverá estabelecer as penas cabíveis em consonância com a importância do bem jurídico e com relação, também, ao desvalor da conduta que o afete. A individualização da pena impõe um tratamento diferenciado ao legislador na fixação dela diante destas circunstâncias. Os crimes estabelecidos pela legislação não são iguais e, consequentemente, as penas, também, não devem ser. A pena para o crime de estupro não pode ser a mesma da do crime de furto. O homicídio qualificado não pode sancionado com a mesma pena do aborto. Ademais, o legislador deve indicar para o crime o limite mínimo e máximo e as outras circunstâncias que podem diminuir ou aumentar a reprimenda a ser fixada posteriormente pelo magistrado.

> La determinación legal de la pena no se agota en la creación de un marco penal que sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto penal. El legislador ha formado frecuentemente dentro del marco penal, para los diferentes grados de gravedad, grupos valorativos especiales, que vinculan y sirven de pauta al juez a la hora de determinar la pena aplicable. (JESCHECK, 1981, p. 1189).

A individualização da pena, também, ocorre no âmbito judicial. Um mesmo crime pode ser cometido de inúmeras maneiras. Um crime cometido nunca é igual ao outro apesar de preencherem a mesma tipicidade. O juiz ao aplicar a lei penal tem uma esfera de discricionariedade[168] para fixação da pena levando-se em conta os critérios da dosimetria da pena. O sistema trifásico estabelecido na parte geral do Código Penal para a fixação da pena preenche as determinações da individualização judicial.[169]

---

[168] "La fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, libre, como la discrecionalidad de las autoridades administrativas que eligen entre varias decisiones jurídicamente equivalentes sólo conforme a criterios de utilidad, sino que se trata, sin excepción, de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada". (JESCHECK, 1981, p.1191).

[169] Merece destaque as disposições do artigo 59 do Código Penal para se perceber esta individualização judicial da pena: "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

> Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como la de consecuencias accesorias. (JESCHECK, 1981, p.1189)

Ainda se verifica igualmente uma individualização da pena na esfera administrativa. Ao condenado são definidos deveres e direitos a serem cumpridos durante o período da execução. Duas pessoas apenadas igualmente podem cumprir suas sanções de formas distintas fazendo *jus* a benefícios ou punições. Na execução penal, a pena é cumprida em um regime de progressão em rumo à liberdade respeitando o modo que o apenado se comporta diante das determinações estabelecidas pela Lei de Execuções Penais.

> La individualización judicial de la pena no es "definitiva", en el sentido de que el desarrollo de ella depende, en sus modalidades, de las circunstancias de su ejecución, lo cual es propio de un "sistema progresivo" como el nuestro, por lo menos respecto de las penas privativas de libertad (vimos que, de alguna manera, así ocurre también con la pena de inhabilitación). Dentro del régimen progresivo de las penas privativas de libertad, podemos distinguir la ejecución con encierro y la ejecución en libertad, como períodos separados por el acto de concesión de la libertad condicional. (CREUS, 1992, p.510).

Princípio que igualmente apresenta importante relevância para o Direito Penal democrático é o Princípio da Proporcionalidade. Nota-se que a expressão "Princípio da Proporcionalidade" não apresenta um sentido unívoco dentro da ciência jurídica[170]. Como princípio limitador do Direito Penal, geralmente, é identificado como uma necessidade de equilíbrio entre o delito e a pena. Para os delitos mais graves, penas mais graves, e para os delitos mais leves, penas mais leves.

> El principio de proporcionalidad, el cual deriva del principio de necesidad de la intervención penal, implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre el tipo delictivo y la pena prevista, es decir, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable. La desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podría ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que la derivada de la afectación misma causada por el delito. (Vgr.: el castigo del robo con la amputación de los miembros del responsable o con imposición de marcas u otras penas infamantes). (CAMACHO, 2003, p.101).

[170] Uma perspectiva mais ampla do Princípio da Proporcionalidade será apresentada nesta obra (Capítulo 7) e constitui um instrumento de conciliação entre direitos ou princípios fundamentais.

Dentro do contexto dos manuais brasileiros que versam sobre o Princípio da Proporcionalidade, cite-se a explicação trazida por Rogério Sanches Cunha (2019) que brevemente expõe sua conceituação sobre dito princípio vinculando-o com um desdobramento lógico da individualização da pena:

> Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico dos mandamentos da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Esse mandamento foi aprofundado na teoria geral da pena. (CUNHA, 2019, p.117)

Zaffaroni, Alagia e Skolar (2002) referem-se ao dito princípio como Princípio da Proporcionalidade mínima. Os pensadores destacam que, como não é possível demonstrar a racionalidade da pena, ao menos esta deve guardar um grau de coerência com o delito. Quanto maior a lesão, maior deve ser a pena associada. Evita-se, nos dizeres do autores, assim, uma irracionalidade intolerável.

> La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conñicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad "o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto ". Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, “las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión qu e haya provocado". A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión ". Con este principio " no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo '. Simplement e se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado (ZAFFARONI, ALAGIA, SKOLAR, 2002 p.130)

Saliente-se que neste presente escorço sobre os princípios penais outros princípios penais não foram citados. Destacados foram os centrais sendo que muitos doutros não são mais que consequências ou desenvolvimentos destes. Apesar dessa omissão, percebe-se que todos estes princípios trazem garantias ao cidadão frente ao direito de punir estatal. Neste ponto estes princípios relatados são suficientes para demonstrar que o controle social pelo Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos fundamentais é necessária, contudo, dentro de limites protetores da dignidade da pessoa humana.

5.3 O Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é a base de sustentação que permitiu a construção de toda dogmática penal nos últimos séculos. Foi com o surgimento deste que se verifica a separação do Direito Penal em duas grandes fases: o Direito Penal do terror e o Direito Penal liberal.[171] Direito Penal do terror por ser marcado por falta de limites ao direito de punir e Direito Penal liberal que estabelece uma busca de limitação que se apresenta com os auspícios do Princípio da Legalidade. Percebe-se, assim sua importância frente toda a história do Direito Penal. "Recordemos que, basicamente, este principio forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal que hoy nos rige, y que podemos encuadrar políticamente dentro del "derecho penal liberal". (CREUS, 1992, p. 52).

O Princípio da Legalidade tem previsão expressa na Constituição da Federal de 1988. Dispõe seu artigo 5º, XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Logo em seguida, no inciso XL uma das suas determinações (anterioridade da lei/irretroatividade) também vem expressamente determinada: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".[172] Assim, é um direito fundamental tanto formal quanto material assegurado ao cidadão e de observância cogente para o Estado. O Código Penal brasileiro igualmente traz as mesmas determinações nos seus artigos primeiro[173] e segundo (lei penal no tempo).[174]

> De esta manera, el principio *nulla poena sine lege* o principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena. La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento

[171] "En un sentido, el "derecho penal liberal" es sinónimo del derecho penal del Estado de derecho, con todas las implicancias que ello tiene: respeto a la autonomía ética, limitación lo más precisa posible del poder público, selección racional de los bienes jurídicos, seguridad jurídica. El antónimo del liberalismo así entendido lo constituyen: la ingerencia en la conciencia individual, la falta de limitación del poder público y la inseguridad jundica." (ZAFFARONI, 1987, p.366)

[172] Alguns doutrinadores tratam a proibição de retroatividade *in malam partem* como um princípio autônomo o que não se justifica, pois trata-se de um desdobramento do da própria anterioridade legal.

[173] "Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

[174] "Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

> judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal.[175] (BACIGALUPO, 1999, p.104).

Importante observar, deste logo, que o Princípio da Legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República de 1988 não se confunde com a legalidade em um sentido amplo. A legalidade em sentido amplo prevista no mesmo diploma legal no art. 5º, II, versa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A legalidade em sentido amplo é aplicável a todo ordenamento jurídico e constitui uma norma protetora da liberdade individual. Determina que apenas a lei (em sentido amplo) pode trazer obrigações aos cidadãos. Engloba todas as normas vigentes no direito pátrio (constitucional, complementar, ordinária, delegada e medidas provisórias), ou seja, todas as espécies normativas elencadas pelo artigo 59[176] do Constituição Federal. Destas observações o Princípio da Legalidade seria marcado pela reserva legal[177] (estrita legalidade), pois abrange somente a lei em sentido material (temas que a Constituição reserva somente a lei) e formal (legislações editadas nos termos do processo legislativo determinado constitucionalmente[178].

> El principio de legalidad es un límite al *jus puniendi* que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. Los ámbitos garantistas del principio de legalidad comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria). (RAMIREZ; MALARÉE, 1997, p.80)

---

[175] Aplicação para o Direito Brasileiro pertinente apesar do autor não tratar em sua obra da legislação pátria.

[176] Artigo 59 da Constituição Federal de 1988: "Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I–emendas à Constituição; II–leis complementares; III–leis ordinárias; IV–leis delegadas; V–medidas provisórias; VI–decretos legislativos; VII–resoluções.".

[177] "Fala-se em "reserva absoluta" e "reserva relativa" de lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais concernentes a reserva legal. A concepção de "reserva absoluta" postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo a lei proceder a uma "integral formulação do tipo'"; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com "a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada". A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais'" e admite que a matéria de proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observâncias das segundas, pelo regulamento". (BATISTA, 2007, p. 73).

[178] "Señalábamos a continuación que el proceso de creación de la norma está preceptivamente limitada por principios que son consustanciales al Estado social y democrático de derecho. Estos principios eran el de necesidad de la pena, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana . El cumplimiento de estos requisitos daría validez material a la norma. Pero no basta con la validez material de la norma, sino que ésta ha de tener también validez formal. Esa validez formal la adquiere cuando la norma se concreta en una ley promulgada bajo las condiciones establecidas en la correspondiente Constitución". (RAMIREZ; MALARÉE, 1997, p.80 e 81).

Ricardo de Brito Freitas (2009, p.365 e 366) emprega o termo estrita legalidade dentro de um contexto mais específico. Nos termos do pensador, o Princípio da Legalidade pode ser classificado de duas maneiras: princípio da mera legalidade (*nulla poena et nulla crimen sine lege*) e o princípio da estrita legalidade (*nulla poena sine crimine et sine culpa*). O princípio da mera legalidade identifica-se com a concepção de reserva legal. O delito e a pena são definidos formalmente pela lei. Conforme Ricardo de Brito o fato punível não apresentaria características ontológicas, mas seria uma definição legislativa. Por esta perspectiva impede-se o juiz de decidir arbitrariamente, pois encontrar-se-ia vinculado à lei. O magistrado não se manifesta por um ato imoral ou socialmente danoso provocado pelo autor, mas, sim, por uma conduta determinada na lei como merecedora de uma sanção penal. Por sua vez, nos termos da estrita legalidade a lei penal teria como referência comportamentos empíricos e objetivos puníveis e, não sujeitos puníveis. A lei penal deve ter bases empíricas em comportamentos precisamente descritos em todos os aspectos. Como salienta ainda o autor a mera legalidade e a estrita legalidade são noções mais gerais do Princípio da Legalidade. (FREITAS, 2009, p.365 e 366).

O Princípio da Legalidade é geralmente identificado pelo brocardo originário de Anselm Feuerbach "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". Expressa que somente pode se aplicar uma pena ao indivíduo que tenha cometido uma infração penal prevista em lei (formal). O princípio determina que a conduta merecedora de uma pena deve ser descrita antes do cometimento do fato. Observa-se igualmente que não somente a conduta é objeto de descrição obrigatória da lei como também a cominação da pena a ser aplicada. É necessária uma lei vigente que permita estabelecer a tipicidade da conduta cominando a esta uma sanção. Não há delito nem sanção penal sem lei. Desta maneira, dentre as várias fontes de conhecimento do Direito, para o Direito Penal, somente a lei pode criminalizar condutas e estabelecer suas sanções.

> El principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmando que "no hay delito" -ni por consiguiente pena- "sin tipo penal legal", aunque se lo suele mencionar naciendo referencia a su consecuencia {nulla poena sine lege praevia). Funcionalmente el principio de legalidad así formulado, al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del ius puniendi) del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, para dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo. Restringe, pues, las fuentes de conocimiento del derecho penal a la ley. Lo cual importa una garantía para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de "aplicación" (Poder Judicial) y "ejecución" (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley. (CREUS, 1992, p.73).

Claus Roxin (1997, p. 137) leciona que cabe ao Estado proteger a pessoa não somente com o estabelecimento do Direito Penal, mas também do próprio Direito Penal. O pensador alemão menciona que o ordenamento jurídico não deve somente dispor de método e meios para a prevenção dos crimes, todavia, também cabe ao Direito estabelecer limites ao *jus puniendi*, com o escopo de que o indivíduo não se encontre desamparado frente a uma possível intervenção arbitrária do próprio Estado. Esta é a importância dos princípios penais e merece destaque neste contexto o Princípio da Legalidade que estabelecerá diversos limites ao Direito Penal.

> Como instrumentos de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y el principio de proporcionalidad (§ 3, nm. 58), principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individuíd o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitíir una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva. (ROXIN, 1997, p.137)

Desta maneira, Claus Roxin (1997, p.138) faz questão de enfatizar que não há delito sem lei. Esta garantia impede que o Direito Penal alcance o que não estiver legislado. Por mais perniciosa que possa ser uma conduta, o sujeito não irá por ela ser responsabilizado ao não ser que esta esteja prevista em uma lei. Desta situação Franz von Liszt declarou que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente[179]. Claus Roxin compara a Magna Carta de João Sem-Terra com a necessidade da legalidade penal:

> Ello significa lo siguiente: que así como en su momento la "Magna Charta Libertatum" británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado). (ROXIN, 1997, p.138).

[179] Sobre este posicionamento Enrique Bacigalupo faz uma análise interessante: "¿Quién es el sujeto protegido por el principio de legalidad? La cuestión adquiere un tono altamente polémico desde hace algo más de un siglo. En 1883 Franz von Liszt formuló su conocida concepción del derecho penal como *magna charta* del delincuente. "Según mi opinión -decía von Liszt-, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la *magna charta* del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley y dentro de los 1ímites legales. De esta manera entendia von Liszt que se justificaba el mantenimiento del derecho penal, a pesar de las dudas que al respecto podía generar la influencia de las investigaciones sociológicas y antropológicas sobre los conceptos fundamentales del derecho penal. Pero, ¿por qué habría que proteger al delincuente que representa un peligro para la sociedad? La formulación de esta pregunta pone de manifiesto, sin embargo, que von Liszt había errado acerca de quién debía ser el sujeto protegido por el principio de legalidad. En efecto, en un Estado de derecho que garantiza la presunción de inocencia, el juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra. Por tanto, el Código Penal no debe ser considerado la *magna charta* del delincuente, sino la magna charta del ciudadano". (BACIGALUPO,1999, p.45 e 46).

Além de não haver delito sem lei, Claus Roxin (1997, p.138) ainda destaca que as mesmas determinações são aplicáveis para a pena. O doutrinador destaca igual importância a necessidade de estabelecimento de pena prévia e clara. Tanto a sanção penal quanto a quantidade da pena aplicável ao caso são, também, anteriores ao cometimento do fato. Impede-se com isso uma insegurança jurídica que pode ser proveniente de um manejo arbitrário do Direito Penal. Assim, a pena que rege a censura da conduta é sempre aquela cominada antes do cometimento da mesma pelo infrator da norma penal. Franz von Liszt já assim declarava em seu Tratado de Direito Penal alemão sobre o crime e a pena:

> Segundo a intuição moderna, a lei é a única fonte do direito penal. Todas às disposições penais pertencem pois ao direito estatuído. A legislação penal moderna parte da hipótese de que ela é completa e sobre esta hipótese funda o princípio de seu exclusivismo. Tal preceito formulado nesta proposição que desde o período filosófico (Constituição francesa de 3 de setembro de 1791) encontra-se regularmente nos códigos e é repetida no art. 2º, 1º al., do Código Penal imperial: "nenhuma infração pode ser punida com penas que não tenham sido previamente estabelecidas pela lei". Somente são puníveis as ações contra as quais a lei tem expressamente cominado penas, e somente as penas expressamente cominadas pela lei são aplicáveis. (LISZT, 2006, p.131 e 132).

Eugenio Zaffaroni, Alejando Alagia e Alejando Skolar (2002, p.112) em seu livro "Derecho Penal: parte general" tratam do Princípio da Legalidade no contexto da legislação argentina, todavia suas lições são para o direito brasileiro, também, pertinentes. Para os autores do ponto de vista formal a única fonte legítima produtora da lei penal são os órgãos determinados pela constituição. Não se admite a doutrina, a jurisprudência ou os costumes como fontes hábeis a criminalização de condutas. Observa-se, porém que os usos e costumes servem para estabelecer limites para a tipicidade quando a própria lei de forma expressa ou se remete a eles. Normas com conteúdo normativo não raras vezes necessitam dos costumes para a compreensão do limite da proibição.

No tocante a fundamentação do Princípio da Legalidade, Enrique Bacigalupo (1999, p. 106 e 107) apresenta três principais pontos de alicerce desta importante garantia constitucional-penal. Menciona que alguns defendem que o Princípio da Legalidade é um derivado do Princípio da Culpabilidade; outros que o aludido princípio provém do Princípio Democrático e, por fim, que o Princípio da Legalidade se assenta numa concretização de vários aspectos do Estado de Direito.

Nos termos do pensador, alguns pensadores entendem que o Princípio da Legalidade é um derivado do Princípio da Culpabilidade. Se a culpabilidade exige que o infrator tenha

conhecimento (pelo menos potencial) da norma violada isto somente seria possível se o fato punível estiver contido em uma lei. Enrique Bacigalupo sobre este posicionamento faz a seguinte observação:

> Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por quienes siguen el punto de vista dominante en lo referente al alcance del principio de culpabilidad, pues se estima que mientras éste no requiere del conocimiento de las consecuencias jurídicas, el principio de legalidad se extiende a éstas inclusive. Por el contrario, el conocimiento (potencial) de la punibilidad se debe considerar exigencia del principio de culpabilidad y ello priva de contenido a la crítica reseñada. (BACIGALUPO, 1999, p. 106).

Enrique Bacigalupo (1999, p. 106) igualmente relata que tem se sustentado que o Princípio da Legalidade é uma consequência do Princípio Democrático. A anterioridade da lei é um pressuposto para qualquer intervenção à direitos fundamentais dos cidadãos por parte de funcionários que não tem legitimidade democrática direta (administração e justiça). Contra esta fundamentação, Enrique Bacigalupo menciona a aplicação de leis de conteúdo indeterminado que existem dentro do ordenamento jurídico que "transferem" a proibição para figuras diferentes do legislador.

Por fim, como fundamento da legalidade penal, o pensador argentino (1999, p.107) menciona que outros (Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo) alicerçam o Princípio da Legalidade em uma concreção de diversos aspectos do Estado de Direito. Neste sentido o Princípio da Legalidade se justifica como um pressuposto para a atuação do Estado sobre bens jurídicos do cidadão, como uma garantia de segurança contra o arbítrio estatal e como uma garantia de imparcialidade dos juízes ao limitar seu âmbito de decisão.

Dentre estas perspectivas, que não se excluem necessariamente, Enrique Bacigalupo (1999, p.107) relata principalmente, que o Princípio da Legalidade é uma consequência do Princípio da Culpabilidade. Pela legalidade, nos termos do autor, há a garantia de objetividade nos julgamentos que somente uma lei prévia poderia proporcionar. Ademais, ao objetivar o conteúdo da proibição outras garantias seriam acrescidas como prazos de prescrição, uso da analogia *in malam partem* e aplicação da retroatividade da lei penal. Se com a culpabilidade determina-se a não punição de quem não tenha ao menos potencialmente o conhecimento da norma proibitiva, com a legalidade amplia-se esta garantia determinando-se qual é esta proibição e as sanções correspondentes.

5.3.1 Escorço histórico do Princípio da Legalidade[180]

Dentro deste breve histórico sobre o Princípio da Legalidade observa-se as pegadas deixadas por Ricardo de Brito Freitas. Inicialmente, o pensador informa que dentro da literatura do Direito Penal admite-se como ponto de surgimento do Princípio da Legalidade o pensamento da iluminista do século XVIII que antecedeu as revoluções liberais que combateram o antigo regime na Europa. Excepcionalmente, doutrinadores buscam uma origem mais remota ao Princípio da Legalidade penal ao apontar a Magna Carta inglesa de 1215. Destaca, todavia, que apesar da *Magna Charta Liberatum* trazer a garantia de que nenhuma pessoa livre poderia ser presa sem uma fundamentação legal, esta proteção não era estendida a toda a população, mas tão somente aos nobres. Ainda existem os que apontam a aparição do princípio em comento na antiguidade romana. (FREITAS, 2009, p. 366 e 367).

A solução para esta questão, nos termos de Ricardo de Brito Freitas (2009, p.367), dependerá se está se tratando de noção de mera legalidade ou da noção de estrita legalidade.[181] Dentro de uma perspectiva da mera legalidade a sua construção deu-se de forma progressiva de maneira mais lenta e a partir de períodos históricos mais remotos que a noção de estrita legalidade cuja formulação somente surgiu no século XVIII. Nota-se que esta mera legalidade do passado não tinha os contornos da reserva legal dos finais do século XVIII. Leis existiam, mas não eram gerais, abstratas e coercitivas (ademais vinculantes aos julgadores). Todavia, Ricardo de Brito faz questão de ressaltar que princípio da estrita legalidade é devedor da noção de mera legalidade. Destaca que a questão principal é ter em vista que o Princípio da Legalidade é mais um princípio político do que propriamente jurídico. O Princípio da Legalidade é indissociável da ideia de limitação do poder estatal e favor dos direitos individuais alçados como inatos e inalienáveis de todo cidadão. Por esta perspectiva não resta dúvidas que sua origem é tributária da cultura europeia do século XVIII. (FREITAS, 2009, p.367).

Como salientando por Ricardo de Brito Freitas (2009, p.367) o princípio da mera legalidade tem origens remotas e uma trajetória histórica de séculos. De forma diversa do princípio da estrita legalidade que teria origem nas revoluções burguesas e no seu projeto

---

[180] Observa-se o caráter sucinto deste tópico, uma vez que uma parte histórica do Direito Penal já foi realizada neste texto (tópico 3.2). O objetivo é somente ilustrar com deu-se a mera legalidade em alguns períodos, pois naquele outro instante do texto fala-se da história do Direito Penal como um todo.

[181][181] Esta diferenciação foi feita no tópico anterior para onde remete-se o leitor.

iluminista alguns doutrinadores remontam ao direito romano suas origens ou, talvez, fontes mais remotas. A questão que se impõe é buscar a preocupação com a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade.

> Antecedentes del principio de legalidad, aparecen registrados en la historia de todos los tiempos, si bien alcanza su definición y concepción más precisa sólo hasta la época antes señalada de fines del siglo XVII. Así, desde la legislación de Hammurabi, hace cerca de 5,000 años, se expresaron algunas ideas que parecían orientarse hacia este principio, como después, también, reiteradamente, en épocas posteriores diversas. De manera más clara, durante la Alta Edad Media fue relevante la limitación que se impuso al rey Juan Sin Tierra, en la Inglaterra del año de 1215, cuando en la Carta Magna se recoge la limitación al poder del monarca frente a los barones, en el sentido de que nadie podría ser aprisionado ni despojado de sus derechos, proscrito o destruido, sino mediante juicio de sus pares en base a la ley de su país. Posteriormente, en el año 1649, fue obligado el rey Carlos I, de Inglaterra, a la suscripción de un documento quien autolimitaba el ejercicio de su poder, mismo monarca que posteriormente habría de ser ejecutado precisamente por el incumplimiento de su compromiso. (CAMACHO, 2003, p.105).

As raízes pretéritas da mera legalidade (não nos contornos atuais destaca-se) podem ser verificadas na antiguidade. A origem remonta na necessidade de enunciar as leis em textos escritos. Somente quando o "Estado" passa a ser uma criação humana e não mais divina, ou seja, uma criação artificial surge alguma limitação ao direito de punir. O Direito Penal das sociedades simples era marcado pela extrema violência e pelo arbítrio religioso donde limitações praticamente não existiam. Assim, Ricardo de Brito Freitas (2009) aponta como início do processo de uma legalidade com a evolução da política grega e romana que tem numa lei do Estado um processo organizativo que procura dar certa unidade jurídica mediante a supressão de centros concorrentes de produção do Direito. Todavia, destaca que padece de total anacronismo que o Princípio da Legalidade penal em sentido estrito possa ter sido formulado naqueles tempos diante da ausência inclusive de condições objetivas. (FREITAS, 2009, p.368).

Na "sociedade grega"[182] a lei penal escrita, especialmente durante o período clássico[183], apresentou grande importância. "O direito escrito entalhado na pedra e exposto publicamente surge entre os anos 650-600 e passa a ocupar progressivamente o lugar do direito consuetudinário. Frise-se que a forma escrita, porém, é exclusiva do direito material, pois o processo penal permanece caracterizado pela oralidade". (FREITAS, 2009, p.368). Destaca-se que a lei escrita neste período almejava uma maior publicidade e com isso reforçar sua autoridade. Ademais, a lei escrita ainda cumpriria mais duas funções: permitia um conhecimento

[182] Solicita-se vênia ao leitor para uma generalização um tanto imprecisa, uma vez que cada cidade-estado da Grécia antiga era independente das demais e tinha suas legislações próprias.
[183] Geralmente se divide a história da Grécia antiga em cinco períodos: Micênico, Homérico, Arcaico, Clássico e Helenístico.

mais preciso das normas jurídicas e, em consequência disto, uma diminuição da força política da classe aristocrata. (FREITAS, 2009).

Guardadas suas peculiaridades sociais, nota-se, em Roma, um processo semelhante a constituição do direito penal grego, ou seja, uma paulatina passagem de um direito familiar e sacro, lastreado no costume, para um direito constituído na lei escrita. Ricardo de Brito Freitas (2009), no entanto, não deixa de destacar que este processo de passagem do direito costumeiro para o direito baseado na lei escrita nunca se completou por inteiro devido ao prestígio que detinham o costume e o direito privado na Roma do passado. Para o autor, o Princípio da Legalidade não é consolidado no Direito Penal romano, apesar de alguns estudiosos defenderem tal perspectiva. O que se verifica, na realidade, é que os magistrados gozavam de uma ampla discricionariedade nos julgamentos dos casos apresentados. A lei escrita era um parâmetro, mas não vinculava a decisão. Adotava-se a técnica denominada *jurisprudentia* que "consistia na utilização, pela autoridade pública, de fórmulas gerais provenientes da doutrina visando à solução de conflitos entre particulares". (FREITAS, 2009, p.370).

> El principio *nulla poena* (*nullum crimen*) sine lege no es un principio del derecho romano. Ante todo fue ajeno a la época del imperio romano y al derecho de Justiniano con sus Crimina extraordinaria y sus conceptos delictuales amplios, casi ilimitados. Tampoco corresponde al extremo derecho penal de voluntad romano, que regía para los delicta publica y no conocía distinción alguna entre preparación, tentativa y consumación, es decir, ninguna clase de tipicidad. (WELZEL, 1956, p.26)

Percebe-se, assim, que a lei escrita apresentou limitada importância na antiguidade. Observa-se, como no caso de Roma, que o Direito Penal jamais se distanciou plenamente da esfera moral e religiosa. Este fato não elide, no entanto, um gérmen, mesmo que distante, de uma limitação de poder pela lei escrita. Cite-se a célebre Lei das XII Tábuas como um instrumento que acarretou uma maior "segurança jurídica" para a plebe frente aos privilégios do patriciado ao trazer uma publicidade e igualdade impensáveis pelo simples uso do costume.

> A legislação das XII Tábuas emerge das lutas políticas entre o patriciado e plebe. Seu significado político essencial é proporcionar à plebe algum tipo de segurança jurídica e igualdade em relação ao patriciado, o que, naturalmente, seria impraticável na vigência de um direito penal consuetudinário e arraigado nas tradições que, como em toda e qualquer civilização da antiguidade, sempre favorece a classe dominante em detrimento dos setores sociais subalternos e espoliados. A certeza em relação ao que constitui crime e a punição correspondente, a exigência de a lei ser aplicável da mesma forma tanto a plebeus quanto a patrícios e a segurança jurídica propiciada pela publicidade decorrente do direito escrito, representam conquistas que não podem ser desprezadas, apesar de não propiciarem a extinção das clivagens sociais existentes e, tampouco alterações no exercício da dominação política que, em última instância, é exercida pelo patriciado. (FREITAS, 2009, p.370).

Com a extinção do Império Romano o Direito Penal escrito não desaparece inteiramente apesar de predominar o direito costumeiro. Contata-se que o Direito Germânico é marcado principalmente por sua natureza consuetudinária, no entanto, Ricardo de Brito Freitas (2009, p. 371) noticia que no século VI existiam fontes escritas do Direito Penal na região correspondente, atualmente, à França. Cita, também, um Direito Penal escrito como reflexo do poder real até o ano de 843 d.C. Nota-se, no entanto, que durante o feudalismo realmente houve um enfraquecimento do Direito Penal escrito praticamente em toda a Europa Ocidental. Pode-se concluir com Hans Welzel que o Princípio da Legalidade não pertenceu a este período do Direito Penal germânico:

> Fue desconocido también por el derecho germano alemán antiguo. Ciertamente se puede decir que se acerca más al derecho penal germano (como derecho penal de hecho), que al derecho penal romano de voluntad. Aquél aspiró siempre a tipos de delito firmes y claros. Sin embargo, siempre se pudo penar de acuerdo con el derecho consuetudinario, ya que faltó el presupuesto del principio *nulla pena sine lege*: es decir, la legalidad estatal. Esto vale también para la Carta Magna de 1215. (WELZEL, 1956, p.26 e 27).

Com o fortalecimento das monarquias absolutas e a formação de Estados nacionais a forma escrita ganha novamente um novo alento que ao final acabará por acarretar o nascimento do Princípio da Legalidade. A noção da mera legalidade esteve presente no Estado moderno monárquico-absolutista. Cite-se que em 1532 d.C. com Carlos V cria-se uma legislação penal (mais processual que penal) que, apesar de não possuir uma legalidade estrita, não deixa de ser novamente um referente para a aplicação do Direito Penal. Saliente-se, novamente, contudo, que a *Constitutio Criminalis Carolina* é uma referência, mas não apresentava uma legalidade estrita, uma vez que permitia aos magistrados a utilização por mais das vezes da analogia. Como explica Ricardo de Freitas (2009) a "Carolina" foi acompanhada por outras legislações de regiões europeias que já configuravam uma centralização política como na França e na Espanha. (FREITAS, 2009).

> O nascente e posteriormente absolutismo francês tem no *Grand Coutumier* de Carlos VI (1453), nas *Ordonnances Criminelles* de Francisco I (1539) e na *Ordennance Criminel* de Luís XIV (1670) seus diplomas legais de maior expressão. Neste último, a parte processual tinha maior destaque que a dedicada ao direito penal, à semelhança da *Constitutio Criminalis* Carolina alemã. Ademais, os crimes (por exemplo, o duelo, o peculato, o falso testemunho, a ocultação de gravidez) são dispostos de forma desordenada e fragmentária. Por conseguinte, o poder de criação do direito penal pelos parlamentos (órgãos judiciais e não legislativos) é de fato, considerável. Portanto, no direito penal francês pré-revolucionário, não obstante a direção progressista das reformas empreendidas antes da revolução, as penas são arbitrárias. Ao magistrado é concedido o poder de aplicá-las com ampla margem de liberdade, podendo, inclusive, determinar o seu modo de execução. (...) Estava-se, então, ainda muito distante da adoção do princípio da legalidade na França. O quadro é semelhante na Espanha dos séculos XVI, XVII e

> XVIII. No direito penal espanhol absolutista, os crimes e as penas são descritos de maneira indeterminada, ampla, vaga. (FREITAS, 2009, p.372 e 373).

A situação paulatinamente, entretanto, caminha-se para o Princípio da Legalidade dentro dos países da Europa ocidental fruto do espírito reformador derivado das transformações sociais que modificam a estrutura da sociedade nos séculos seguintes. No século XVIII, os autores iluministas, com suas ideias revolucionárias, influenciaram, inegavelmente o pensamento da época, inclusive, de alguns monarcas que chegaram a ganhar a alcunha de déspotas esclarecidos. Caminhava-se a passos largos para enfim afirmar-se o Princípio da Legalidade.

> El ordenamiento penal de CARLOS V supeditó el juez a la ley, por principio; sin embargo, admitió con cierta cautela también una punición extralegal. Sólo en la época de las luces, se impuso el principio *nulla pena sine lege*, en la lucha contra la arbitrariedad de los jueces y de la autoridad. Invocando la Magna Carta *libertatum*, fue proclamado en la Constitución norteamericana de 1774 y en la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789. Encontró su expresión en el Código Penal de José II de 1787 y en el Allgemeines Landrecht de 1794. La fórmula latina proviene de FEUERBACH (en su Lehrbuch de 1801). En el siglo XIX fue incluída en el derecho penal de casi todos los Estados civilizados. (WELZEL, 1956, p.27).

Assim, a filosofia do século XVIII foi a verdadeira fonte de surgimento do Princípio da Legalidade estrita, pois centrava-se principalmente num controle dos limites do Estado e, consequentemente, do arbítrio judicial. Somente a legalidade com o primado da lei sobre as demais fontes de direito poderia assegurar aos indivíduos as garantias dos seus direitos inatos e inalienáveis. As revoluções burguesas, principalmente a Revolução Francesa de 1789 (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), vieram promover as aspirações liberais e assentar como princípio basilar do Estado de Direito: o Princípio da Legalidade. O Princípio da Legalidade, assim, deriva-se da teoria do contrato social e é uma garantia da limitação da liberdade apenas pelos representantes do povo.

> En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa -al menos teóricamente- al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular. Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el Pueblo. (MIR PUIG, 2003, p.126 e 127).

No âmbito penal o marco propulsor do Princípio da Legalidade foi o opúsculo do Marquês de Beccaria. "Dos delitos e das Penas" sintetizou o espírito de sua época ao aplicar os ideais iluministas ao Direito Penal. Assim, em Beccaria encontra-se a busca por um Direito Penal liberal que somente poderia ser assentado em um Estado igualmente liberal. A base deste Estado liberal e deste mesmo direito vincula-se umbilicalmente ao Princípio da Legalidade.

Apesar de Cesare Bonesana já em 1764 reclamar pela majestade da lei para os delitos e para as penas, a consolidação do Princípio da Legalidade, em uma construção científica, se dará somente em 1801 fruto do desenvolvimento do pensamento de Anselm von Feuerbach. Em sua teoria da coação psicológica para a proteção dos direitos individuas o princípio da Legalidade reveste-se de uma construção científica ao abranger três proposições que culminarão no famoso brocardo "n*ullum crimen, nulla poena sine lege*": 1) toda pena exige uma lei penal (*nulla poena sine lege*); 2) a aplicação de uma pena exige uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*) e 3) o fato cominado e condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).[184]

5.3.2 Determinações do Princípio da Legalidade

Cláudio Brandão (2010, p.57) leciona que o Princípio da Legalidade é a análise da lei penal em sua natureza intrínseca. Destaca que é por intermédio da Princípio da Legalidade que o Estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício do Direito Penal.[185] O Princípio da Legalidade é uma via de mão dupla: possibilita ao Estado criminalizar condutas e cominar penas, no entanto, limita este poder estatal pela exigência da lei. O Princípio da Legalidade, desta maneira equilibra o sistema penal ao trazer para o Estado uma fonte para o *jus puniendi*,

[184] "Contudo, a sistematização dogmática do Princípio da Legalidade não se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Sua fórmula jurídica somente se perfez em 1801, através da obra de Anselm von Feuerbach. Para Feuerbach, toda pena dentro do Estado é consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do Direito, e de uma lei que comine um mal sensível. Daí decorrem os seguintes princípios: primeiro – toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege);* segundo- a imposição de uma pena é condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*); o mal da pena, como consequência necessária, será vinculada à existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). Posteriormente a Feuerbach, as três fórmulas latinas decorrentes do Princípio da Legalidade foram condensadas na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*". (BRANDÃO, 2010, p.37).

[185] "La ley debe ser la única fuente del Derecho Penal. La ley es advertencia y garantía: advertencia de que será penado quien cumpla la conducta que la ley describe, y garantía de que sólo en tales casos el Estado pondrá en funcionamiento el resorte penal. Es ésa la conducta central de la misión de garantía del derecho represivo: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*". (BALESTRA, 1998, p.103).

entretanto, esta mesma fonte é uma garantia de limitação. Somente dentro das determinações desta mesma fonte (lei) o cidadão poderá sofrer limitação no seu direito fundamental à liberdade.

> El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley. Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esta forma, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*). (MUÑOZ CONDE, 2010, p.99).

O Princípio da Legalidade[186] cumpre uma importante função dentro de um Direito Penal democrático. Como salientado, o Princípio da Legalidade imporá uma série de restrições à utilização do *jus puniendi* estatal ao estabelecer uma série de requisitos a serem observados tanto por parte do legislador quanto, também, ao magistrado. Como leciona Muñoz Conde e Garcia Arán (2010, p.100) a lei deverá cumprir um conjunto de requisitos impostos pelo Princípio da Legalidade que podem ser resumidos na necessidade que seja escrita, prévia ao fato que visa criminalizar e que estabeleça com clareza as características do fato punível evitando-se a obscuridade e a analogia. O Princípio da Legalidade, desta maneira, tem aplicabilidade tanto nas determinações previstas na lei penal quanto na sua aplicabilidade. Impõe restrições ao legislador ao estabelecer a taxatividade da descrição do tipo como também determina vedações ao julgador como a analogia *in malam partem*, a retroatividade penal e a criminalização por intermédio dos costumes. Aliás, como salienta Munõz Conde (2010) tais garantias não se encerram com a condenação ao se estender esta garantia da legalidade, inclusive, para a execução da pena.

> Según los distintos momentos sobre los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas contiene, en primer lugar, las denominadas garantía criminal y garantía penal, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio. Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han añadido otras que operan en momentos distintos; concretamente, el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional. Por último, se exige también que la pena impuesta se ejecute con arreglo

[186] "En el campo específico del derecho penal significa exacta descripción de las conductas prohibidas u ordenadas por el Estado, como definición de la conducta socialmente deseada. El principio de legalidad aparece articulado con el principio de la división de poderes, en la medida en que es el órgano de poder legislativo, en representación de la voluntad social, al que, como función fundamental, le corresponde la formulación de leyes através de las cuales establecen la base jurídica del ejercicio del poder, dando curso a la voluntad social deseada." (CAMACHO, 2003, p.104).

> a las disposiciones vigentes en cumplimiento de la garantía de ejecución o principio de legalidad de la ejecución. Se trata, por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarle. (MUÑOZ CONDE, 2010, p.100).

Carlos Fontán Balestra (1998, p.104) destaca que a fonte do Direito Penal é a lei. A lei penal rege-se pelas determinações do princípio fundamental *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. O pensador argentino deriva deste brocardo três considerações de cunho obrigatório: a exclusividade, a irretroatividade e a proibição da analogia. Dentre essas considerações ele, ainda, acrescenta a necessidade de a lei estabelecer limites claros e definidos do que se almeja regular[187]. Nas precisas palavras do autor:

> El principio *nullum crimen sine lege* debe ser considerado en tres aspectos, a saber: el de la exclusividad; el de la irretroactividad; el de la prohibición de la analogía. Por el primero, sólo la ley puede crear delitos; por el segundo, la ley que crea el delito ha de tener vigencia anterior al hecho amenazado con pena; por el tercero, la ley debe prever las acciones punibles con límites claros y definidos, entregando así el instrumento eficaz para evitar la aplicación analógica de la ley. Se impone con ello una peculiar modalidad en la redacción de la ley penal: previsión por medio de tipos autónomos no extensibles. (BALESTRA, 1998, p.104).

Enrique Bacigalupo (1999) vincula o Princípio da Legalidade à ideia de segurança jurídica. A segurança jurídica advém das determinações impostas pelo Princípio da Legalidade que seriam a exigência de lei escrita e prévia ao fato que irá regular. A imposição de uma descrição clara e precisa do comportamento imposto e a vedação da analogia *in malam partem* são outros atributos do Princípio da Legalidade que contribuem para esta ideia de seguridade do cidadão frente ao Estado. “Estas exigencias son consecuencia del principio de legalidad. (..) Gracias a su vigencia se piensa que un ciudadano puede sentirse "seguro" frente a un tribunal de justicia porque éste sólo condenaría si el hecho por él cometido "está" prohibido por una ley anterior a su ejecución bajo amenaza de pena.” (BACIGALUPO, 1999, p.75).

---

[187] Carlos Fontán Balestra (1998) apresenta três funções que serão originadas do Princípio da Legalidade: “La misma disposición constitucional contiene el principio *nulla poena sine lege*, al que pueden fijársele tres funciones distintas: a) *Nulla poena sine lege praevia* (ninguna pena sin ley penal previamente promulgada). Este principio supone la prohibición de la retroactividad de nuevas y más severas leyes penales. b) *Nulla poena sine lege scripta* (ninguna pena sin ley penal escrita). Prohíbe el derecho consuetudinario y su aplicación en el ámbito penal, para la creación o agravación de tipos. c) *Nulla poena sine lege stricta* (ninguna pena sin mandato expreso-textual de la ley). Esta función persigue limitar la aplicación de la ley en la medida en que es rechazada la analogía; también aquí se impone la ley penal que describe y da comunicabilidad a los tipos penales.” (BALESTRA, 1998, p.105). Estas funções serão explicitadas em tópicos subsequentes.

Claus Roxin (1997) em seu livro “Derecho Penal: parte general”, também, destaca quatro[188] desdobramentos do Princípio da Legalidade que seriam limitações impostas ao magistrado e ao legislador, *in verbis*:

> Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (nm. 26 ss.); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas. (ROXIN, 1997, p.140).[189]

Importante um maior detalhamento destes desdobramentos que serão feitos nos subitens a seguir, principalmente a taxatividade que será objeto de discussão quando da análise da Lei dos Crimes Ambientais. (Lei 9.605/98). Busca-se esclarecer o que já foi sucintamente apresentado pelos autores citados como determinações ou funções do Princípio da Legalidade.

5.3.2.1 Exigência de lei prévia

A primeira exigência que se pode constatar do Princípio da Legalidade é a necessidade que a lei aplicável ao caso seja anterior ao mesmo. Traduz-se no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia.* Veda-se com tal determinação a retroatividade da lei penal para atingir condutas realizadas antes de sua vigência. A irretroatividade é uma garantia expressa tanto na

---

[188] Verifica-se, também, em Winfried Hassemer: “El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: lex certa); el legislador y el juiz no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: lex praevia); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: lex scripta) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogia: lex stricta).” (HASSEMER, 2003, p.21 e 22).

[189] Dentro da mesma perspectiva assim se expressa Santiago Mir Puig (2003): “Tales principios pueden desarrollarse en la siguiente trilogía: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*. El principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si aquél no se respetase. La segunda exigencia (*lege scripta*) quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley emanada del Poder Legislativo o asimilada -ley formal, decreto-ley o decreto-legislativo-es la única vía de creación de derecho penal, porque éste debe dictarse por los representantes del pueblo, según el significado político del principio de legalidad más arriba expuesto. Por último, el tercer requisito del aforismo propuesto (*lege stricta*) impone un cierto grado de precisión a la ley penal y excluye la analogía -por lo menos en cuanto perjudique al reo-. La prohibición de la analogía se dirige al juez, por lo que constituye un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley. Su estudio, que requiere cierta prolijidad, se traslada al apartado destinado a la interpretación de la ley penal.” (MIR PUIG, 2003, p.128). Nota-se que o pensador engloba dentro da exigência de lei *stricta* tanto a vedação da analogia *in malam partem* quanto a taxatividade.

Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIX)[190] quanto no Código Penal (art. 1º[191], que apresenta idêntica redação).

> La ley debe ser también (previa) a los hechos que se pretende sancionar, es decir, debe haber sido promulgada con anterioridad a la comisión de tales hechos. Esta exigencia es inseparable del principio de legalidad penal: si debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder perseguirlas, dicha ley debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos. Por ello, la ley penal es irretroactiva y no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor. (MUÑOZ CONDE, 2010, p.107).

Percebe-se que a irretroatividade da lei penal constitui um verdadeiro alicerce para a segurança jurídica. De pouco adianta assegurar-se que somente a lei pode criminalizar condutas e cominar penas se não for assegurado que a lei aplicável ao caso é a do tempo do crime. Se no momento da ação ou da omissão a conduta era considerada lícita, não pode o legislador/magistrado depois criminalizá-la. A regra para a aplicação do Direito Penal é *tempus regit actum*. Caso contrário não existiria segurança jurídica alguma, pois estar-se-ia sempre sujeito a uma criminalização futura. A legalidade é inseparável da anterioridade e ambas se vinculam a segurança jurídica.

> Decisiva es, más bien, la idea de seguridad jurídica. En realidad, hoy la Ley penal no es entendida en el sentido de una "*Magna Charta* del delincuente" (v. Liszt) que debiera garantizar la impunidad al autor del mal si éste supiera cómo zafarse de las redes de la Ley, pero a la vista del juicio de desvalor especialmente oneroso y de las graves consecuencias jurídicas que están anudadas a la condena por un delito, se infringiría el mandato de una Justicia más simple si a un comportamiento ya desarrollado se le quisiera imponer posteriormente una pena. Además, con frecuencia las leyes *ad hoc* de carácter retroactivo se mostrarían excesivamente duras en un enjuiciamiento posterior más distanciado en el tiempo. A ello se añade la idea de que el mandato normativo sólo puede motivar al autor si ya está vigente en el momento de perpetración del hecho. (JESCHECK, 2002, p, 147).

Claus Roxin (1996, p.140) destaca que são possíveis diversas espécies de retroatividades. Cita que um fato que não era punível pode vir a sê-lo por uma legislação. Pode-se, também, agravar uma situação que já era punível com uma sanção de espécie mais grave (um caso que caberia multa ou pena restritiva de direitos ser apenado somente com pena privativa de liberdade). Por fim, pode-e agravar a reprimenda dentro da mesma espécie de pena (um delito com pena máxima de 2 anos passar a ter a pena máxima de 4 anos, por exemplo). Todas essas espécies, como explica o autor alemão, são vedadas, pois a punibilidade não estava declarada e determinada antes do fato realizado. “El legislador y el juez penal no deben asignar fuerza

[190] Artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “XXXIX–não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”. (grifo meu).
[191] Artigo 1º do Código Penal brasileiro: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (grifo meu).

retroactiva a leyes fundamentadoras o agravantes de la pena. Esta prohibición de la retroactividad abarca el si y el cómo de la punibilidad; vale en el total ámbito del derecho penal material, pero no en el derecho procesal penal". (WESSELS, 1980, p.14).

Hans-Heinrich Jescheck (2002, p.148) igualmente relata a proibição da retroatividade de todos os elementos de merecimento de pena do fato incluindo as condições objetivas de punibilidade, assim como a pena e suas consequências acessórias. Destaca, ainda, que também se encontra no âmbito da vedação da retroatividade uma modificação *in malam* parte de uma situação prevista dentro da parte geral do Direito Penal.

> La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible; implica, asimismo, la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave caso de que ya fuera punible. La prohibición de retroactividad se extiende, además, a otras medidas posteriores que puedan empeorar la posición jurídica del autor. (JESCHECK, 2002, p.147).

Zaffaroni, Alagia e Skolar (2002, p.120) destacam, ao analisar o direito argentino, que o Princípio da Irretroatividade tem caráter constitucional. Ao se verificar o direito pátrio observa-se igualmente a imperatividade da anterioridade no texto constitucional de 1988. Salientam que a lei penal aplicável aos fatos somente tem lugar após sua vigência. Desta maneira eliminadas estão todas as chamadas leis *ex post facto*. Os pensadores informam que o escopo da anterioridade é ser uma garantia ao cidadão para impedir de ser apenado por um fato que no momento de sua realização não era ilícito. Ademais, citam, inclusive que esta garantia se estende para qualquer outra modificação legislativa que torne mais gravosa a sanção. Situação diversa, nos termos dos autores, verifica-se em uma retroatividade que porventura fosse benéfica ao infrator que seria então autorizada dentro da lógica do ordenamento jurídico.

> El contenido nodal de este principio aparecen conformado con el principio de la irretroactividad de la ley penal que, en algunos países, y tal es el caso de México, aparece completamentado con la adición importante de que tal irretroactividad sea en perjuicio de la persona. Esto significa que toda ley y, concretamente la ley penal, invariablemente observa su vigencia si el futuro y no hacia el pasado; de aquí deriva la prohibición a que, situaciones acaecidas con anterioridad a la existencia de la ley, puedan ser reguladas a través de una ley creada con posterioridad al hecho de que se trate, situación, está, que generalmente se enuncia como la prohibición a las leyes y los tribunales *ex post facto*. (CAMACHO, 2003, p. 109).

Importante ser dito que a retroatividade benéfica é uma exceção ao Princípio da Irretroatividade penal. Tanto a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XL[192]) quanto o Código

[192] Artigo 5º, XL, da Constituição da República de 1988: "XL–a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."

Penal brasileiro (art. 2º)[193] explicitamente autorizam a sua utilização. Desta maneira, as normas penais que revoguem o crime do ordenamento jurídico (*abolitio criminis*) ou que tragam qualquer outra circunstância que beneficie o autor (*novatio legis in mellius*) retroagem aplicando-se a fatos pretéritos.[194]

A retroatividade da lei mais benéfica guarda consonância com o Princípio da Legalidade. Nota-se que o Princípio da Legalidade é uma garantia do cidadão frente ao *jus puniendi* estatal. Ao se permitir a retroatividade benéfica ao infrator está se ampliando na verdade o seu âmbito de liberdade. Assegura-se ao cidadão, desta maneira, que não seja mais punido por proteção de valores que não mais se justifiquem. Seria um imenso contrassenso manter a sanção (ou não a abrandar) quando o ordenamento jurídico diante do mesmo fato assim o faz. A retroatividade penal da lei mais benéfica é um imperativo da dignidade da pessoa humana e da isonomia.[195]

5.3.2.2 Exigência de lei escrita

Determinação igualmente importante derivada do Princípio da Legalidade é a imposição que somente a lei em seu sentido formal pode criminalizar comportamentos e trazer suas respectivas sanções. Não se adota no Brasil na seara penal o *common law* de raízes inglesas sendo o ordenamento jurídico pátrio de família romano-germânica (*civil law*). Se para outros ramos do ordenamento jurídico o costume exerce importante papel, para o Direito Penal veda-se completamente a utilização desta fonte para criminalização de condutas. Como explica Cláudio

[193] Artigo 2º do Código Penal brasileiro: "Art. 2o Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

[194] "La ley más benigna vigente al tiempo de la decisión, puede ser aplicada en lugar de la ley más severa vigente al tiempo del hecho (§ 2, inc. 2) ; lo mismo que puede el juez prescindir totalmente de la pena, cuando la ley penal ha desaparecido al tiempo de la decisión, excepto en el caso de las llamadas leyes temporarias, que desde un principio han sido promulgadas solamente para una situación de emergencia transitoria (p. ej., prescripciones policiales con motivo de epidemias durante una peste de animales) (§ 2, inc. 3)." (WELZEL, 1956, p.30).

[195] "La rigurosa aplicación de la prohibición de retroactividad encuentra sus fronteras allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad — protección del autor írente a las penas "sobrevenidas"—, se produciría un perjuicio para el sujeto. Toda modificación legal es signo de un cambio valorativo; por la supresión o atenuación de la amenaza penal, manifiesta el legislador una revisión de su concepción primitiva en favor de una más suave. Si se quisiera mantener aquí la prohibición de retroactividad, debería ser castigado el autor sobre la base de una concepción jurídica no profesada ya por el propio legislador. Con el objeto de evitar esta violación de la justicia material, se prevé la obligatoria retroactividad de la ley más benigna. Si, entre el hecho y el juicio, se produce una modificación legal favorable para el autor, deberá aplicarse esta ley más suave. Y sí, al tiempo del juicio, se suprime la pena, deberá dejarse de imponer la sanción punitiva; para ello, no deberá dictarse la absomón, sino el sobreseimiento del proceso." (MAURACH, 1962, p.142 e 143).

Brandão (2010, p.64) a utilização do costume como fonte do Direito Penal ocasionaria uma violação a segurança do Ordenamento Punitivo. Devido à gravidade da violência de sua sanção a reserva legal é mais "severa" no Direito Penal do que nos demais campos jurídicos. Daí se extrai o brocardo: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*. Welzel (1956, p.28) assim dispõe: "Solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena. Con ello no solamente se prohibe toda creación de tipos del derecho consuetudinario, sino que se dispone, también, que toda interpretación de la ley está comprendida dentro de los límites del tipo legal. Es prohibida la ampliación del tipo, a través de la analogía o del derecho consuetudinario."

Como já destacado em diversos pontos deste trabalho, o Princípio da Legalidade tem como corolário a exigência da lei escrita para o seu aperfeiçoamento. Com tal imposição somente a lei que formalmente obedece ao processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988 é apta a produzir efeitos penais. Afasta-se assim como fonte de normas penais incriminadoras os costumes e os precedentes judiciais. Apenas a lei oriunda do Poder Legislativo cumpre este requisito. A exigência de lei em sentido estrito é uma garantia de segurança jurídica ao cidadão e ao mesmo tempo é uma efetivação do Princípio Democrático. Os representantes do povo são os únicos legitimados para legislar em matéria penal.[196]

> En el ordenamiento penal, el derecho consuetudinario, tras la irrupción del pensamiento del Estado de derecho liberal, ha recorrido un camino distinto al seguido en otras ramas del derecho. Su importancia es aquí menor. A la ilimitada aplicabilidad del derecho consuetudinario se opone la función de garantía de la ley 'penal, en tanto el derecho consuetudinario no debe perjudicar al autor ni por creación de nuevos tipos ni por agravación de los existentes: "las puertas de la prisión las abre tan sólo la ley (escrita)". (MAURACH, 1962, p. 100).

Gustavo Malo Camacho (2003) declaradamente estabelece que a tipificação de uma conduta como um crime e a fixação de sua punição são matérias de reserva legal. Não quer dizer que outras fontes do Direito não têm nenhuma aplicabilidade dentro do Direito Penal, mas as normas penais incriminadoras são de fixação exclusiva da lei.[197]

> Delimita el alcance del derecho penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con

[196] A Constituição Federal do Brasil de 1988 determina que a competência para legislar sobre matéria penal é exclusiva da União nos termos do art. 22, I: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I–direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho."

[197] No mesmo sentido se expressa Carlos Creus (1992): "El principio de legalidad importa que las fuentes inmediatas de conocimiento del derecho penal queden reducidas a la ley. Para considerar punible una conducta dada el juez no puede acudir ni a la doctrina, ni a los principios generales del derecho, ni a la costumbre, ni a la jurisprudencia, otorgándoles aquel carácter, aunque, como veremos a continuación, algunas de ellas pueden funcionar como fuentes mediatas o secundarías" (CREUS, 1992, p.57).

> una pena, para el caso de su violación. Da base al contenido esencial del principio de reserva de la ley penal, que significa que no es posible integrar la ley penal con la creación de tipos o de penas. Sólo la ley puede crear y no existe más fuente que la ley penal. Otras fuentes serán útiles para la interpretación de la ley, pero no para su integración normativa, como son los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia o la doctrina. (CAMACHO, 2003, p.107).

Juan Bustos Ramirez e Hernán Hormozábal Malarée (1997, p.81 e 82), igualmente, remetem somente à lei como fonte de produção das normas penais incriminadoras, *in verbis*: "Esta prohibición es una consecuencia del mandato de que la punibilidad de una conducta sólo puede ser establecida por ley. Con esta prohibición no sólo se hace referencia a la exclusión de la costumbre como fuente del derecho penal, sino también de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia, que pueden ser en otros ámbitos jurídicos fuente del derecho."

Apesar de todos estes autores supracitados destacarem que os costumes não podem ser fonte de criminalização, observa-se que os costumes podem ser invocados para não punibilidade de uma conduta. Veda-se os costumes como fonte de punição, mas a "revogação" da norma incriminadora pelos costumes é perfeitamente possível e até desejável. Como leciona Cláudio Brandão (2010, p.65): "Com a norma costumeira não existe nenhuma reprovação social, ao contrário, a norma costumeira é socialmente tida como lícita. Isto posto, o costume pode evitar a tipicidade de uma conduta, pelo consenso social, o qual considera determinada conduta como socialmente adequada."[198]

[198] Claus Roxin não se furta de analisar a questão dos costumes *in bonam partem*: "En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo. No obstante, los resultados de la interpretación de la jurispr., aunque sean favorables para el reo, sólo raramente constituyen Derecho consuetudinario —por las razones indicadas en nm. 47—, por lo que sigue siendo posible una modificación de la jurispr. en sentido más estricto. Pero de todos modos, en casos concretos se puede constatar la existencia de Derecho consuetudinario con efecto eximente. Así, al menos antiguamente se podía reconocer el derecho de corrección del maestro como causa de justificación jurídicoconsuetudinaria (para más detalles al respecto § 17, nm. 38 ss.), y también el "estado de necesidad supralegal" creado por la jurispr. (al respecto § 16, nm. 4 ss.), antes de ser codificado como § 34 en la nueva Parte general, había adquirido fuerza justificante por Derecho consuetudinario, por lo que la jurispr. de la postguerra no hubiera podido dar un giro absoluto y abandonar esa posición. Además, no se puede excluir la posibilidad de que una "usanza" regional firmemente asentada pueda producir una causa de justificación jurídicoconsuetudinaria. Y también ocurre a veces (aunque infrecuentemente!) que caiga en el olvido un precepto penal (casi siempre del Derecho penal especial o del de un Land) y que por su permanente inaplicación finalmente sea derogado (= deje de estar en vigor) por Derecho consuetudinário". (ROXIN, 1997, 161).

5.3.2.3 Vedação do emprego da analogia in malam partem

Ao se analisar as disposições impostas pelo Princípio da Legalidade observa-se que se impõe peculiaridades na interpretação da lei penal que diferem dos demais ramos do ordenamento jurídico. As outras disciplinas jurídicas, quanto a sua aplicação, são regidas pelas determinações impostas pela Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-lei 4.657/41). A legislação penal, por sua vez, tem sua própria lei de introdução (Decreto-Lei 3.914/41) que estabelecerá, conjuntamente com os princípios penais, a suas regras de interpretação e aplicação.

Dentre as regras de integração do Direito, em casos de lacuna legal, a Lei de Introdução ao Direito brasileiro estabelece que o magistrado não pode deixar de julgar o caso. A ausência legislativa será suprida em conformidade com o disposto no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/41: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." Assim, por intermédio destes instrumentos, o juiz tem a possibilidade de "complementar" o ordenamento jurídico diante de um caso concreto. A analogia[199], desta maneira, é um destes meios que consiste em integrar a ausência legal existente por um argumento de semelhança. Aplica-se a solução de um caso para outro que guarde semelhança e, assim, resolve-se a lacuna legislativa.

> En contraste a la interpretación, la analogía abandona sin embargo el marco fijado por el precepto, en tanto somete a la regla jurídica hechos de la vida situados fuera de la misma, siempre que sean semejantes (paralelos), conforme a su sentido, al proceso comprendido en el precepto; por el punto de partida, se distingue entre analogía de derecho y de ley. Al igual que la interpretación, la analogía sirve también al perfeccionamiento y subsistencia del derecho; en principio, resulta pues imprescindible en todas las ramas del ordenamiento. Lo mismo rige en el derecho penal. Pero como la analogía, en sí más variable e insegura que la interpretación, observante del cuadro trazado por el precepto, alberga mayores fuentes de peligro, el derecho penal, en contraste a las restantes ramas del derecho, le reconoce (a la analogía) tan sólo una eficacia unilateralmente limitada.[200] (MAURACH, 1962, p.113).

Já se asseverou, anteriormente, que os costumes não podem ser fonte de criminalização. Por mais que os costumes considerem uma conduta perniciosa e violadora de um bem jurídico se

---

[199] "Recordemos con Manzini que la analogía es el procedimiento que consiste en "asignar regulación jurídica a un caso no regulado ni explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar, objeto de una norma de la ley, fundándose sobre el elemento de semejanza que sirvió dé base al legislador para establecer la norma misma". Sin embargo, esta descripción no es completa, puesto que se considera que también se da analogía cuando el juez crea la norma para el caso no regulado extrayéndola de los principios generales que se deducen del derecho positivo que se aplica." (CREUS, 1992, p.59).

[200] Permitida, somente, *in bonam partem*, ou seja, ao ampliar a esfera de liberdade do indivíduo.

esta não for tipificada em uma lei formal será um indiferente penal. Nota-se que além da vedação dos costumes, o Princípio da Legalidade igualmente não permite o recurso da analogia. Se uma conduta não está tipificada é vedado ao juiz fazer um juízo de tipicidade com base na semelhança. Se o legislador não tipificou a situação é porque esta mesma situação não foi por ele valorada como merecedora de uma pena. Desta maneira, é defeso ao juiz a utilização deste instrumento de integração ao Direito em matéria penal[201]. Permitir a analogia traz a mesma insegurança jurídica da criminalização pelos costumes. Ademais, transfere ao juiz matéria de regulação que é privativa do Poder Legislativo ferindo-se, também, o Princípio democrático.

> A proibição da analogia é uma decorrência do Princípio da Legalidade. Se uma conduta não se amoldar perfeitamente ao modelo abstrato de ação ou omissão que a norma penal descreve, não é possível a aplicação da dita norma. Isso se dá porque em Direito Penal é defeso a aplicação de normas para incriminar condutas semelhantes àquelas típicas. Com efeito, o juiz não pode ocupar o papel do legislador para criar um novo tipo penal ou para agravar a punibilidade dos crimes já previstos no Ordenamento. Daí conclui-se que somente a lei pode determinar o conteúdo da ação digna de uma pena e de sua consequência jurídica, no silêncio da lei não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção. (BRANDÃO, 2010, p.58 e 59).

Gustavo Malo Camacho (2003) destaca que a proibição da analogia consubstancia o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Deste imperativo, também conclui pela impossibilidade da utilização da analogia para incriminar comportamentos ou agravar a situação do infrator.

> Principio de ley estricta *(nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*): No hay delito, no hay pena, sin ley estricta exactamente aplicable al delito de que se trate. El alcance de este principio significa que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforma, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la propia ley penal señala. De entrada implica una delimitación a la integración analógica, en el sentido de que no es posible aplicar por analogía la ley penal. (CAMACHO, 2003, p. 107).

Importante salientar que a vedação à utilização da analogia segue a mesma lógica da vedação dos costumes. O que se proíbe pelo Princípio da Legalidade é a utilização deste

[201] "La prohibición de analogía es, por lo menos a primera vista, un mandato para el juez penal: ninguna condena ni agraváciori de las consecuencias jurídicas sobre la base de la aplicación analógica de la ley. Pero también tiene que ver con la legislación: cuanto más inteligente y claramente este forniulada la ley, tanto rnejc~r pueden (quizá no evitarse, pero por lo menos) seRalarse y corregirse las infracciones contra la prollibición de aplicación analógica de la ley. En la imagen ideal de una justicia penal exitosa, conforme al estado de derecho, legislador v jiiez, lex certa y lex strictu, se dan mutuamente la mano." (HASSEMER, 2003, p.22).

expediente para uma ampliação do *jus puniendi*.[202] A utilização da analogia *in bonam partem* é perfeitamente aceita e, igualmente desejável na seara penal.[203]

5.3.2.4 Exigência de lei certa (taxatividade)

O Princípio da Legalidade somente cumpre sua função de garantia quando observa a taxatividade. Tutela nenhuma há a liberdade do cidadão quando se utiliza tipos penais que não permitem compreender o conteúdo da proibição. É um imperativo ao legislador penal uma descrição clara da conduta imposta ou proibida sob o risco de, assim não se proceder, esvaziar-se o Princípio da Legalidade. A exigência de uma lei formal prévia perde sua significação se não se consegue delimitar o âmbito da proibição, sem estabelecer-se os seus contornos e delimitações de alcance.

> La garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador no es una exigencia meramente formalista —aunque el Tribunal Constitucional la denomine (garantía formal)— sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible. La vaguedad de las definiciones penales, además de privar de contenido material al principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica exigida por el art. 9,3 CE. (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p. 105).[204]

Tipos penais vagos são instrumentos de governos que procuram apenas simbolicamente cumprir a exigência de criminalização por intermédio da lei. Formalmente estabelecem crimes por intermédio da lei, contudo com conteúdo tão amplo e impreciso que dão margem a punição de qualquer comportamento. Um exemplo emblemático de um Direito Penal totalitário que não respeita a taxatividade e, via de consequência, o Princípio da Legalidade foi o adotado na Alemanha hitlerista. Era um Direito Penal de luta marcado por um indeterminismo

---

[202] "Suele distinguirse entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley. La primera está totalmente proscripta, en tanto que la segunda es admisible, siempre que no sea arbitraria. En particular lo es en las causas de justificación, cuando la imponen o admiten los campos jurídicos a que la ley remite." (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.118 e 119.

[203] "Entretanto, a proibição da analogia no Direito Penal não é absoluta. O sentido da Princípio da Legalidade é proteger o homem frente à possibilidade de inflição de uma pena, por isso se proíbe a analogia *in malam partem*, isto é, que prejudica o sujeito, cerceando, fora dos limites da lei, sua liberdade. A analogia *in bonam partem*, isto é, que beneficia o sujeito, é permitida pelo Direito Penal, não se contrapondo aos fins do multirreferido Princípio da Legalidade, porque não tolhe a liberdade humana, mas contribui para estendê-la." (BRANDÃO, 2010, p.60).

[204] Apesar dos autores fazerem remissão a constituição estrangeira (espanhola), a proposição é igualmente cabível frente a legislação brasileira (Constituição Federal de 1988).

que transforma a sociedade "refém" do Estado. Dentro do Direito nacional-socialista a vontade do *Fürer* era a determinação da lei. Como leciona Cláudio Brandão (2010, p.49), "esse direito foi construído com base na doutrina da Escola de Kiel, a qual suprimiu o Princípio da Legalidade para dar lugar a um indeterminado Direito Penal de luta, brotado do sadio sentimento popular".

> La mayoría de los cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendia asegurar jurídicamente. Su descripción en detalle no es precisa en un simple esbozo de la reforma del Derecho penal que sólo pretende destacar los impulsos que han tenido repercusión ulterior. Como ejemplo característico basta mencionar la anulación del principio fundamental en el Estado de Derecho "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" (ningún delito, ninguna pena sin ley, cfr. sobre ello el § 5 de este libro) por la Ley de 28-6-1935. Conforme a ello ya no se podía castigar un hecho solamente cuando había sido declarado punible previamente por la ley (como de nuevo sucede hoy: art. 103 II GG, § 21 StGB), sino también cuando el hecho "merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular". Con ello se abrían las puertas de par en par a la manipulación ideológica del Derecho penal. (ROXIN, 1997, p.120).

Já se disse que a função do Princípio da Legalidade é proporcionar segurança jurídica aos cidadãos frente ao arbítrio estatal. Somente quando o legislador define com clareza o conteúdo da intervenção à liberdade da pessoa concretiza-se esta garantia. "Significa que el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que éstos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad. El principio de legalidad, en definitiva, es una garantía frente a la arbitrariedad estatal." (RAMIREZ; MALARÉE, 1997, p. 81).

Santiago Mir Puig (2003, p.129) destaca que o Princípio da Legalidade não deve ser examinado apenas por sua vertente formal. O pensador relata que são de igual importância as exigências materiais deste multirreferido princípio. Estas exigências determinam que a técnica jurídica deve se lastrear em uma redação mais precisa possível na formulação dos tipos penais[205]. Isto não significa perder o caráter geral da norma (como qualquer norma jurídica deve ter) e cair num casuísmo (que aliás constitui não raro um dos problemas do Direito Penal da atualidade[206]).

---

[205] "Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad. El punto justo es, en ocasiones, tan difícil de establecer que quizá por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta al referirse al principio de taxatividad." (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p.106).

[206] "Por el contrario, éste es un vicio que aqueja con demasiada frecuencia a nuestra legislación penal. Es criticable porque es difícil que la enumeración casuística sea exhaustiva, y a menudo supone el olvido injustificado -e injusto- de supuestos equivalentes a los mencionados por la ley, sin que ello fuese querido por el legislador (lagunas legales)." (MIR PUIG, 2003, p.129).

Evidentemente norma penal não pode perder o seu caráter abstrato, no entanto, o que se critica são os expedientes de cláusulas gerais[207].

> Ésta es la objeción que ha de hacerse al empleo de las llamadas "cláusulas generales" -de que tanto abusa nuestro legislador en el derecho penal "político", que dificultan la precisión de los confines del supuesto de hecho legal y, consiguientemente, la clara delimitación del ámbito de lo punible. De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia formal de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no lo es. Se vulnera, con ello, el aspecto material del principio *nullum crimen sine lege* (*sfricía*). Para evitar al consecuencia, el empleo de la generalización en la redacción legal debe acompañarse de una rigurosa diferenciación de los límites del supuesto de hecho, por medio del destaque de los elementos diferenciales de cada tipo legal a través de conceptos generales específicos. Generalización y diferenciación son, como se ve, los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los principios antinómicos de justicia y seguridad jurídica. (MIR PUIG, 2003, p.129 e 130).

Por sua vez, Enrique Bacigalupo (1999, p.127) leciona que o Princípio da Legalidade admite um certo grau de generalização não sendo este fato considerado por si só um descumprimento das exigências da taxatividade. Assim, um certo nível de generalização é possível sendo vetado, no entanto, disposições legais que se convertam em uma cláusula geral. Desta feita a generalização se torna inadmissível quando não se faculta ao cidadão reconhecer o que se está disciplinado pela norma. O autor cita um exemplo e observa: "El que culpablemente infringe los principios del orden social democrático o socialista o comunista será sancionado". De esta manera, "ni el ciudadano puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar." (BACIGALUPO, 1999, p.127).

Zaffaroni, Alagia e Skolar (2002, p.117) desenvolvem a concepção que a taxatividade somente se opera quando há a máxima precisão possível do legislador na elaboração do tipo penal. Somente a criminalização primária que cumpra esta determinação estará de acordo com a taxatividade exigida pelo Princípio da Legalidade. Isto posto, nota-se que exemplos avultam de violação a este limite estabelecido ao legislador quando, por exemplo, prescinde-se do verbo típico o quando se remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão[208]. Nestas

---

[207] "Las leyes penales deben presentar, respecto de sus tipos penales y consecuencias jurídicas, un mínimo de determinación (principio de determinación). Es cierto que el empleo de "cláusulas generales" y de conceptos que necesitan ser llenados con valores es admisible en la legislación penal, pero el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales deben ser suficientemente reconocibles. Las características de los tipos deben describirse en la ley en forma tan concreta como para que pueda determinarse su sentido y significación mediante la interpretación." (WESSELS, 1980, p.14).

[208] "Efectivamente, el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación. Cuando ello se intenta, se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no

circunstâncias de violação do Princípio da Legalidade pela ausência de taxatividade, os pensadores apresentam duas possibilidades de solução do caso: 1) a declaração de inconstitucionalidade da lei e 2) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa.

Dentre estas duas opções apresentadas, os autores argentinos (2002, p.117) observam que a escolha dentre elas não pode ser arbitrária. Em uma primeira verificação, deve-se optar pela inconstitucionalidade da lei quando a utilização do recurso da máxima taxatividade interpretativa se mostrar por demais artificial. Tal circunstância se apresenta "cuando carece de todo punto de apoyo legal, como también cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible que no responda a un notorio error material de impresión. En estos casos debe preferirse la inconstitucionalidad, porque el otro camino, aunque lo recoja la jurisprudencia, no impide la arbitrariedad selectiva de las agencias ejecutivas". (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.117).

Isto posto, saliente-se que o princípio da máxima taxatividade possível não se coaduna com a utilização do recurso da analogia *in malam partem*.[209] Como explicado anteriormente, a analogia é um processo de integração permitido às matérias que não pertençam a seara penal. O Direito Penal somente autoriza o uso da analogia *in bonam partem*. Ademais para a interpretação do alcance norma, dentro do princípio da máxima taxatividade possível, deve-se optar por uma interpretação restritiva frente outras mais amplas em caso de criminalização ou agravamento de sanção penal. Aplica-se aqui a mesma lógica do *in dubio pro reo*. A adoção de um limite semântico mais amplo somente é deferida em casos excepcionais onde o sentido restrito se mostra ter uma consequência de sentido absurda. Estes critérios servem de orientação para a compreensão do alcance do âmbito da proibição e não podem ser negligenciados sob pena de uma tipificação de caráter autoritário[210]. (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002).

---

agotan todas las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad." (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p.106).

[209] "Si por analogía se entiende completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohibe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohibe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra." (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.118).

[210] "Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Se trata de la misma razón que da origen al principio procesal *in dubio pro reo*, que no es pacíficamente aceptada, pues se afirma que no consiste en una regla interpretativa del derecho penal sino en un criterio procesal de valoración de prueba. Quienes la rechazan sostienen que dentro del límite semántico del texto legal puede elegirse libremente la más amplia, la literal o la restrictiva, o sea que no admiten un principio general. Ese rechazo se basa en una

Instrumento jurídico que provoca grande discussão no ordenamento jurídico é pertinente às normas penais em branco[211], especialmente, as normas penais em branco heterogêneas[212]. Define-se as normas penais em branco como um tipo penal que apresenta o preceito primário incompleto muito embora tenha o preceito secundário estabelecido. “En ellas está determinada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia (la pena) sólo está formulado como prohibición genérica, que deberá ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, o incluso por una orden de la autoridade”. (BALESTRA, 1998, p.105). Este tipo penal, desta maneira, necessita de complementação por outra fonte para que se possa compreender completamente o comportamento vedado pela lei penal. Quando esta fonte que complementa o tipo penal é de mesma hierarquia da norma incriminadora verifica-se uma norma penal em branco em sentido lato ou homogênea. Por sua vez, se a norma penal em branco for complementada por fonte formal distinta da do tipo penal incriminador está-se diante de uma norma penal em branco em sentido estrito ou heterogênea.

> Es el caso en donde la descripción de la conducta típica si bien aparece la ley penal, en donde además, se recoge la pena correspondiente, sin embargo, ese contenido queda sin ser definido o explicado, delegando su integración y su definición concreta a otra autoridad, a otra ley u otro reglamento. El caso más frecuentes se da en los delitos contra la salud, en donde la preferencial a las sustancias implican la presencia de las drogas, estupefacientes con narcóticos prohibidos por la ley penal, frecuentemente se le bajan por su definición a otras leyes (de salud) o incluso, a veces, a los reglamentos

---

distinción que no se justifica -al menos con la extensión de la negativa- porque ambas consecuencias (*in dubio pro reo* e interpretación restrictiva) se desprenden de la excepcionalidad de la criminalización primaria. Sólo en casos muy excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante otra más amplia, esto es, cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridicula o absurda, que la literal más amplia evita (la cosa mueble del art. 162 debe ser entendida en sentido corriente y no civil, porque eso llevaría a dejar impune el hurto de inmuebles por accesión o representación). Este extremo también impone que la interpretación reduzca el ámbito de lo prohibido por debajo del límite semántico mínimo (el concepto de funcionario en el incumplimiento de los deberes, es más limitado que el señalado en el art. 78, para no penar al recolector de residuos que omite retirar los de un vecino). El criterio de interpretación semánticamente más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos capaces de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable”. (ZAFFARONI, ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.119).

[211] “La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc. —por sólo citar los sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa—, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifi ca, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar reformando continuamente ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco”. (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p.38).

[212] “Por otra parte, la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que le sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda ser determinado por una autoridad que, constitucionalmente, no está legitimada para ello.” (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p.39).

> relacionados y, aún, a circular es que, evidentemente implican disposiciones y un rango inferior a la ley, en tanto que no van del poder legislativo. Como es natural, todas estas situaciones generan un serio problema acerca de la constitucionalidad del contenido de estas leyes. (CAMACHO, 2003, p. 193).

Gustavo Malo Camacho (2003, p.193) reconhece que alguns temas devido a sua natureza dificilmente podem ser totalmente abarcados pelos tipos penais fazendo-se necessário sua complementação por remissão a outros textos legais. Isto posto, o pensador reflete que o mais adequado diante de tais circunstâncias, dentro de uma perspectiva de um Direito Penal liberal, é a despenalização destas condutas para que sejam disciplinadas somente por outros ramos do Direito. Se, contudo, seja inevitável a regulação do comportamento pelo Direito Penal, o autor recomenda a imposição de limites para as leis penais em branco:

> Por otra parte, cuando sea necesaria e inevitable su regulación en la ley penal, lo más recomendable es la imposición de límites a las leyes penales en blanco, de manera tal que dentro del tipo penal correspondiente a paristas señaladas las características medulares de la prohibición. Así, dentro de los tipos penales previstos en el libro segundo, del código penal, debe fijarse la materia de la previsión (causaron daño a la salud, matar, etc.) y el límite del contenido de la leyes blanco, debe ser aquél necesario para mantener la autonomía de la materia prohibida que se escribe y no constituirse en un mero complemento de lo establecido por el reglamento, es decir, el núcleo esencial de la materia prohibida, implica el desvalor del acto previsto en el precepto de la norma, es un aspecto que debe quedar precisado la ley, en tanto que el ordenamiento externo u ordenamientos defendió, debe tener como función señalar las características, circunstancias, condiciones, u otras consideraciones de carácter complementario, pero sin entrar en la definición de la conducta típica. (CAMACHO, 2003, p.193 e 194).

Como acima mencionado, o autor estabelece que a lei penal em branco não deve entrar na definição da conduta típica. O desvalor do comportamento proibido da norma é de exclusividade da lei em sentido formal. Desta maneira um limite que não pode ser ultrapassado para a utilização do recurso da norma penal em branco é a descrição da conduta devendo-se, no tocante aos demais elementos do tipo, guardar-se grande parcimônia.

Dentro da doutrina pátria Cézar Roberto Bitencourt (2002) relata que não é permitido ao legislador delegar a um ato administrativo o comportamento vetado ou imposto pela norma incriminadora sob pena de violação do Princípio da Reserva Legal. Ademais, os complementos que porventura se façam a norma penal decorrem da autorização da mesma e nos seus estritos termos. “A validez da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar os seus estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo também é proibido no âmbito das leis penais em branco o recurso a analogia, assim como a interpretação analógica.” (BITENCOURT, 2020, p.456). Verifica-se, assim, que o pensador pátrio, também,

traz ressalvas a utilização deste expediente para a complementação do tipo e por conseguinte a sua taxatividade.

O que se verifica é que dentro do Direito Penal hodierno a abertura da taxatividade do tipo para uma complementação por outros textos legais é vista com reservas. Somente em matérias que exigiam de forma inafastável a utilização do expediente ele pode ser aceito, mas sem nunca adentrar no comportamento proibido que é elemento de determinação inafastável da lei em sentido formal.

Deve-se destacar que a taxatividade, com suas determinações, influi diretamente na construção dos tipos penais e na formação do juízo de tipicidade. Com a tipicidade aquele desvalor da conduta prevista abstratamente se concretiza. A tipicidade compreende o injusto penal que somente não irá ser aperfeiçoar caso exista uma causa de justificação. A tipicidade já tem em si o desvalor vetado pela norma penal. A conduta típica é antinormativa independentemente se justificada ou não. Pode, assim, uma conduta típica não ser antijurídica, mas nunca deixará de ser antinormativa. A tipicidade é o indício da antijuridicidade. Com a tipicidade já se tem o comportamento desvalioso e, nos crimes de resultado, o resultado desvalioso também. Com a realização do fato típico ocorre a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, contudo, o crime pode não se perfazer frente a análise dos elementos da teoria do delito subsequentes. Assim, o tipo penal é a concretização do Princípio da Legalidade. A existência de tipos penais imprecisos e pouco claros prejudica a formação do juízo de tipicidade formal e material. A falta de técnica do legislador na elaboração do tipo penal pode criar uma abertura para criminalizar situações em que o bem jurídico pode nem mesmo ser violado ou colocado em perigo. Desta maneira, a taxatividade do tipo permite um controle sofre a aferição da lesividade abstrata do tipo[213] e, na esfera concreta, impede a tipicidade de condutas que podem não afetar o bem jurídico. Como salienta Hassemer, as informações do tipo determinam o que é relevante para o Direito Penal. Sua imprecisão expande o alcance da norma e trazem insegurança jurídica.

> Las informaciones positivas que ofrece la tipicidad caracterizan el sector del comportamiento humano en el que el Derecho penal es competente, determinando, al mismo tiempo, los intereses humanos y bienes jurídicos que gozan de la protección del Derecho penal: vida, libertad, salud, propiedad, autodeterminación sexual, ejercicio

[213] "En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir: independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, una acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida). El fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivogeneral: Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada)". (ROXIN, 1997, p.218)

> correcto de la función pública, etc., y la forma de lesión de esos bienes jurídicos que el Derecho penal persigue; así, por ejemplo, ataques a la propiedad por sustracción, daño, destrucción o apoderamiento para sí de cosas, pero no la devolución morosa de una cosa prestada. (HASSEMER, 1984, p.262).

Por último, mas nem por isso menos importante, deve-se destacar a importância da taxatividade para a construção dos tipos penais com requisito que possibilita ao cidadão compreender as limitações a sua liberdade. Verifica-se que para a responsabilização penal não se exige do cidadão o conhecimento da letra da lei. O juízo de culpabilidade, como terceiro elemento da teoria jurídica do crime, exige a potencial consciência de ilicitude. Nota-se que a lei é umas das fontes de acesso ao conhecimento do cidadão do caráter proibitivo do fato (fonte por excelência). Apesar da potencial consciência da ilicitude não depender da lei ao poder ser adquirida das mais diversas formas, a lei contribui para a formação do conhecimento do profano. Desta maneira, a lei pouco clara e de limites indefinidos não permite ao cidadão conhecer o aspecto ilícito de seu comportamento prejudicando a consciência da ilicitude e a formação do juízo de culpabilidade. A falta de taxatividade interfere tanto no juízo de tipicidade quanto, também, no juízo de culpabilidade.

6. OS RISCOS AO MEIO AMBIENTE E SUA PROTEÇÃO LEGAL

Almeja-se neste instante tratar das principais questões ambientais passadas e presentes que fizeram surgir a aspiração por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nota-se que, em termos históricos, uma preocupação autônoma com o ambiente é recente. O intuito é trazer considerações sobre a formação e consolidação do Direito Ambiental.

6.1 Os riscos ao meio ambiente

Com relatado no primeiro capítulo do desenvolvimento do presente do trabalho, os riscos presenciados no passado envolviam um número delimitado e pequeno de indivíduos. Os danos ou os perigos a caso existentes eram locais ou no máximo regionais. As repercussões eram limitadas e podiam ser mensuradas no tempo e no espaço.

Os riscos da alta modernidade, por sua vez, são oriundos ou frutos da própria trajetória dos projetos da modernidade. Nos termos de Ulrich Beck (1986) o processo de modernização se torna reflexivo. Nos dizeres de Anthony Giddens (1991) são as consequências da modernidade. A análise dos riscos agora é uma simbiose entre as ciências naturais e humanas. O risco auferível no pretérito com certa facilidade por qualquer um, passa por uma transformação. São riscos de grande magnitude, invisíveis, indivisíveis, transfronteiriços e transgeracionais. Desta maneira, não é mais suficiente averiguar apenas a probabilidade de ocorrência do dano, mas, existem situações limite onde a mínima possibilidade já gera um perigo muito grande. Percebe-se, nitidamente, tal situação ao se observar, por exemplo, a questão da energia nuclear.

Assim, no pós-industrialismo os riscos assumiram outras formas peculiares que se destacam do que ocorrera outrora. As atividades humanas são agora as principais fontes dos riscos civilizatórios. Antes se temia os terremotos ou os tsunamis. A erupção de um vulcão era uma das maiores calamidades ambientais. No tempo presente, soma-se a estas questões, as atividades humanas cujas às repercussões tem igualmente grande impacto. Acidentes como vazamentos de usinas nucleares, naufrágios de grandes navios petroleiros, rompimento de barragens de mineradoras, dentre outros, possuem caráter devassador de igual ou maior medida que as grandes catástrofes naturais do pretérito.

> A crise ecológica (ökologischen Krise) que vivenciamos hoje é resultado das "pegadas" deixadas pelo ser humano na sua passagem pela Terra. Não há margem para "dúvidas" a

> respeito de "quem" é o responsável pelo esgotamento e degradação dos recursos naturais e, consequentemente, pelo comprometimento da qualidade, da segurança e do equilíbrio ecológicos. Por mais que alguns Estados-Nação (e seus cidadãos) possuam maior parcela de responsabilidade por tal "estado de coisas", especialmente em razão do seu padrão de desenvolvimento e, consequentemente, grande consumo de recursos naturais e altos níveis de degradação ambiental, todos nós, em maior ou menor escala, participamos do processo de destruição. Não há outro responsável que não o ser humano para a crise ambiental. (SARLET, 2014, p.38).

Dentre estes novos riscos da sociedade da modernidade tardia destaca-se os riscos ambientais. O meio ambiente suportou as atividades humanas por toda a história e neste instante encontra-se em um processo de ampla degradação. Os problemas ambientais deixaram de ser temas de discussão de um grupo seleto de intelectuais para constituir a pauta de discussão do dia a dia do cidadão comum. A questão ambiental deixou de ser um tema de poucos e limitados grupos para ganhar espaço nas grandes discussões nacionais e internacionais.

> Basta con abrir cualquier periódico en cualquier momento para confirmar, con triste certeza, que el ser humano está afanado en destruir, de modo irreversible, su medio ambiente. El llamado pacto de las generaciones, o la idea de que un aprovechamiento sustentable del medio ambiente no debe ir en desmedro de las futuras generaciones, suena bien, pero nada tiene que ver con la praxis. Hoy en día uno sólo especula acerca de cuándo quedará sin hielo el Polo Norte. Que esto es ya algo imposible de evitar lo desconocen únicamente los optimistas ingenuos, o intentan ocultarlo industrias carentes de escrúpulos. (HEFENDEHL, 2008, p.2).

Constata-se, desta maneira, pelo relatado, que a preocupação com o equilíbrio ambiental é recente levando-se em consideração a história do homem na Terra[214]. Não que em tempos passados não existissem preocupações com os recursos ambientais ou com os acidentes naturais, contudo o escopo das preocupações e da tutela era de cunho particular e de natureza exclusivamente patrimonial. Observa-se, no entanto, que apesar de ser uma constatação recente os riscos atuais têm um nascedouro um pouco mais antigo.

Percebe-se que as relações da humanidade com o ambiente, principalmente após a Revolução Industrial, modificaram-se enormemente. Os avanços científicos e tecnológicos pós século XVIII possibilitaram a mudança da relação do homem frente à natureza: de dominado a dominante. Observa-se, no entanto, que esta nova situação não trouxe, como era esperado, uma relação harmoniosa com o meio. A "promessa" do Iluminismo de um evolucionismo científico e tecnológico não se cumpriu. As certezas das ciências (física de Newton) como verdade

[214]"A nova dimensão do risco passou a ser objeto de atenção e preocupação a partir da década de 80 do século passado, quando da ocorrência de tragédias em grande escala, decorrentes do manejo inadequado de novas tecnologias como, por exemplo, a morte ou contaminação de milhares de pessoas em Bhopal (Índia, 1984), por produtos químicos emitidos por problemas ocorridos na fábrica da Union Carbide, ou devido à explosão da usina nuclear em Chernobyl (Ucrânia, 1986)." (BOTTINI, 2007, p. 38).

reveladora constituiu-se numa falácia diante da teoria da relatividade de Albert Einstein. Apesar disso, não há como não destacar, que a Revolução Industrial realmente foi marco divisor nas relações do ser humano com o meio ambiente diante dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos.

> A Revolução Industrial é o marco desencadeador de uma série de mudanças nos padrões dos processos de produção e de consumo. Essas transformações resultaram em mudanças profundas e aceleradas nas mais diversas áreas da ciência, impactando significativamente na história das relações humanas. Este novo paradigma melhorou a vida de milhões de indivíduos, aumentou a riqueza e o bem-estar de algumas sociedades e se tornou sinônimo de progresso. Por outro lado, foi a partir da Revolução Industrial que a relação entre a sociedade humana e o meio ambiente deixou de ser harmônica para expor conflitos cada vez mais recorrentes e catastróficos. A relação de causalidade entre as atividades humanas e a degradação ambiental passou a ser revelada e exposta com ênfase e crescente grau de certeza pela ciência. (SAMPAIO, 2012, p.1)

O século passado foi pródigo em problemas ambientais provenientes desse novo paradigma e este, ainda no seu início, não tem demonstrado ser diferente. Verificam-se diversos danos ambientais que exigem a atenção e o cuidado de toda a coletividade e do Estado, a fim de que seja preservado o futuro de outras gerações. O compromisso transgeracional exige uma modificação das relações do homem com o seu meio.

> Desde la segunda mitad del siglo XX nos hemos enfrentado a una inédita paradoja: la sociedad humana es capaz, afectando a su entorno natural, de autodestruirse. Paradójicamente, los avances científicos y tecnológicos nos han permitido aumentar la población mundial y, en forma importante, su calidad promedio de vida. Sin embargo, las consecuencias no esperadas de las condiciones que lo han hecho posible nos enfrentan a la posibilidadde desaparecer y, en lo inmediato, a la incertidumbre y al desencantamiento de estos progresos. Todo lo anterior enmarca uma desconfianza en las capacidades efectivamente disponibles para resolver los problemas del siglo XXI sólo con más tecnología y avances científicos. Acompaña este desencantamiento la ausência de proyectos globales que permitan modificar nuestra forma de relacionarnos con el entorno ecológico. (CATHALIFAUD; GÓMEZ, 2010, p. 27).

Neste sentido Édis Milaré (2016, p.13): “De outro lado, o processo de desenvolvimento dos países se realiza, basicamente, à custa dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala desconhecidos.” O autor destaca que lixo atômico e os outros dejetos quer sejam orgânicos quer químicos são os grandes responsáveis pela destruição da paisagem natural. Ademais, o lençol freático se contamina, a água escasseia, a floresta é desmatada. Abrevia-se com tais atitudes os anos que o homem têm de existência sobre a Terra. “Do ponto de vista ambiental o planeta chegou quase ao ponto do não retorno”. (MILARÉ, 2016, p.13).

> A evolução do homem foi longa até atingir uma consciência plena e completa da necessidade da preservação do meio ambiente (fase holística). Não só por causa das

> ameaças que vem sofrendo nosso planeta, mas também pela necessidade de preservar os recursos naturais para as futuras gerações. Vê-se, constantemente, pelos meios de comunicação, a contaminação do meio ambiente por resíduos nucleares, pela disposição de lixos químicos, domésticos, industriais e hospitalares de forma inadequada, pelas queimadas, pelo desperdício dos recursos naturais não renováveis, pelo efeito estufa, pelo desmatamento indiscriminado, pela contaminação dos rios, pela degradação do solo mediante a mineração, pela utilização de agrotóxicos, pela má distribuição de renda, pela acelerada industrialização, pela crescente urbanização, pela caça e pesca predatórias etc. Por conta dessas agressões, o meio ambiente vem sofrendo as seguintes consequências: a contaminação do lençol freático, a escassez da água, a diminuição da área florestal, a multiplicação dos desertos, as profundas alterações do clima no planeta, a destruição da camada de ozônio, a poluição do ar, a proliferação de doenças (anencefalia, leucopenia, asbestose, silicose, saturnismo etc.), a intoxicação pelo uso de agrotóxicos e mercúrio, a contaminação de alimentos, a devastação dos campos, a desumanização das cidades, a degradação do patrimônio genético, as chuvas ácidas, o deslizamento de morros, a queda da qualidade de vida urbana e rural etc. (SIRVINSKAS,2018, p.73).

A primeira questão que pode ser levantada[215], dentre estes problemas ambientais, diz respeito ao enorme aumento populacional enfrentado nas últimas décadas. Hoje, calcula-se que a população do planeta ultrapasse o número de sete bilhões de pessoas[216]. No Brasil, o número de habitantes também preocupa sendo de mais de duzentos e oito milhões de brasileiros[217]. Esse gigantesco contingente populacional traz uma enorme pressão sobre todos os recursos naturais[218], pois a lógica mais elementar constata que quanto maior o número de indivíduos, maiores são as necessidades de recursos para o atendimento de suas carências mais básicas por mais que haja avanços para o aumento da produção.

---

[215] "A questão do crescimento populacional tem sido presente no debate ecológico desde a sua concepção moderna, inaugurada, no âmbito internacional, pela Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972. É do mesmo ano o famoso relatório do Clube de Roma, intitulado Os limites do crescimento. O estudo em questão, divulgado em 1972, foi elaborado por uma equipe de pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), chefiada pela renomada pesquisadora e biofísica Donella Meadows (1941-2001). O relatório, por sua vez, tratava de problemas cruciais para o futuro da humanidade, tais como energia, poluição, saneamento, saúde, ambiente, tecnologia e crescimento populacional. E, de acordo com as conclusões apresentadas, o Planeta Terra não suportaria o crescimento populacional devido à pressão gerada sobre os recursos naturais e energéticos e ao aumento da poluição. Em outras palavras, em vista da credibilidade científica do estudo em questão, o relatório despertou a atenção mundial para um novo problema trazido pelo processo civilizatório, ou seja, a degradação ambiental. A relação entre o crescimento populacional e o esgotamento dos recursos naturais apontado pelo Relatório do Clube de Roma, bem como o aumento da poluição ambiental, foi crucial para alertar para a crise ecológica que estava por vir." (SARLET, 2014, p.60).

[216] Nos termos do site ONU NEWS, ainda em 2017 a população mundial já constava com 7,6 bilhões de habitantes aumentando em um ritmo de 83 milhões por ano. Fonte: https://news.un.org/pt/story/2017/06/1589091-populacao-mundial-atingiu-76-bilhoes-de-habitantes. acesso: 13 de nov de 2020.

[217] Fonte: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php acesso: 13 de nov. de 2020.

[218] (...) tomamos conciencia de la fragilidad del planeta y de todo lo que en él se sostiene. La escala mundial nos enfrentaría con los límites de um planeta incapaz de universalizar los niveles de vida alcanzados em las naciones prósperas sin afectarse globalmente, donde los nuevos peligros no quedan retenidos por distancias, océanos, aduanas o controles fronterizos, ni tampoco resultan controlables debido a la ignorancia de los límites, del espejismo de la existencia de recursos inagotables o del descubrimiento de nuevos mundos. (CATHALIFAUD; GÓMEZ, 2010, p. 30).

> Existem hoje cerca de seis bilhões de pessoas no planeta, exercendo considerável pressão sobre os recursos ambientais. Com efeito, o consumo de combustíveis fósseis aumentou quatro vezes no mesmo período, assim como a produção de bens manufaturados. Por outro lado, em razão do processo de desertificação, aproximadamente sete milhões de hectares de terrenos agricultu ráveis são perdidos a cada ano, o que significa uma diminuição considerável na capacidade de se produzir alimentos. Da mesma forma, a atividade pesqueira vem dando sinais de exaustão, com 70% das diferentes espécies fornecedoras de pescado em declínio ou sendo pescadas no limite da capacidade de produção. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 5).

Com as Revoluções Industriais (primeira e segunda), que vieram à tona durante o século XVIII e no decorrer do século XIX e XX, houve não somente um acréscimo populacional, mas também uma convergência para os grandes centros urbanos[219]. O desenvolvimento tecnológico/científico ampliou enormemente a expectativa de vida e, ainda, provocou um deslocamento do homem do campo para a cidade pelos mais diversos motivos. Não mais se necessitava de tanta mão-de-obra nas áreas rurais (mecanização) e, concomitantemente, buscava-se (e busca-se) nas cidades maiores oportunidades.

> A Revolução Industrial veio à tona durante o século XVIII e daí em diante não só houve um acréscimo populacional, mas também uma convergência para os grandes centros urbanos. O desenvolvimento tecnológico daí advindo trouxe a erradicação de algumas epidemias, a cura de doenças, a descoberta de mecanismos de prolongamento da vida humana, alargando as fronteiras do conhecimento, e proporcionou uma explosão demográfica sem parâmetros na história. Isso fez com que o homem tivesse um domínio quase ilimitado da natureza, o que resultou na chegada de um problema chamado degradação ambiental. (TRENNEPOHL, 2020, p.27 e 28).

Corroborando tal situação, o relatório Planeta Vivo da WWF (World Wildlife Fund) de 2016 traz um dado assustador sobre a pegada ecológica[220] que merece ser reproduzida, uma vez que a humanidade vem fazendo há tempos um "saque a descoberto" dos recursos ambientais:

> Desde que ultrapassou os limites globais e entrou "no vermelho" em 1971, a demanda da humanidade pela capacidade regenerativa do planeta tem constantemente aumentado. Mantido o rumo normal das causas subjacentes do consumo de recursos e supondo que a população atual e as tendências de renda se mantenham constantes, a demanda humana pela capacidade regenerativa do planeta é projetada para continuar crescendo

[219] "Nesse contexto, vale frisar a crescente concentração e migração de pessoas para as áreas urbanas, de modo que, em 2011, mais da metade da população mundial, ou seja, mais de 3 bilhões e quinhentos milhões de pessoas, já sediavam as suas vidas em cidades, representando um aumento de 45% em relação à situação verificada no ano de 1992. A título de exemplo, podemos citar a Cidade de São Paulo, que, de acordo com dados do GEO 5, é a terceira cidade mais populosa do mundo, com pouco mais de 20 milhões de habitantes, estando atrás apenas de Tóquio, no Japão, com mais de 36 milhões de habitantes e Déli, na Índia, com mais de 22 milhões. Tal concentração de pessoas residindo numa mesma cidade ou na mesma região metropolitana, na grande maioria das vezes desprovida do devido planejamento, potencializa a ocorrência de danos ambientais. Para ilustrar os problemas ambientais recorrentes nos grandes centros urbanos, como ocorre em São Paulo de forma bastante grave, podemos destacar a poluição atmosférica e a geração de resíduos sólidos, comprometendo de forma significativa o bem-estar e a qualidade de vida individual e coletiva nas cidades." (SARLET, 2014, p.62).

[220] Quantidade de terra e água necessárias para prover as gerações atuais, levando-se em consideração todos os recursos materiais e energéticos, gastos por uma determinada população.

> regularmente e exceder em 75% essa capacidade até 2020. Uma mudança proposital desse rumo exigirá mudanças consideráveis de tecnologia, infraestrutura e comportamento, a fim de suportar uma produção e um estilo de vida que sejam menos intensivos em recursos (2016, p.83).[221]

Luís Paulo Sirvinskas (2018, p.71) relata que este conceito de "pegada e ecológica" foi uma criação de William Rees e Mathis Wackernagel, pesquisadores da universidade canadense de British Columbia, em 1990. Este termo expressa um relação entre o consumo realizado pelo homem de recursos naturais e à capacidade de regeneração do planeta Terra. Luís Paulo Sirvinskas (2018) apresenta dados alarmantes sobre a pegada ecológica que acabam por condenar a vida na Terra se nada for remediado.

> Se a escalada continuar no mesmo patamar atual, em 2030, com uma população planetária estimada em 8,3 bilhões de pessoas, serão necessárias duas Terras para satisfazê-la. A Terra possui aproximadamente 13,4 bilhões de hectares globais (gha) de terra e água, biologicamente produtivas. E, segundo dados de 2010 da Global Footprint Network, a pegada ecológica da humanidade atingiu a marca de 2,7 hectares globais (gha) por pessoa em 2007, para uma população mundial de 6,7 bilhões de habitantes na mesma data (segundo a ONU). Isso significa que, para sustentar essa população, seriam necessários 18,1 bilhões de gha. Ou seja, já ultrapassamos a capacidade de regeneração do planeta. Para mantermos o consumo médio atual, com a pegada ecológica de 2,7 gha, a população mundial sustentável seria de, no máximo, 5 bilhões de habitantes. A pegada do continente africano é de 1,4 hectare global per capita, do asiático 1,8 do europeu 4,7 do latino-americano 2,6 dos EUA e Canadá, 7,9 da Oceania, 5,4 e do mundial, 2,7. Assim, se a população mundial adotasse o consumo médio do continente africano, a população poderia atingir 9,6 bilhões de pessoas, mas, caso adotasse o dos EUA e Canadá, poderia atingir 2,5 bilhões e 1,7 bilhão de habitantes, respectivamente. (SIRVINSKAS, 2018, p.71).

Como se não fosse suficiente o simples aumento da quantidade de habitantes a um nível nunca observado na história, verifica-se que o estilo de vida adotado é marcado por um desejo de consumo conspícuo[222]. A sociedade capitalista almeja um aumento do consumo e, consequentemente, um crescimento do lucro[223]. Observa-se, assim, sem muitas dificuldades, o fenômeno do consumismo. Importante ser dito que consumo e consumismo não são termos que

---

[221] Fonte: http://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/lpr_2016_portugues_v4_otimizado.pdf acesso em: 14 de ago. de 2020.

[222] "O crescimento industrial e populacional passa a trazer problemas cada vez mais graves, diminuindo a qualidade de vida do cidadão e colocando em xeque o modelo econômico que vivenciamos. O conforto humano proporcionado pelo consumo de recursos ambientais, cada vez mais escassos, pode colocar em risco a atual e a futura geração. É o preço que a sociedade deve pagar. É o risco que assumimos para sustentar o nosso consumo exagerado e infinito". (SIRVINSKAS, 2018, p.91).

[223] "Ademais, para a manutenção da produção massiva a custos baixos e com a garantia de um alto nível de emprego, é preciso estimular a necessidade individual. Necessidade individual possui um componente subjetivo alimentado pela criação de necessidades infindáveis - por meio de métodos sistemáticos como pesquisa de mercado e publicidade criando uma "sedução secreta" - para um consumo contínuo e consequente incremento da produção econômica. Cada vez fica mais distante alcançar uma satisfação plena, ou seja, um bem-estar material." (DERANI, 2008, p.118).

se identificam, não são sinônimos apesar da semelhança e a sua utilização comum no cotidiano. O consumo procura satisfazer com bens e serviços as carências das pessoas. Não há como sobreviver sem consumo. Todos invariavelmente consomem produtos e serviços básicos vinculados à alimentação, à moradia, ao estudo, à locomoção, ao trabalho, ao lazer etc. O que se percebe no tempo presente não se confunde com o mero consumo e, sim, distorções no mesmo, ocasionados pela própria lógica do sistema capitalista, onde os indivíduos são levados/induzidos a um consumo desmoderado e supérfluo[224]. O consumismo, outrossim, é uma das centrais molas propulsoras dos problemas ambientais, por exigir um padrão de vida que visivelmente não pode ser realizado diante da insuficiência dos recursos naturais.

> Existe, obviamente, uma diferença abissal entre consumo e consumismo, como existe entre o necessário indispensável e o supérfluo perdulário, entre a dignidade e a vaidade. (...) As distorções, em diferentes graus e modalidades, têm gerado sérios problemas até chegar ao consumismo, que consiste numa mentalidade arraigada e em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista, impedindo-se de fazer sequer a menor autocrítica. Por isso, essa forma de degeneração deve ser analisada sob os pontos de vista cultural, social, econômico e psicológico. O consumista é uma espécie de pessoa mistificada, iludida, autoiludida. Somados, os milhões e milhões de consumistas existentes na população mundial representam uma ameaça global para o meio ambiente, tanto mais que essa mesma população cresce a taxas ainda assustadoras, sobretudo em países pobres ou em vias de desenvolvimento. (MILARÉ, 2016, p.45 e 46).

Como conclui Cristiane Derani (2008, p.111), pode-se verificar que entre economia e ecologia um antagonismo, um choque entre suas premissas[225]. Ao se analisar a ecologia nota-se que esta se assenta numa descrição vinculada ao tempo e espaço, ou seja, os processos de captação e transformação dos recursos naturais tem como base um conjunto finito. A economia, por sua vez, ignora ou "não quer perceber" a finitude dos processos de transformação da matéria-prima. Nos termos exatos da autora: "A economia, ou melhor, o modo de produção moderno, não leva em consideração tempo e espaço, tomando os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, justificando a necessidade de um contínuo crescimento, que se revela por uma geração constante de valor-início e finalidade de toda a produção." (DERANI, 2008, p.111). Esta falta de percepção acaba por eclodir numa crise de paradigmas de consequências nefastas para o

---

[224] O consumo supérfluo não é uma novidade na história, contudo o seu aumento vertical (mais produtos disponíveis) e horizontal (aumento de número de pessoas) sim.

[225] Paulo de Bessa Antunes faz observação semelhante: "A economia e ecologia têm muita coisa em comum, pois têm origem na palavra *oikos*, casa. No entanto, tal relação óbvia não tem tido aceitação entre as partes envolvidas, existindo sempre a irreal dicotomia entre "desenvolvimento e meio ambiente". Fato é que as relações entre economia e ecologia têm sido muito tensas e, especialmente no Direito Ambiental, elas não têm tido a atenção que merecem". (ANTUNES, 2010, p.12).

equilíbrio ambiental ao comprometer os recursos do presente e das gerações vindouras. A necessidade sempre constante de recursos impostos pela economia não se faz acompanhar pela capacidade ecológica como já se percebe, claramente, nos tempos atuais.

> Este impasse coloca-nos o desafio da coordenação das práticas individuais com os interesses coletivos. É por isso que a questão da apropriação dos recursos naturais tem a vocação de chamar à revisão das clássicas dicotomias (público-privado, estado-sociedade, economia-ecologia), que, na verdade, sempre se constituíram como revelações alternadas do todo indissociável. É imperioso ao jurista empreender a tarefa nada fácil de iluminar o público no privado, o privado no público, a sociedade no Estado e o Estado na sociedade, a economia na ecologia, a ecologia na economia. Um caminho que me parece evidente é pela prática jurídica voltada à coordenação dessas manifestações, antes representadas de maneira segmentada. (DERANI, 2008, p.102).

Além do consumismo, nota-se, sem a necessidade de maiores aprofundamentos, que a sociedade, especialmente a ocidental, é marcada pela cultura do desperdício. A publicidade amplia e cria, a todo instante, carências injustificáveis de substituições. Os bens têm duração limitada e, o que é mais grave, são criadas necessidades efêmeras e supérfluas. A todo instante são "atualizados" os produtos criando uma espiral de consumo viciante. Cite-se, por exemplo, o caso do transtorno da oneomania que, nos termos da Revista Exame, atingiu de 2% a 8% dos habitantes do planeta[226].

A demanda por cada vez mais produtos e serviços, necessários ou não, ainda traz como correlatos o problema dos resíduos. Nos termos do site Nações Unidas no Brasil, ainda em 2017, a quantidade diária de resíduos sólidos urbanos nos países da América Latina e do Caribe alcançou a marca de 540 mil toneladas, e a previsão é de que, até 2050, o lixo gerado na região alcançará 671 mil toneladas por dia[227] (2016, p.14). No Brasil, de acordo com o Panorama dos Resíduos Sólidos do Brasil, publicado pela ABRELPE (Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos), somente em 2016, foi gerada mais de setenta e oito milhões toneladas de resíduos sólidos[228]. A produção em massa de lixo é um problema ambiental grave frente às dificuldades para sua devida disposição, ou seja, a sua reciclagem ou descarte seguro.

> Os índices de disposição final de RSU apresentaram retrocesso no encaminhamento ambientalmente adequado dos RSU coletados, passando a 58,4% do montante anual disposto em aterros sanitários. As unidades inadequadas como lixões e aterros controlados ainda estão presentes em todas as regiões do país e receberam mais de 81

[226]Fonte: https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-saber-se-o-seu-consumismo-virou-doenca-a-oneomania/ acesso em: 14 de ago. de 2020.
[227] Fonte: https://nacoesunidas.org/onu-america-latina-e-caribe-despejam-30-de-seu-lixo-em-locais-inadequados/# acesso em: 14 de ago. de 2020.
[228] Fonte: http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf acesso em: 14 de ago. de 2020.

> mil toneladas de resíduos por dia, com elevado potencial de poluição ambiental e impactos negativos na saúde (ABRELPE, 2016, p.18).[229]

A utilização conspícua dos recursos naturais para satisfazer as necessidades exponenciais humanas[230] conjugado com o desprezo pelos cuidados necessários para a não degradação ambiental trouxe dois problemas sérios que, devido a sua importância, merecem ser destacados: a depleção da camada de ozônio[231] e o aumento do efeito estufa.[232]

O emprego por décadas na indústria do CFC (gás cloro-flúor-carbono), sem nenhum controle ou restrição, provocou o denominado buraco na camada de ozônio. A depleção na camada de ozónio é percebida desde a década de setenta do século passado. Em números mais atuais, calcula-se que a deterioração da camada de ozônio é de 28,3 milhões de quilômetros quadrados. Uma comparação interessante é feita por Romeu Thomé (2015): o tamanho do esgarçamento da camada de ozônio é de três vezes o território do Brasil. Responsável por evitar/filtrar a incidência dos raios ultravioletas provindos do sol, a camada de ozônio exerce papel fundamental para a existência da vida na terra. Com a sua diminuição, a probabilidade de queimaduras e câncer de pele aumenta demasiadamente. (SILVA, 2015)

---

[229] Fonte: http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf acesso em: 14 de ago. de 2020.

[230] "A exploração desordenada ou descontrolada de recursos ambientais tem gerado conflitos de diversas ordens ambientais. Conflitos de ordem econômica na medida em que a exploração desordenada ou descontrolada de determinado recurso ambiental pode gerar seu exaurimento, ou a impossibilidade de reprodução de outro, dele dependente, na medida em que os recursos ambientais se relacionam em cadeia. [...] Do ponto de vista social, conflitos surgem em razão da deterioração da qualidade de vida. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 29).

[231] O Instituto WWF do Brasil, no tocante à depleção da camada de ozônio, explica o funcionamento da interação entre os CFCs e a camada de ozônio: "Depois de liberados no ar, os CFCs (usados como propelentes em aerossóis, como isolantes em equipamentos de refrigeração e para produzir materiais plásticos) levam cerca de oito anos para chegar à estratosfera onde, atingidos pela radiação ultravioleta, se desintegram e liberam cloro. Por sua vez, o cloro reage com o ozônio que, consequentemente, é transformado em oxigênio (O2). O problema é que o oxigênio não é capaz de proteger o planeta dos raios ultravioleta. Uma única molécula de CFC pode destruir 100 mil moléculas de ozônio A quebra dos gases CFCs é danosa ao processo natural de formação do ozônio. Quando um desses gases (CFCl3) se fragmenta, um átomo de cloro é liberado e reage com o ozônio. O resultado é a formação de uma molécula de oxigênio e de uma molécula de monóxido de cloro. Mais tarde, depois de uma série de reações, um outro átomo de cloro será liberado e voltará a novamente desencadear a destruição do ozônio." Fonte: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/camada_ozonio/ acesso: 26 de outubro de 2020.

[232] O Instituto WWF-Brasil, assim, explica o efeito estufa e suas consequências para o planeta: "O Efeito estufa corresponde a uma camada de gases que cobre a superfície da terra, essa camada composta principalmente por gás carbônico (CO^2), metano (CH4), N^2O (óxido nitroso) e vapor d'água, é um fenômeno natural fundamental para manutenção da vida na Terra, pois sem ela o planeta poderia se tornar muito frio, inviabilizando a sobrevivência de diversas espécies. Normalmente parte da radiação solar que chega ao nosso planeta é refletida e retorna diretamente para o espaço, outra parte é absorvida pelos oceanos e pela superfície terrestre e uma parte é retida por esta camada de gases que causa o chamado efeito estufa. O problema não é o fenômeno natural, mas o agravamento dele. Como muitas atividades humanas emitem uma grande quantidade de gases formadores do efeito estufa (GEEs), esta camada tem ficado cada vez mais espessa, retendo mais calor na Terra, aumentando a temperatura da atmosfera terrestre e dos oceanos e ocasionando o aquecimento global." Fonte: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas2/ acesso 26 de outubro de 2020.

Conforme a página da WWF do Brasil as evidências sobre a depleção da camada de ozônio remontam aos anos 70 do século XX. As partes mais afetadas pela utilização indiscriminada de substâncias químicas (principalmente CFCs) são as regiões polares. O Instituto, ainda, salienta que estas mesmas substâncias, ainda, contribuem para o aumento do efeito estufa no planeta.

> Há evidências científicas de que substâncias fabricadas pelo homem estão destruindo a camada de ozônio. Em 1977, cientistas britânicos detectaram pela primeira vez a existência de um buraco na camada de ozônio sobre a Antártida. Desde então, têm se acumulado registros de que a camada está se tornando mais fina em várias partes do mundo, especialmente nas regiões próximas do Polo Sul e, recentemente, do Polo Norte. Diversas substâncias químicas acabam destruindo o ozônio quando reagem com ele. Tais substâncias contribuem também para o aquecimento do planeta, conhecido como efeito estufa. A lista negra dos produtos danosos à camada de ozônio inclui os óxidos nítricos e nitrosos expelidos pelos exaustores dos veículos e o CO2 produzido pela queima de combustíveis fósseis, como o carvão e o petróleo. Mas, em termos de efeitos destrutivos sobre a camada de ozônio, nada se compara ao grupo de gases chamado clorofluorcarbonos, os CFCs.[233]

O efeito estufa é outra consequência também provocada pelo uso indiscriminado e equivocado dos recursos naturais. O efeito estufa tem um papel importante e benéfico para a humanidade que é manter a temperatura terrestre na casa dos trinta graus *celsius*. Contudo, o seu aumento tem potencial extremamente catastrófico. A elevação da temperatura global ocasionada pela emissão constante de gases produtores do efeito estufa (dióxido de carbono, metano e óxido nitroso) traz como resultado o derretimento das calotas polares e, consequentemente, o aumento do nível do mar, a modificação das correntes marítimas e o aumento do processo de desertificação. Cidades litorâneas inteiras e ilhas menores correm risco de desaparecer. O aumento da temperatura global é de consequência incalculável.[234] O Instituto WWF traz um importante observação neste tocante:

> São várias as consequências do aquecimento global e algumas delas já podem ser sentidas em diferentes partes do planeta. Os cientistas já observam que o aumento da temperatura média do planeta tem elevado o nível do mar devido ao derretimento das calotas polares, podendo ocasionar o desaparecimento de ilhas e cidades litorâneas densamente povoadas. E há previsão de uma frequência maior de eventos extremos climáticos (tempestades tropicais, inundações, ondas de calor, seca, nevascas, furacões, tornados e tsunamis) com graves consequências para populações humanas e ecossistemas naturais, podendo ocasionar a extinção de espécies de animais e de plantas. As mudanças climáticas podem ter causas naturais como alterações na radiação solar e dos movimentos orbitais da Terra ou podem ser consequência das atividades humanas. O

[233] Fonte: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/camada_ozonio/ acesso: 26 de outubro de 2020.

[234] Uma observação interessante é que alguns astrônomos têm a teoria que o planeta Vênus passou por um processo de elevação gradual dos gases do efeito estufa o que acarretou as enormes temperaturas atuais de sua superfície. Saliente-se que apesar de estar mais distante do sol, o planeta Vênus é mais quente que o planeta Mercúrio.

> Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), órgão das Nações Unidas, responsável por produzir informações científicas, afirma que há 90% de certeza que o aumento de temperatura na Terra está sendo causado pela ação do homem.[235]

Da mesma maneira, Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p.64) destaca que o aquecimento global traz consequências de pouca previsibilidade futura. Nos termos do pensador, já se nota seus efeitos com eventos climáticos diferenciados em sua intensidade como estiagens severas ou chuvas torrenciais. Percebe-se, também, mudanças climáticas abruptas dentro de uma mesma estação do ano e em curto espaço de tempo. Aumentos recordes de temperaturas e o derretimento das calotas polares com o consequente aumento dos níveis do oceanos não podem ser mais ignorados, pois ocasionam fenômenos climáticos novos onde não existiam.

> Nesse cenário de episódios climáticos extremos, destaca-se que, em 2004, as populações da região sul do Estado de Santa Catarina e da região nordeste do Estado do Rio Grande do Sul testemunharam o primeiro furacão - denominado Catarina - registrado historicamente no Atlântico Sul. Os cientistas que participaram de encontro promovido pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) para debater o fenômeno natural em questão chegaram ao consenso no sentido de que o mesmo se tratava de um furacão na sua fase final - Categoria 2, de acordo com a escala Saffir -Simpson -, com rajadas de ventos de até 180 km/h73. De modo a reforçar tal cenário climático preocupante, o Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUMA) descreve que a atividade mais intensa das tempestades tropicais é uma das certezas resultantes das alterações climáticas, de modo que o aquecimento dos oceanos irá impulsionar eventos climáticos cada vez mais intensos. (SARLET, 2014, p.65).

Somadas as adversidades ocasionadas pelo uso inapropriado dos recursos naturais, não podem ser olvidados, também, os problemas ambientais provocados por acidentes derivados das atividades humanas. Merecem ser citados os casos da tragédia de Bophal[236] da liberação de gás químico em Seveso[237], o vazamento do petroleiro Amoco Cadiz[238], a explosão da plataforma

---

[235] Fonte: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas2/ acesso 26 de outubro de 2020.

[236] "O Caso Bhopal foi um dos mais emblemáticos casos envolvendo responsabilidade por empresa multinacional e foi importante para revelar a fragilidade dos ordenamentos jurídicos ambientais em países em desenvolvimento, mesmo já sob a égide de um regime internacional. Bhopal pode ser considerado um divisor de águas entre as resistências apresentadas pelos países em desenvolvimento na esfera internacional a restrições ambientais que inibissem o crescimento econômico, e o despertar para os riscos de processos de desenvolvimento desregulados e despreocupados com políticas de preservação e conservação ambiental. O trágico acidente na cidade de Bhopal, na Índia, inaugurou o período de tragédias ambientais que já haviam assolado os países desenvolvidos algumas décadas antes e que fizeram com que os primeiros ordenamentos jurídicos ambientais fossem concebidos". (SAMPAIO, 2012, p.51 e 52).

[237] "Acidente químico na cidade de mesmo nome, no norte de Milão, Itália, em 1976. O acidente na empresa "Icmesa" acarretou uma nuvem de gás que atingiu uma vasta área. A nuvem continha uma substância extremamente perigosa: a dioxina." (SILVA, 2015, p.39).

[238] "O vazamento de 240.000 toneladas de petróleo na costa da França (Bretanha francesa) em 1978 foi considerado uma das maiores marés negras da história. O petroleiro de propriedade da "Amaco Transport Co" foi vítima de uma

petrolífera no Golfo do México[239] e, talvez o mais grave de todos os acidentes nucleares[240], a explosão do reator nuclear em Chernobyl em 1986[241].

> Além do uso intencional (por agentes privados e públicos) de substâncias químicas e o agravamento generalizado da poluição industrial de um modo geral, é importante destacar os inúmeros acidentes industriais ocorridos ao longo do tempo, ocasionando verdadeiros desastres ambientais ao redor do mundo. Entre os casos mais conhecidos e graves, podemos destacar a tragédia de Bophal, na Índia, no ano de 1984, onde mais de 3 mil pessoas morreram de forma imediata (e estima-se que, pelo menos, outras 10 mil morreram posteriormente em razão da exposição aos agentes químicos) e mais de 200 mil pessoas ficaram feridas, quando 40 toneladas de gases tóxicos vazaram na fábrica de pesticidas da empresa norte-americana Union Carbide (posteriormente adquirida pela Dow Chernicals). O acidente de Bophal é considerado o pior desastre industrial ocorrido até hoje. (SARLET, 2014, p.43).

Rômulo Rocha Sampaio (2012, p.56) destaca que a tragédia da usina nuclear de Chernobyl foi, sem dúvidas, a mais impactante derivada da atividade industrial. Este grande acidente confirmou a extrema necessidade da criação e do aperfeiçoamento de sistemas normativos reguladores das atividades que envolvessem o meio ambiente. Nos termos exatos do autor, o acidente de Chernobyl foi "relevante para o direito internacional ambiental, pois expôs a fragilidade das medidas de prevenção de danos ambientais de grandes proporções. Diversos tratados, tanto na área nuclear como em outras áreas, foram posteriormente concebidos como resposta ao trágico acontecimento de Chernobyl." (SAMPAIO, 2012, p.56).

---

tempestade, permitindo o vazamento do produto. O petróleo ficou durante quinze dias nos mares." (SILVA, 2015, p.40).

[239] "A explosão da plataforma de petróleo semissubmersível do Golfo do México ocorreu em 20 de abril de 2010, causando um dos maiores desastres ambientais da história dos Estados Unidos. A plataforma Deepwater Horizon era operada pela British Petroleum – BP, grande responsável pelo derramamento de milhares de barris de petróleo no mar. Após a explosão, a plataforma afundou e o vazamento não foi estancado, em decorrência de deficiência técnica da empresa responsável. Estima-se que houve vazamento de aproximadamente cinco mil barris de petróleo por dia, quantidade suficiente para proporcionar significativos impactos ambientais, sociais e econômicos à região afetada." (SILVA, 2015, p.41).

[240] "Temos, como exemplo, o caso emblemático do desastre na Usina de Chemobyl, na Ucrânia, no ano de 1986, em que uma nuvem radioativa se espalhou sobre a Ucrânia e cobriu posteriormente boa parte da Europa Ocidental, chegando até mesmo ao Mediterrâneo. Alguns anos antes, mais precisamente em 1979, já havia ocorrido o acidente na central nuclear de Three Mile Island, no Condado de Dauphin, no Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, quando se verificou o derretimento parcial de uma das suas unidades nucleares e a liberação de gases radioativos. Mais recentemente, merece registro o caso de Fukushima, onde a usina nuclear situada em tal cidade, após tsunami que destruiu parte da costa japonesa e causou mais de 13 mil mortes no ano de 2011, teve seus reatores danificados e lançou enorme quantidade de substâncias radioativas na atmosfera." (SARLET, 2014, p.52).

[241] "Na usina nuclear de Chernobyl, durante a realização de testes, o sistema de refrigeração foi desligado com o reator ainda em funcionamento. O equipamento esquentou e explodiu. O incêndio do reator durou uma semana, lançando na atmosfera um volume de radiação cerca de trinta vezes maior do que a bomba atômica de Hiroshima. A radiação espalhou-se, atingindo vários países europeus e até mesmo o Japão. Há previsão de que cerca de cem mil pessoas sofrerão danos genéticos ou câncer devido a esse acidente nos cem anos subsequentes à tragédia. Por toda a Europa houve contaminação na lavoura e efeitos adversos à pecuária, tornando verduras, legumes e leite impróprios para o consumo. Todo o continente europeu ficou em estado de alerta radiológico durante meses. Os efeitos do acidente sobre a saúde de milhares de pessoas ainda não foram totalmente concluídos". (SILVA, 2015, p. 40 e 41).

No Brasil, a emissão de gases pelas indústrias na cidade de Cubatão/SP nas décadas de 70 e 80[242], a liberação do césio 137 em Goiânia[243] e o rompimento da barragem de Mariana merecem destaque.

> Na tarde do dia 5 de novembro, o rompimento da barragem do Fundão, localizada na cidade histórica de Mariana (MG), foi responsável pelo lançamento no meio ambiente de 34 milhões de m³ de lama, resultantes da produção de minério de ferro pela mineradora Samarco --empresa controlada pela Vale e pela britânica BHP Billiton. Seiscentos e sessenta e três quilômetros de rios e córregos foram atingidos; 1.469 hectares de vegetação, comprometidos; 207 de 251 edificações acabaram soterradas apenas no distrito de Bento Rodrigues. Esses são apenas alguns números do impacto, ainda por ser calculado, do desastre, já considerado a maior catástrofe ambiental da história do país[244].
> .

Por fim, cite-se em termos mais recentes um acidente emblemático. Em 25 de janeiro de 2019, outro grande desastre envolvendo a atividade mineradora chocou o país: o rompimento da barragem da Vale em Brumadinho. A Barragem 1 da Mina Córrego do Feijão rompeu-se, e a lama de rejeitos atingiu a área administrativa da Vale, bem como a comunidade da Vila Ferteco, deixando um grande rastro de destruição e dezenas de mortes. Toda a região foi afetada atingindo inclusive rios importantes da bacia hidrográfica de Minas Gerais.

> De acordo com a Vale, a lama proveniente do rompimento da barragem não era tóxica. Todavia, de qualquer forma, esse desastre representa problemas graves ao meio ambiente. A grande quantidade de material liberado passou por uma grande área, desencadeando de forma imediata a morte de várias pessoas e, também, de outros animais e plantas. É importante frisar que a região atingida é uma área com remanescentes da Mata Atlântica e, portanto, rica em biodiversidade. De acordo com nota divulgada pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF) no dia 01 de fevereiro de 2019: "A área total ocupada pelos rejeitos, que parte da Barragem B1 até o encontro com o Rio Paraopeba, foi de 290,14 hectares. Deste total, a área da vegetação impactada representa 147,38 hectares. Além disso, a lama, que contém ferro, sílica e água, atingiu o rio Paraopeba, que é um dos afluentes do rio São Francisco, afetando de maneira negativa a qualidade da água no local. Vale salientar que, apesar da lama não ser considerada tóxicas pela Vale, as Secretarias de Estado de Saúde (SES-MG), de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), e de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Seapa) comunicaram que a água presente no rio apresentava riscos à saúde humana e animal após resultados iniciais de monitoramento.[245]

---

[242] "No contexto brasileiro, relativamente à poluição ambiental, merece registro o caso da cidade paulista de Cubatão, que, nas décadas de 1970 e 1980 (embora tal cenário tenha mudado nos dias atuais) chegou a representar verdadeiro símbolo negativo mundial em termos de poluição industrial. Em certa ocasião, chegou a ser considerada pela ONU a cidade mais poluída do mundo, recebendo a região, tamanho o índice de poluição provocada pela atividade industrial, à época, o nome de "Vale da Morte". (SARLET, 2014, p.45).

[243] "O acidente com o Césio 137, que é o maior acidente nuclear brasileiro, muito embora não tenha sido causado por uma instalação nuclear, é um caso exemplar. Mais uma vez pode ser citado o caso do lixo radioativo resultante do acidente com o Césio 137 que, até hoje, continua "guardado" em tonéis, de segurança discutível." (ANTUNES, 2010, p.866).

[244]Fonte:http://www.brasil.gov.br/noticias/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente acesso em: 15 de ago. de 2020.

[245] Fonte: Rompimento da barragem em Brumadinho - Brasil Escola (uol.com.br) acesso em: 15 de ago. de 2020.

Pelo resumidamente relatado, a humanidade, desde o século passado, já sofre com os resultados dos problemas ambientais. Frise-se, novamente que, se antes a questões ambientais preocupavam apenas um pequeno grupo, atualmente, as consequências atingem a todos indistintamente. O meio ambiente reclama a atenção de todos os indivíduos e de todos os países. Os riscos incertos e de grandezas imensuráveis, oriundos deste modelo de sociedade, provocam uma tomada de atitude da comunidade global. Percebe-se a insegurança coletiva e o anseio por proteção ao meio ambiente.

> Las conexiones entre la protección ambiental y los derechos humanos son múltiples y se subrayan desde las más diversas instancias. Presupuesto fundamental de la vida en el planeta, la tutela del ambiente se presenta como un elemento decisivo de cara a la salvaguarda de no pocos derechos individuales, con relevantes repercusiones tanto en un plano sustantivo como en el orden procesal. Además, la destrucción de elementos ambientales decisivos, derivada de catástrofes ambientales o por la propia mano del ser humano, acaba muchas veces en aplastamiento de los derechos de los pueblos indígenas o en movimientos forzosos de población, con su negativa incidencia en la vida y derechos fundamentales de las poblaciones afectadas. Y todo ello, sin olvidar las graves violaciones de los derechos humanos (y tantos asesinatos impunes) de quienes, por su compromiso ecologista o en defensa de sus intereses legítimos, se oponen a las políticas de destrucción del ambiente… (DE LA CUESTA, 2018, p.01)

A regulação das atividades humanas envolvendo o meio ambiente torna-se então um imperativo. O manejo sem controle dos recursos naturais, pelo acima exposto, demonstrou uma necessidade de intervenção estatal. A relação do homem com o meio ambiente tornou-se problemática frente a possiblidade deletéria de algumas atividades. Emerge, assim, no século XX uma nova área do Direito: o Direito Ambiental.

6.2 A tutela legal do meio ambiente

As preocupações e a tutela do equilíbrio ambiental são recentes em termos de legislação específica[246]. Como os principais problemas ambientais somente começaram a ter sua gravidade percebida pós a segunda metade do século XX, natural que os Estados não tomassem uma atitude antes. A termo de exemplo, observa-se que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos

[246] "El derecho ambiental está regulado por normas, entre éstas encontramos las normas de organización, que son aquellas que establecen el funcionamiento de la administración ambiental; las normas que regulan técnicas jurídicas de protección ambiental, tales como las de control integral de las contaminaciones industriales, planes, instrumentos económicos impuestos, permisos transferibles etc.; las normas que regulan el ámbito de intervención, medios y elementos del ambiente (aire, agua, suelo, costas, espacios naturales, fauna y floras); y además de estas normas existen reglas encaminadas a preservar valores ambientales de territorios o el mismo paisaje". (BESARES, 2006, p.93).

de 1948, apenas de forma implícita faz referência ao meio ambiente, ou seja, deixa a entender a necessidade da proteção ambiental autônoma tutelando-se somente indiretamente, como nos casos dos artigos III e XXV[247].

> O direito do ambiente e toda a sua problemática é um campo privilegiado de discussão no contexto do risco. O "debate ecológico", apoiado em muito a afinal tardia constatação de que o que se fez já ao ambiente e máxime o que virá a fazer-se, como consequência do desenvolvimento (...) condicionou e condiciona, pelo menos desde finais da década de sessenta (e a descoberta de que afinal a poluição não conhece fronteira nem reconhece a soberania do mais afincado dos estados na proteção de sua segurança interna) a tomada de decisões que, sabendo-se de antemão serem fortemente condicionada pelas consequências que possam causar nas gerações futuras, são elevadas a um grau antes desconhecido de debate e especulação política e partidária. (FERNANDES, 2001, p.65).

Apesar de se constatar que uma preocupação autônoma com o meio ambiente somente se deu em meados do século XX, inegável que o ser humano sempre se relacionou com o meio circundante. Falar que o Direito Ambiental surgiu no século passado não quer expressar que noutros momentos da história não houve preocupações, disposições e normatizações que envolvessem o meio ambiente. Os interesses e finalidades eram diferentes, mas pode-se dizer que a relação entre homem e meio ambiente sempre existiu.

Na antiguidade já se encontravam textos que demonstravam a preocupação do homem com seu meio (não nos termos de hoje que seria um verdadeiro anacronismo). A ideia homem e natureza tinha um caráter sacro, místico e respeitoso. Luís Paulo Sirvinskas (2018) informa que os povos antigos valorizavam suas terras e rios e edificavam próximos a estes para ter constantemente fonte de água e alimentos.

> Não é recente a preocupação do homem com o meio ambiente. Desde tempos remotos, nas regiões mediterrâneas, os povos nômades necessitavam de fortificações para a defesa contra os ataques de inimigos naturais e de outros povos hostis. No entanto, essas fortificações tinham outras finalidades, proporcionando melhores condições para suas populações, e levaram essas comunidades a uma sensível preocupação com o meio com o qual interagiam. O crescimento e o estabelecimento de vários grupos familiares, extrapolando o limite daqueles existentes, fez com que as populações modificassem o estado natural das fontes, buscando uma maior comodidade. Como exemplo de interação do homem com o meio ambiente, as águas advindas de fontes existentes nas proximidades das grandes cidades tinham de ser captadas, armazenadas e até lá conduzidas. De fato, os complexos aquáticos sempre ofereceram condições de sobrevivência ao homem. (TRENNEPOHL, 2020, p.25)

[247] "III: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (...)
XXV: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle". (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Assim, a natureza era a fonte da vida. O ser humano integrava-se ao meio ambiente louvando-o. Neste sentido, Sirvinskas (2018, p.64) traz uma passagem do Livro dos Mortos que é um dos documentos mais antigos que se tem conhecimento. Neste livro encontrado com múmias que remontam o Novo Império Egípcio tem-se um exemplo interessante do pensamento da relação do homem com o meio ambiente:

> Tal documento fazia parte do Livro dos Mortos, que data de três milênios e meio. São trechos extraídos do Capítulo 126 do citado livro, os quais passaram a fazer parte do testamento do morto, a saber: "Homenagem a ti, grande Deus, Senhor da Verdade e da Justiça!/ Não fiz mal algum.../ Não matei os animais sagrados/ Não prejudiquei as lavouras.../ Não sujei a água/ Não usurpei a terra/ Não fiz um senhor maltratar o escravo.../ Não repeli a água em seu tempo/ Não cortei um dique.../ Sou puro, sou puro, sou puro!" (SIRVINSKAS, 2018, p 64).

Ainda na Antiguidade pode-se encontrar na bíblia sagrada passagens deste caráter sacro da natureza e do dever do homem em respeitá-la. O homem é o filho de Deus e cabe a ele resguardar o reino da Terra que é criação divina.

> Desse modo, o homem será julgado por aquilo que fizer contra a natureza. O meio ambiente é criação divina. Assim, a "Terra é do Senhor e tudo que há nela; o mundo e todos os que nele habitam" (Salmo 24:1). Continua mais adiante: "Os céus são do Senhor, mas a Terra Ele a deu aos filhos dos homens" (Salmo 115:16). Vê-se, pois, que o homem é mero procurador de Deus na Terra, devendo prestar-lhe contas de suas atitudes praticadas contra a natureza. Verifica-se, com base nesses versículos bíblicos, que a natureza não se restringe apenas aos animais, mas engloba tudo o que há na Terra (minérios, vegetais, micro-organismos, ar, água etc.). (SIRVINKAS, 2018, p.63).

Nota-se que as preocupações dos povos antigos com os recursos naturais existiam, mas não por um perspectiva de imperativo de continuidade da vida na Terra. Em Roma, por exemplo, pode-se citar a preocupação com a higiene da cidade, os aquedutos, os crimes de dano (que poderiam envolver recursos naturais). Citem-se o casos de danos provocados por animais e o cortes de árvores alheias no delito *damnum iniuria datum*:

> Esse delito – abreviadamente designado nos textos pela expressão *damnum iniuria* – consiste em alguém causar, culposamente, dano em coisa alheia, animada ou inanimada. Na Lei das XII Tábuas – e Ulpiano (D. IX, 2, 1, pr.) salienta que o mesmo ocorria com outras leis anteriores à Lex Aquilia –, há disposições concernentes a danos causados em coisa alheia, as quais concedem ao proprietário da coisa danificada ações, a saber: a) *actio de pauperie* (contra o proprietário do animal que danificou coisa alheia); b) *actio de pastu pecoris* (contra o proprietário do animal que pasta em terreno alheio); e c) *actio de arboribus succisis* (contra o que cortou árvores alheias)[248]. Mas são disposições

[248] "Assim como a cidade romana, primeiramente, não tinha a obrigação de sancionar a reivindicação senão de certas situações especiais dos cidadãos romanos relativamente às coisas, também inicialmente não pensa reprimir senão um certo número de delitos. Eles aparecem muito diferentes na lei das XII Tábuas: é o delito de *arborum succisio* que consiste em cortar as árvores do vizinho - aquele de que o tutor se torna culpado desviando a fortuna do pupilo - o depositário dum objecto, não o entregando. Acções especiais as sancionam." (VILLEY, 1991, p.147).

> casuísticas, não se podendo dizer que se encontra na Lei das XII Tábuas, como delito autônomo, o *damnum iniuria datum.* (ALVES, 2016, p.537)

Nota-se evidentemente o caráter privado e econômico da ações[249] acima mencionadas. Diferente não poderia ser frente uma inexistência de problemas ambientais tais quais vivencia-se no tempo presente. Situação semelhante perdura por toda Idade Média e Idade Moderna onde não se pode igualmente destacar um preocupação autônoma com os recursos naturais.

> Com a produção de lixo, as reduzidas possibilidades de banho e o alastramento de epidemias, devido à falta de higiene, a Idade Média manteve da Antiguidade o mundo espiritual, mas as práticas higiênicas e de preservação ambiental foram esquecidas gradativamente. Esses danos cometidos durante a Idade Média puderam ser superados em razão de a população da Europa ser ainda muito pequena, e a ocupação de novas terras possível também devido à pequena demanda4. Os povos medievais não ultrapassaram as fronteiras da exploração e mantiveram visões somente de subsistência. O aumento do consumo dos meios naturais veio no fim do século XVIII, quando as descobertas científicas começaram a introduzir novas medidas, ferramentas e máquinas de exploração. (TRENNEPOHL, 2020, p.26).

Somente, como já salientado neste trabalho, com a Revolução Industrial e seus desenvolvimentos e consequências no século XX, surge uma verdadeira autonomia de proteção do meio ambiente com a percepção do futuro comum da humanidade. Neste sentido, um direito verdadeiramente do ambiente surgirá com aspiração mundial e ganhará objeto próprio de tutela com o escopo de um compromisso transgeracional da vida em todas as suas formas e potencialidades.

Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p.67) destaca que já na década de 1960 assiste-se o nascedouro de uma preocupação com futuro comum da humanidade e uma reivindicação de tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este momento histórico foi marcando por uma concepção de uma sociedade civil organizada fruto de diversas mobilizações sociais. As revoltas civis clamavam por diversos direitos e exigiam o fim de opressões históricas. Cite-se o

---

[249] Sobre os aspectos econômicos e privados do *damnum iniura datum* dipõe Thomas Marky: "Quem causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. A elaboração deste princípio foi feita com base nas disposições de uma Lex Aquilia, de época incerta, mas provavelmente do século III a.C. Consoante as disposições dessa lei, quem matasse um escravo ou animal pertencente a outrem ficava obrigado a pagar o maior valor que tal coisa tivera no ano anterior. Era determinado, também, que no caso de ferimento de escravo ou animal alheio, bem como no de danificação de coisa alheia, o autor do dano ficasse obrigado a pagar o maior valor que a coisa tivera no último mês. Originariamente, a sanção da lex Aquilia só se aplicava a dano causado por ato positivo e consistente em estrago físico e material da coisa corpórea. Assim, quanto ao primeiro requisito, não constituía dano, perante aquela lei, o deixar sem alimento um cavalo, causando, com isso, sua morte. Quanto ao segundo, não era considerado, pela lex Aquilia, como dano o deixar fugir o animal alheio, porque não ocorria estrago físico e material. Além destes requisitos, a lex Aquilia exigia que a danificação fosse feita iniuria, isto é, contra a lei. Mais tarde, os jurisconsultos entenderam que a palavra iniuria não significava apenas o ilícito, o contrário à lei, mas implicava, também, a culpabilidade do autor do dano. Exigiu-se, pois, que o dano causado ou fosse dolosa ou ao menos culposamente, sendo imputável também a mais leve negligência: in lege Aquilia et levissima culpa venit.". (MARKY, 1995, p.136)

feminismo, pacifismo, direitos civis para todos e, o que nos interessa diretamente, a proteção ambiental. Como destaca Sarlet (2014), o movimento ambientalista surge como um novo *player* dentro do contexto social. Entre o Estado e o mercado, os movimentos sociais ambientais procuraram corrigir os rumos da sociedade em busca da perpetuação da vida na Terra. A ação destes grupos organizados despertou a opinião pública e reverberou no cenário político ao exigir uma atuação governamental.

> O novo espaço político que passou a ser reivindicado e ocupado pela sociedade civil organizada encontra respaldo na própria reformulação do modelo democrático vigente até então (ao menos, em parte) no mundo ocidental, com o objetivo de estabelecer mecanismos mais diretos de participação política. As diversas entidades ambientalistas criadas desde a década de 1960 proporcionaram a" oxigenação" do espaço político, com o propósito de que os valores ecológicos por elas defendidos fossem levados em consideração nas decisões políticas e práticas econômicas. As novas formas de ação direta que sempre caracterizaram as entidades ambientalistas (inclusive com o recurso a práticas de desobediência civil), por meio de protestos e campanhas específicas (contra testes nucleares, caça às baleias, lixo tóxico, poluição dos mares, entre outros temas), com forte utilização do espaço midiático e mobilização da opinião pública, estabeleceram um novo parâmetro de articulação da sociedade civil e impactaram o espaço político, o que, mais tarde, também refletiu na consagração jurídica dos valores e direitos ecológicos. (SARLET, 2014, p.68).

É importante aqui fazer uma digressão. Nota-se que estes movimentos sociais reivindicatórios de uma tutela do meio ambiente encontram raízes mais profundas. Se na década de 60 se constatava a crise do meio ambiente, com um olhar mais atento, percebe-se já no século XIX um embrião conservacionista. Saliente-se, no entanto, que as preocupações conservacionistas do século XIX tinham uma concepção diversa, pois eram romantizadas por uma ideia de simples conservação estética e ética da natureza. Era uma “fuga” da cultura urbana e industrial, todavia pareciam intuir o mal que se avizinhava.

> O movimento conservacionista, como um estágio "primitivo" do movimento ecológico contemporâneo, traduzia valores de respeito à Natureza, além de enaltecer a vida em harmonia com ela, inclusive no sentido de valorizar uma vida simples e distanciada dos novos rumos civilizatórios e da cultura urbana. Muito embora tenha sido o embrião do movimento ecológico moderno, verificado a partir da Década de 1960, o movimento" conservacionista", articulado em promover a proteção de áreas naturais, não contemplava uma dimensão ecológica mais ampla, tal como defendido pelo movimento ambientalista moderno. A intervenção humana predatória - em termos de poluição, degradação e esgotamento dos recursos naturais - ainda não se fazia tão intensa à época, bem como os valores e práticas ecológicas ainda não haviam se cristalizado nas relações sociais, o que só ocorrerá efetivamente a partir da Década de 1960. (SARLET, 2014, p.72 E 73).

Isto posto não há como negar a forte pressão exercida pelos grupos ambientalistas da década de 1960. Dentro deste contexto surge a famosa obra de Rachel Carson “Primavera

Silenciosa" publicada em 1962[250]. As ideias apresentadas no seu texto influenciaram uma revolução social e cultural que culminaram em mudanças políticas e jurídicas. Mesmo a obra abordando a questão das substâncias tóxicas, a reflexão advinda atingiu todos os setores dos problemas ecológicos e, conjuntamente com os movimentos sociais, foi responsável pela edição de diversos diplomas legais protetivos do meio ambiente nos Estados Unidos. (SARLET, 2014).

> Em parte, como resposta à contestação social sobre a poluição ambiental propugnada pela obra de Carson, mas também pelo surgimento de inúmeros grupos ecológicos na sociedade norte-americana, o Governo norte-americano, na década que seguiu a publicação do livro, editou alguns dos diplomas legislativos ambientais mais significativos, e que se confundem com o próprio surgimento do Direito Ambiental norte-americano (e mesmo mundial, em perspectiva comparada), conforme trataremos à frente. É o caso, entre outras legislações, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (National Environmental Policy Act), de 1970, da Lei do Ar Limpo (Clean Air Act), de 1970, da Lei da Agência de Proteção Ambiental (EPA - Envonmental Protection Agency), de 1970, além da Lei da Água Limpa (Clean Water Act), de 1972. A legislação ambiental norte-americana em questão foi, de certa forma, pioneira e significativa para o surgimento de legislação equivalente em diversos outros países21, bem corno influenciou até mesmo o cenário internacional, já que antecedeu a própria Conferência e Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano (1972). (SARLET, 2014, p.75 e 76).

Neste mesmo diapasão surge o Clube de Roma em 1968. Constituído por diplomatas, acadêmicos, industriais e ativistas seus estudos culminaram no relatório "Os limites do crescimento". Tinha como escopo demonstrar os impactos negativos do crescimento desordenado e advertir os responsáveis pelas políticas públicas nacionais e internacionais para o problema ambiental que já se consolidava. Destaca-se que o Clube de Roma, com a repercussão de suas ideias, foi um dos fatores motivantes da Conferência de Estocolmo de 1972 e de diversas outras realizadas naquele momento histórico. (SAMPAIO, 2012).

Com estes auspícios, ao se observar o direito internacional, destaca-se com ponto de partida[251] da tutela do meio ambiente a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente

---

[250] "Em 1962, Rachel Carson foi responsável por uma obra que chamou a atenção do mundo para uma série de problemas ambientais e de saúde decorrentes de uma segunda revolução industrial, pós-Segunda Guerra. Tratava-se da crescente e indiscriminada produção e comercialização de inseticidas e herbicidas sintéticos criados pelas indústrias químicas. Rachel Carson, uma bióloga do Departamento Norte-Americano de Peixes e Vida Selvagem, relata, em mais de trezentas páginas, os efeitos nocivos e letais ao meio ambiente e à saúde humana do uso indiscriminado de diversos agentes químicos livremente comercializados nos EUA e em diversos outros países, dando especial ênfase ao Dicloro-Difenil-Tricloroetano, popularmente conhecido como DDT. Mais do que isso, a obra denuncia os impactos negativos de práticas de lançamentos de produtos químicos por aviões em cidades inteiras e de forma indiscriminada sobre vastas áreas do território norte-americano." (SAMPAIO, 2012, p.71 e 72)

[251]"O meio ambiente, apesar de figurar esporadicamente, ao longo do tempo, em legislações esparsas, somente foi apresentado como problema global em 1972, na Conferência de Estocolmo, e manteve, aumentando ainda mais, a preocupação de seu tratamento na Conferência de 1992, no Rio de Janeiro, a ECO-92. Desde então as nações começaram a focalizar e a enquadrar a necessidade de conservação como metas a serem alcançadas para sua própria sustentabilidade". (TRENNEPOHL, 2020, p.29).

Humano em Estocolmo em 1972[252]. A importância desta conferência se dá diante da discussão da temática ambiental na agenda da ordem internacional e o estímulo a todos os países para a busca da conservação e preservação ambiental. Assim, a Declaração de Estocolmo constituiu uma diretriz importante na busca deste objetivo[253].

> O crescimento de sua importância remonta ao ano de 1972, com a denominada Declaração de Estocolmo. Apesar de não estabelecer nenhuma regra concreta, essa declaração propiciou a primeira moldura conceitual abrangente para a formulação e implementação estruturada do Direito Internacional do Meio Ambiente. De fato, imediatamente após 1972, assistiu-se à criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (...). Assistiu-se também à elaboração de diversos tratados internacionais alavancados pelos princípios ou pelo processo de formulação da Declaração de Estocolmo (...). (WOLD, 2003, p.07).

O site da ONU do Brasil[254] também destaca que ao se encerrar a tumultuada década de 1960 os frutos dos movimentos sociais começaram a ser colhidos. As percepções catastróficas e aspirações de um novo paradigma ganham repercussão. Diante deste fato, a ONU reconheceu a problemática e convocou a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano na Suécia em 1972. Nos termos da Organização das Nações Unidas, o evento foi um marco e sua declaração final representa um verdadeiro manifesto ambiental. É constituída de princípios que expressam a necessidade de tutela do meio ambiente. Nos próprios termos da ONU:

> Chegamos a um ponto na História em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para as consequências ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem-estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um meio ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humanas…[255]

Como mencionado a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, devido à sua importância, é considerada o marco inicial do Direito Ambiental internacional. Deste instante em diante rompe-se com um viés puramente economicista da utilização dos recursos naturais para uma percepção conservacionista do meio ambiente. Na

---

[252] "Ciertamente, desde que en 1972, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo) estableciera que el ser humano "tiene derecho fundamental a la libertad, igualdad y disfrute de condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar", tanto las Conferencias sucesivas como otras instancias internacionales han insistido en esa dirección, recomendando o reclamando -como hicieran ya en 1990 las Asociaciones de Derecho ambiental reunidas en Limoges (Francia)- el reconocimiento del "derecho humano al medio ambiente (…) a nivel nacional e internacional de una manera explícita y clara" y la consiguiente obligación de los Estados "de garantizarlo". (DE LA CUESTA, 2018, p.01 e 02)

[253] "A proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos." (NAÇÕES UNIDAS, 1972).

[254] Fonte: https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente acesso em: 13 de dezembro de 2020.

[255] Fonte: https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente acesso em: 13 de dezembro de 2020.

Conferência de Estocolmo fizeram-se presentes: "113 Estados, representantes de praticamente todas as organizações intergovernamentais, 700 observadores enviados por quase 400 ONGs e cerca de 1.500 jornalistas". (CRETELLA NETO, 2012, p. 131).

> O alerta para a gravidade desses riscos foi dado em 1972, em Estocolmo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela ONU e contando com a participação de 113 países. A Conferência resultou da percepção das nações ricas e industrializadas a respeito da degradação ambiental causada pelo seu modo de crescimento econômico que acarretou escassez dos recursos naturais. Naquele contexto, alguns países chegaram mesmo a propor uma política de "crescimento zero", visando a salvar o que não havia sido ainda destruído. Todavia, o resultado final dessa política seria, indubitavelmente desastroso: os ricos continuariam sempre mais ricos e os pobres condenados a permanecer sempre e irremediavelmente mais pobres até se extinguirem de vez do mapa geopolítico do mundo. (MILARÉ, 2016, p.13 e 14).

Dentre os problemas ambientais à época vivenciados, a Conferência de Estocolmo de 1972 preocupou-se em discutir a poluição atmosférica. A chuva ácida e a poluição do ar traziam diversas repercussões negativas para os países centrais. Problemas, igualmente pertinentes a qualidade da água e do solo, já provocavam celeuma na população mundial, ensejando, também manifestações[256]. A problemática envolvendo a pressão do crescimento populacional e a finitude dos recursos naturais, igualmente, não foi omitida de discussões. A preocupação de maior clamor era como compatibilizar crescimento econômico com a preservação do meio ambiente, ou seja, como sanar ou minorar os problemas levantados no tópico anterior sem prejudicar o andamento da economia.

Ao término Conferência de Estocolmo de 1972 estabeleceu-se uma Declaração[257] sobre o Meio Ambiente Humano. Esta era composta de 26 princípios, que se transformaram em referência para todo o mundo comprometido com os Direitos Humanos. Concomitantemente designou-se um Plano de Ação, com 109 recomendações, que deveriam ser obedecidas por todos os países. Cite-se, exemplificadamente, alguns de seus princípios declarados que constituem suas conclusões finais:

---

[256] O desastre (envenenamento das águas por mercúrio) em Minamata, no Japão, na década de 50 e o derramamento de petróleo, na costa da Inglaterra, provenientes da divisão do petroleiro Torrey Canyon em 1967, ilustram a situação.

[257] "A declaração destaca o ser humano com resultado e artífice do meio que o circunda, proclama que a defesa e a melhoria do meio ambiente para as gerações presentes e futuras converteu-se num objetivo imperioso para a humanidade e deverá ser perseguido e, ainda, sugere que cidadãos e comunidade, empresas e instituições em todos os planos aceitem as responsabilidades que lhes incumbem e que todos eles atuem efetivamente para a preservação ambiental. Surgia a noção de desenvolvimento socioeconômico em harmonia com a preservação do meio ambiente, mais tarde batizada de "desenvolvimento sustentável". Em Estocolmo chegou-se ao consenso sobre a necessidade urgente de reação global ao problema da deterioração ambiental." (SILVA, 2015, p.42 e 43).

> Princípio 1
> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.
> Princípio 2
> Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.
> Princípio 5 Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização.
> Princípio 7
> Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.
> Princípio 24 Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estado.[258]

Após a Conferência de Estocolmo de 1972, foi criado o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). Essa agência, a partir de então, ficou responsável por incentivar a proteção do meio ambiente e estimular o desenvolvimento sustentável dos países. Encontra-se uma definição deste programa pela própria ONU:

> O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) é a principal autoridade ambiental global que determina a agenda internacional no tema, promove a implementação coerente da dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável no Sistema das Nações Unidas e serve como defensor do meio ambiente no mundo. Sua missão é prover liderança e encorajar parcerias na proteção do meio ambiente inspirando, informando e permitindo que países e pessoas melhorem sua qualidade de vida sem comprometer as futuras gerações. Com sede em Nairóbi, Quênia, trabalhamos por meio de nossas divisões e sedes regionais, sedes de articulação e escritórios de país, além de uma crescente rede de centros de excelência com os quais colaboramos. Também acolhemos inúmeras convenções ambientais, secretariados e corpos de coordenação entre agências. O PNUMA é liderado pela nossa Diretora Executiva. Categorizamos nosso trabalho em sete áreas temáticas: mudança climática, desastres e conflitos, gestão de ecossistemas, governança ambiental, químicos e resíduos, eficiência de recursos, e meio ambiente em estudo. Em todo nosso trabalho mantemos um comprometimento fundamental com a sustentabilidade[259].

---

[258] Fonte: https://apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf acesso em: 14 de novembro de 2020.

[259] Fonte:https://www.unenvironment.org/pt-br/sobre-o-pnuma/por-que-o-pnuma-e-importante?_ga=2.148840311.1994593909.1608169145-138394143.1608169145 acesso em 15 ago. 2020.

Marco Antonio Besares (2008) destaca a importância do PNUMA para a promoção e efetivação da proteção do meio ambiente. O autor enfatiza que este programa das Nações Unidas cumpre o papel de estímulo do desenvolvimento sustentável[260] para todos os países:

> Desde su creación, en la Conferencia de Estocolmo en 1972, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente trae consigo un impresionante historial de servicios al medio ambiente. La peculiaridad del PNUMA radica en la difusión que realiza de las cuestiones ambientales dentro de la comunidad internacional. Es el principal organismo de las Naciones Unidas encargado de la cuestión del medio ambiente. En la actualidad el PNUMA realiza programas ambientales estrechamente ligados con el desarrollo económico, basado en el principio de desarrollo sostenible. La declaración de Nairobi plantea que el PNUMA ha sido y debe seguir siendo el principal órgano de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente, y establece que la función de Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente es la de ser la principal autoridad ambiental a nivel mundial, y tiene la obligación de delimitar las principales actividades internacionales a realizar a favor del medio ambiente, así como fomentar el desarrollo sostenible. (BESARES, 2006, p.24).

Importante igualmente mencionar que outra reunião internacional marcou a discussões mundiais sobre os problemas ambientais (realizada no Brasil): Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992. Também foi denominada de Rio 92 ou ECO 92. Referendou e incentivou as proposições da Declaração de Estocolmo (1972) e, ademais explicitou claramente importantes princípios para a proteção do ambiente como, por exemplo, o da responsabilidade comum, mas diferenciada[261], o da precaução[262] e o da avaliação de impacto ambiental por possíveis danos ao meio ambiente.[263]

> Durante la conferencia de Río de Janeiro Sobre Desarrollo y Medio Ambiente en 1992 surgieron cinco instrumentos internacionales que serían de gran importancia para el desarrollo del derecho ambiental a nivel internacional. Dentro de estos instrumentos

---

[260] "El área de control de los daños al medio ambiente encuentra su fundamento dentro del principio de desarrollo sostenible. Esta área plantea: La protección, conservación y uso sostenible de los ecosistemas que integran el patrimonio natural y cultural del país resulta de vital importancia para las actuales generaciones y para las futuras. Para ello resulta necesario desarrollar estrategias de control de todas las acciones que alteren o agredan el medio ambiente en forma considerable, es decir, en lo que puede denominarse el campo previo y propio de los delitos ambientales. (BESARES, 2006, p.19)

[261] "Principio 7: Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que dispone." (BESARES, 2006, p.33).

[262] "Principio 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente." (BESARES, 2006, p.35).

[263] Principio 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente." (BESARES, 2006, p. 42).

> surgió la Declaración de Río con sus 27 principios, mismos que reproducimos textualmente por su gran relevancia. La Declaración de Río se planteó como objetivo el establecer una nueva alianza mundial, la cual debía ser de forma equitativa, a través de la creación de nuevos niveles de cooperación entre las personas, los sectores claves de las sociedades y los Estados, procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del medio ambiente y, a su vez, se logre el desarrollo mundial. (BESARES, 2006, p.34).

Romeu Thomé da Silva (2015, p.44) informa que a ECO 92 contou com a participação de cento e setenta e cinco países e várias organizações não governamentais (ONGs). Nos termos do autor, a Conferência do Rio de 1992 teve como objetivo principal estabelecer uma nova aliança mundial para o estabelecimento de novos níveis de cooperação entre Estados e sociedade. A principal questão a ser discutida no evento era como conciliar as exigências econômicas e sociais com a necessidade da preservação e conservação do meio ambiente. Era a necessidade de promover o "desenvolvimento sustentável" que abrangeria estas três perspectivas (economia, igualdade social e preservação ambiental). (SILVA, 2015)

> O termo desenvolvimento sustentável surgiu no final da década de 1970 e tomou relevo no Relatório de Brundtland — documento da ONU — em meados de 1980. Este relatório foi publicado, mais precisamente em 1988, com o título de "nosso futuro comum", pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente, presidida por Gro Harlem Brundtland. A expressão foi definitivamente consagrada na ECO-92 e transformada em princípio. Tal princípio procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem. É a utilização racional dos recursos naturais não renováveis, também conhecido como meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ecodesenvolvimento. Desenvolvimento sustentável, no dizer de James Lovelock, "é um alvo móvel. Representa o esforço constante em equilibrar e integrar os três pilares do bem-estar social, prosperidade econômica e proteção em benefício das gerações atual e futuras. (SIRVINSKAS, 2018 p.114).

Nota-se, assim, que a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992 procurou reafirmar a necessidade de conciliação entre estas três necessidades humanas fundamentais. Necessário é o crescimento econômico, mas sem se descuidar de uma busca de minorar as desigualdades sociais. Ademais, deve-se buscar esta promoção econômica e social sem se negligenciar do meio ambiente preservando-se assim o futuros de outras gerações.

> Diante desse quadro foram surgindo propostas para solucionar o problema ambiental, abrangendo aspectos físicos e políticos. Atualmente prevalece a do "desenvolvimento sustentado", definitivamente consagrado em 1992, sem o abandono da visão antropocêntrica da gestão dos ecossistemas no interesse do desenvolvimento dos países e das populações. O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas. Isso não reflete um estado permanente de harmonia, mas sim um processo de mudança no qual a exploração dos recursos naturais, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com

> as necessidades atuais e futuras. Essa forma de pensar, muito em voga atualmente, não somente pressupõe melhores condições de vida, ou, mesmo que sejam, condições mínimas para os seres humanos. (TRENNEPOHL,2020, p.28 e 29).

Após a ECO 92, importantes documentos foram redigidos. Pode-se citar como os principais: Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção sobre Mudanças no Clima, Declaração do Rio e a Agenda 21.

> Nesse extenso panorama documental encontramos a Agenda 21, a peça de natureza programática, que foi oficializada por ocasião da "Cúpula da Terra", quando se reuniu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Trata-se de um texto assumido oficialmente pelos países representados naquele encontro mundial e, simultaneamente, pelo Fórum das Organizações Não Governamentais. Foi auspiciosa posição consensual que marcou a gênese e a edição da Agenda 21. (...) Seu próprio preâmbulo afirma que ela tem como objetivo preparar o mundo para os desafios do século XXI. Se de um lado, preconiza mudanças, de outro ela se apresenta com um caráter aglutinador, um marco referencial, seja na abordagem dos problemas, seja no seu equacionamento. Para tanto, deve ser considerada a sua condição de documento consensual que se liga diretamente a interesses internacionais e supranacionais. Vale reforçar que, na linguagem da Agenda 21, as considerações ambientais abrem caminho para o tratamento de questões socioeconômicas estruturais e vice-versa. (MILARÉ, 2016, p.60).

Ainda no âmbito internacional são dignas de nota, também, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012. A primeira foi realizada em Joanesburgo em 2002 e procurou avaliar a implementação dos documentos e acordos firmados na ECO 92 (principalmente a Agenda 21). A segunda transcorreu novamente no Rio de Janeiro em 2012 onde se reafirmou a necessidade de efetivação das propostas apresentadas pelas convenções anteriores e se destacou a maior responsabilidade das nações ricas na promoção da preservação e conservação ambiental (princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada).

Todos estes movimentos sociais, conferências, acordos e cartas de intenções internacionais permitem constatar que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos Direitos Humanos. Indaga-se: o que significa a locução "Direitos Humanos"? Os Direitos Humanos são citados no cotidiano jurídico ou não, contudo uma delimitação[264] do seu conceito parece sempre escapar do interlocutor. Neste sentido Cláudio Brandão e Ruth Gauer observam (2015):

---

[264] "A expressão Direitos Humanos é multívoca. Ela exprime muitos significados, os quais, inclusive, são contraditórios entre si, por isso já se afirmou com precisão que quando falamos de Direitos Humanos frequentemente não sabemos sobre o que estamos falando. Por conseguinte, ao relacionar os Direitos Humanos a qualquer conceito, o primeiro passo a ser tomado é precisar a sua definição." (BRANDÃO, 2020, p.6).

> A definição de direitos humanos tem uma multiplicidade de tão diversos significados que já se afirmou que "quando falamos dos direitos humanos muitas vezes não se sabe sobre o que estamos falando". A própria denominação desses direitos é variável, alguns o denominam de direitos morais, como o faz Eusebio Fernandez, outros os chamam de direitos fundamentais, como o faz Gregório Peces-Barbas. Porém, vários instrumentos normativos internacionais consagram a denominação direitos humanos, o que a torna preferível às demais. (BRANDÃO; GAUER, 2015, p.124).

Cláudio Brandão (2020, p.6) leciona que embora possam existir mais de uma formulação em torno dos Direitos Humanos seu conceito é uma derivação direta da cultura euro-americana. O pensamento liberal do século XVIII estabeleceu esta imagem conceitual em face da nova organização política, ou seja, do Estado. Os Direitos Humanos traziam a ideia do direito legítimo, ou seja, justo, ao limitar o poder político. Afirma-se direitos inatos e inalienáveis pertencentes a todos os homens que cumpria ao Estado respeitar. Neste sentido, como observa Cláudio Brandão (2020, p.8), "os Direitos Humanos são tidos como um equivalente funcional do Direito Natural, substituindo-o como mecanismo de parametrização do direito justo."

Nota-se que os Direitos Humanos, no seu nascedouro, constituíam uma limitação ao poder político. Eram caracterizados por serem um obstáculo ao arbítrio estatal frente a direitos subjetivos do cidadão que não podiam ser violados. Percebe-se, dentro deste contexto, uma primazia dos direitos de liberdade e propriedade como seu objeto de proteção. São os denominados Direitos Humanos de primeira dimensão.

Com os transcorrer do tempo, a afirmação somente da liberdade e da propriedade como conteúdo dos Direitos Humanos mostrou-se insuficiente. A partir do século XIX e início do século XX novas aspirações surgiram diante da exploração demasiada da classe operária. A enorme desigualdade social, a pauperização das grandes massas, os ideais socialistas, foram molas propulsoras de uma nova rede de direitos que deveriam pertencer a todos os indivíduos. Do que adiantava assegurar a liberdade se faltavam os recursos mínimos de subsistência. Surge a segunda dimensão dos Direitos Humanos: os direitos sociais.

Por fim, com o final da Segunda Guerra Mundial, novas constatações sobre direitos que deveriam ser assegurados a todos os indivíduos surgem. Em meados do século XX percebe-se a necessidade de tutela de certos direitos como requisito de perpetuidade da vida na terra (solidariedade). São os denominados Direitos Humanos de terceira dimensão[265], destacadamente,

[265] "O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Celso de Mello (relator), conceituou o direito ao meio 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

o direito à paz e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Aliás, registre-se que já se proclamam novos Direitos Humanos que formariam uma quarta ou quinta dimensão como o direito à privacidade, o respeito ao patrimônio genético e o acesso à internet.[266]

> Entretanto, as dinâmicas das necessidades humanas apontaram para o nascimento de outra geração de direitos, que representam uma síntese de muitos outros direitos, voltando-se não somente para as gerações presentes, mas também para as gerações futuras. Por isso, diz-se que a terceira geração dos direitos humanos se baseia na solidariedade, abarcando, dessarte, o Direito à Paz, o Direito ao Desenvolvimento, o Direito ao Patrimônio Cultural da Humanidade e o Direito ao Meio-Ambiente. (BRANDÃO; GAUER, 2015, p.143) (grifo meu).

Assim, após esta apertada síntese sobre a trajetória dos Direitos Humanos, percebe-se que sua conceituação gira em torno da condição humana. Os Direitos Humanos são os direitos que buscam efetivar a dignidade da pessoa humana e são frutos da necessidades básicas dos homens. São históricos[267] e acumulativos e almejam potencializar o desenvolvimento do indivíduo sendo protegendo do arbítrio estatal sendo exigindo prestações positivas do Estado.

> O conteúdo dos direitos humanos, como dito, vincula-se à condição humana. Por conseguinte, são direitos humanos as exigências cuja satisfação é condição de possibilidade para que um ser seja reconhecido como homem pelo direito. É por isso que integram a sua condição. Tais exigências não dependem do espaço físico ou do tempo, pois se pretendem universais, e se traduzem em predicados presentes em todos os seres com patrimônio genético compatível com o humano, independente de condição social, traços raciais, religiosos, culturais ou de qualquer outra ordem. Assim, v.g., a vida, a liberdade, a possibilidade de aquisição de propriedade, são direitos que se vinculam ao fato do indivíduo ser reconhecido enquanto homem e como tal, ser dotado de vontade, de consciência, percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano. (BRANDÃO; GAUER, 2015, p. 126).

---

coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações." (MACHADO, 2013, p.153)

[266] "Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais do debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (BOBBIO, 2004, p.96).

[267] "Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão "direitos do homem", que é certamente enfática — ainda que oportunamente enfática, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação". (BOBBIO, 2004, p.20)

Assim, inegável o caráter de Direito Humano de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A preservação e conservação do meio ambiente é um imperativo para a continuidade da vida na Terra. O meio ambiente é a base para inclusive que os outros Direitos Humanos possam ser assegurados. Sem um ambiente salubre, a saúde e o bem estar restam comprometidos inexoravelmente. Exige-se um meio ambiente não poluído. Assim, como se expressa Norberto Bobbio (2004, p.9): "Emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído."

> Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificadamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicitas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre termas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, a comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2004, p.569).

Quando se objetiva investigar a tutela dos recursos ambientais no Brasil, nota-se que desde as Ordenações Afonsinas, e perpassando pelas demais ordenações (Manuelinas[268] e Filipinas), encontram-se registros que disciplinam a utilização dos recursos ambientais. Havia naquele instante uma proteção, todavia o que se objetivava não era propriamente a consecução de um equilíbrio do meio ambiente. A água, a flora, a fauna, etc. eram protegidos mediatamente, uma vez que o escopo principal era de viés simplesmente econômico.

Neste sentido, Rômulo Rocha Sampaio (2012, p.92) destaca que o perfil de colonização do Brasil foi marcado por diferentes ciclos de exploração dos recursos naturais. Verifica-se que até o final do século XIX/início do século XX a ocupação e exploração predominante no território brasileiro deu-se nos limites da hoje Bioma da Mata Atlântica. Desta feita, o avanço

[268] Um exemplo que pode ser citado é o presente no Livro V, Título C, das Ordenações Manuelinas, sobre a morte de bestas e corte de árvores frutíferas: "Qualquer peffoa que matar befta de qualquer forte que feja, ou boi, ou vaca alhea por malicia, fe for na Villa, o em qualquer cafa, pague a extimaçam em dobro, e fe for no campo pague-a em tresdobro, e todo pera feu dono. E o que cortar qualquer aruore de fruito em qualquer parte que efteuer, paguará a extimaçãm dela a feu dono em trefdobro, e aalem dello fe o dano que affi fezer, quer nas beftas, ou guado, quer nas aruores, for de valia de quatro mil reaes, ferá açoutado, e mais ferá degradado quatro anos para Alem. E fe for valia de trinta cruzado, e di pera cima, feja degradado para fempre pera Ilha de Sam Thome." Fonte: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p301.htm acesso em 13 de novembro de 2020.

sobre novas fronteiras é recente e começa a se estender no século passado para o cerrado e para a Amazônia. Destaca, o pensador, que ciclos onde predominavam determinadas atividades marcaram a construção do ordenamento jurídico daquelas épocas: extração do pau-brasil, agricultura (cana-de-açúcar, café e algodão), pecuária e mineração.

> Considerando que havia quantidades de terras em abundância, os diferentes ciclos de exploração de recursos naturais apresentaram uma característica bastante peculiar: o total descuido com os ecossistemas e seus atributos ecológicos. Mais de cinco séculos se passaram desde a primeira onda de colonizadores, e os resultados dos processos de exploração e ocupação desordenados podem ser sentidos pelos seguintes indicadores objetivos, especificamente, no Bioma Mata Atlântica: primeiro, menos de 10% do bioma continua preservado; segundo, a alta suscetibilidade dos habitantes da região (mais de 60% da população brasileira) a fenômenos naturais como enchentes, secas prolongadas e até tornados; terceiro, mais da metade das espécies atualmente em extinção no Brasil são do Bioma Mata Atlântica; quarto, a poluição do ar, da água e do solo é uma característica marcante da região. (SAMPAIO, 2012, p.93 e 94).

Esta exploração do recursos naturais no Brasil colônia e império não apresenta um regulação normativa de tutela do meio ambiente. Como salientado, as legislações tratavam o recursos naturais por uma perspectiva exclusivamente privatista. Não havia naqueles tempos uma percepção da finitude dos recursos ambientais e das consequências da sua malversação para a continuidade da vida na Terra.

> Nesse período, havia algumas normas isoladas de proteção aos recursos naturais que se escasseavam, como, por exemplo, o pau-brasil, o ouro etc. Tivemos, então, as seguintes principais normas: a) Regimento do Pau-Brasil de 1605, que protegia o pau-brasil como propriedade real, impondo penas severas a quem cortasse árvores dessa natureza sem licença; b) Alvará de 1675, que proibia as sesmarias nas terras litorâneas, onde havia madeiras; c) Carta Régia de 1797, que protegia as florestas, matas, arvoredos localizado nas proximidades dos rios, nascentes e encostas, declaradas propriedades da Coroa; e d) Regimento de Cortes de Madeiras de 1799, que estabelecia regras para a derrubada de árvores. (SIRVINSKAS, 2018, p.67).

Nas primeiras décadas do século XX, verifica-se que, conjuntamente com a perspectiva econômica, a questão ambiental também passa a ser tutelada, mas tendo como enfoque central as questões sanitárias. Verifica-se uma mitigação do aspecto simplesmente privado/econômico. Citem-se, como exemplos, o Decreto nº 16.300/23 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública), o Decreto nº 23.793/34 (Código Florestal), o Decreto nº 24.114/34 (Regulamento da Defesa Sanitária Vegetal) e o Decreto n º 24.643/34 (Código das Águas).

Este período legislativo anterior a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) é caracterizado por Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p.179) pela fragmentariedade e dispersão legislativa. O pensador relata que a maioria destas legislações disciplinavam o uso e a proteção dos recursos naturais, no entanto, não tinham um escopo autônomo de proteção do meio

ambiente com um perspectiva de garantia de um futuro das gerações vindouras. Nota-se que neste instante as discussões sobre os problemas ambientais não existiam ou eram incipientes. Não se via o meio ambiente com um bem jurídico digno de tutela. Salienta o autor que antes[269] da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente "a proteção dos recursos naturais se deu preponderantemente em virtude de interesses de índole econômica ou mesmo em vista da proteção da saúde humana, imperando, portanto, uma visão ainda meramente instrumental dos recursos naturais, sob uma matriz dicotômica homem-natureza de inspiração cartesiana." (SARLET, 2014, p.179). Uma mudança de paradigma somente surgiria nos anos 1970 fruto de influências e proposições internacionais citadas anteriormente.

> O primeiro recorte histórico-legislativo que propomos e que identifica a primeira fase - denominada fase fragmentária-instrumental - caracteriza o período anterior à Lei 6.938/81. Tal compreensão tem sua razão de ser no fato de não identificarmos, antes de tal diploma legislativo, amparo normativo - tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional - suficiente para dar conta de estabelecer um (micro) sistema legislativo ecológico, o que se altera substancialmente com a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente no ano de 1981. Para nós, é ali que nasce o Direito Ambiental brasileiro, independentemente da existência prévia, em outros momentos históricos, de legislações esparsas que, de uma forma ou outra, vieram a regular o uso de recursos naturais. (SARLET, 2014, p.180 e 181).

Luís Paulo Sirvinskas (2018), também, destaca o caráter fragmentário e não autônomo deste período de normatização do recursos ambientais[270]. O autor destaca o aspecto privatista e

---

[269] "Em alguns casos excepcionais, é possível identificar, mesmo antes da Lei 6.938/81, legislações que já traziam algum conteúdo propriamente ecológico, mas ainda sem qualquer pretensão de sistematização da matéria, como é o caso do Decreto 73.030/73, que criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), no âmbito federal, e da Lei 6.803/80 sobre o controle da poluição industrial, introduzindo o estudo de impacto ambiental no nosso ordenamento (art. 8º). Mas, conforme assinalamos anteriormente, a sistematização da matéria ambiental e o "ancoramento" dos valores ecológicos no ordenamento jurídico brasileiro só se verificaram a partir de 1981". (SARLET, 2014, 182).

[270] Como principais legislações do período fragmentário destacam-se: "a) Lei n. 601/1850, conhecida por Lei de Terras do Brasil, que disciplinava a ocupação do solo e estabelecia sanções para atividades predatórias; b) Decreto n. 8.843/11, que criou a primeira reserva florestal do Brasil, no Acre; c) Lei n. 3.071/16 (Código Civil), que estabelecia vários dispositivos de natureza ecológica, mas de cunho individualista; d) Decreto n. 16.300/23, que dispunha sobre o Regulamento da Saúde Pública; e) Decreto n. 24.114/34, que dispunha sobre o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal; f) Decreto n. 23.793/34 (Código Florestal), que dispunha limites ao exercício do direito de propriedade; g) Decreto n. 24.643/34 (Código de Águas), que também dispunha sobre a captação e o uso da água, ainda em vigor; h) Decreto-lei n. 25/37, que dispõe sobre o Patrimônio Cultural; i) Decreto-lei n. 794/38, que dispunha sobre o Código de Pesca; j) Decreto n. 1.985/40, que dispunha sobre o Código de Minas; k) Decreto n. 2.848/40, que dispõe sobre o Código Penal; l) Lei n. 4.504/64, que dispunha sobre o Estatuto de Terra; m) Lei n. 4.771/65 (o antigo Código Florestal), que estabelecia normas importantes para a proteção das florestas e outros recursos naturais; n) Lei n. 5.197/67, que dispõe sobre a Proteção à Fauna — antigo Código de Caça; o) Decreto-lei n. 221/67, que dispõe sobre o Código de Pesca; p) Decreto-lei n. 227/67, que dispõe sobre o Código de Mineração; q) Decreto-lei n. 238/67, que dispunha sobre a Política Nacional de Saneamento Básico; r) Decreto-lei n. 303/67, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental; s) Decreto n. 5.318/67, que dispunha sobre a Política Nacional de Saneamento e revogou os Decretos-leis n. 248/67 e 303/67; t) Lei n. 5.357/67, que estabelecia penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançassem detritos ou óleo em águas brasileiras; u) Decreto-lei n. 1.413/75, que

patrimonial da tutela dos recursos ambientais e, apenas, excepcionalmente, como nos casos sanitários por exemplo, fugia-se deste paradigma.

> Esse período caracteriza-se pela exploração desregrada do meio ambiente, cujas questões eram solucionadas pelo Código Civil (direito de vizinhança, por exemplo). Havia, sim, preocupações pontuais, objetivando a conservação do meio ambiente e não a sua preservação. Surgiu, nesse período, a fase fragmentária, em que o legislador procurou proteger categorias mais amplas dos recursos naturais, limitando sua exploração desordenada (protegia-se o todo a partir das partes). (SIRVINSKAS, 2018, p.67 e 68).

Mesmo diante destas diversas legislações que versavam sobre o meio ambiente, apenas na década de 80 se pode dizer que o meio ambiente ganharia uma tutela autônoma no direito brasileiro. O advento de um direito verdadeiramente do ambiente surge com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). A Lei nº 6.938/81 é a norma geral para preservação e conservação do meio ambiente. Ela estabelece conceitos, princípios, instrumentos e objetivos para a consecução do meio ambiente equilibrado. A partir deste instante a ideia de desenvolvimento econômico deveria caminhar junto com o equilíbrio ambiental, nos termos do art. 2º da Lei 6.938/81.[271]

Rômulo Rocha Sampaio (2002, p.132) enfatiza que a revolução normativa ambiental brasileira realmente se verifica no início da década de 1980 com o advento da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). Seu texto veio a introduzir conceitos fundamentais para o Direito Ambiental tais como meio ambiente, poluidor, poluição e degradação ambiental. Rômulo Sampaio destaca que a legislação trouxe, também, a tipificação

---

dispunha sobre o controle da poluição; v) Lei n. 6.543/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil em casos de danos provenientes de atividades nucleares." (SIRVINSKAS, 2018, p.68).

[271] Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:
I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
Ill - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
VIII - recuperação de áreas degradadas;
IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

do princípio do poluidor-pagador[272]. Ademais, a Lei 6.938/81 dispôs sobre a responsabilidade objetiva[273] e solidária[274] ambiental o que constituiu um importante instrumento para a reparação dos danos ambientais, além da necessidade de licenciamento ambiental para as atividades potencial ou efetivamente poluidoras.[275] Por fim, o autor cita que a lei foi responsável por estabelecer a estrutura institucional ambiental brasileira na figura do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA[276]).[277]

Isto posto, repita-se somente a partir das décadas de setenta e oitenta do século passado a tutela do meio ambiente ganha autonomia no direito brasileiro frente a outros ramos do direito que disciplinavam a utilização dos recursos naturais por outras perspectivas. O Direito Ambiental ganha objeto de proteção próprio (meio ambiente) e princípios e normas reguladoras. Maria Machado Granziera (2014) informa, assim, que o Direito Ambiental é uma novel disciplina, surgida após a segunda metade do século XX. "A necessidade de organizar as atividades humanas, com vistas a refrear as consequências que começavam a ser sentidas, deu azo ao surgimento de um novo direito, que se ocupasse sistematicamente da proteção ambiental." (GRANZIERA, 2014, p.5.) Este novo ramo do direito pátrio[278] teria como objetivo central a

---

[272] "O poluidor deve arcar com todos os ônus de seus atos, com o custo da produção. O fundamento do princípio, portanto, é afastar o ônus do custo econômico de toda a coletividade e repassá-lo ao particular que, de alguma forma, retira proveito do dano e das implicações que o meio ambiente sofrerá com o seu empreendimento". (TRENNEPOHL, 2020, p.62)

[273] Vide a disposição do art. 14, §1º, da Lei 6.939/81: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente." (grifo meu).

[274] "a responsabilidade civil ambiental é solidária, ou seja, todos os responsáveis diretos ou indiretos pelo dano causado responderão solidariamente pelos danos ao meio ambiente. Afirma o STJ que "os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando- se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas litisconsórcio facultativo". (GARCIA; SILVA, 2016, p.190).

[275] Vide art. 10 da Lei 6.938/81: "Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental".

[276] "A finalidade da criação de um Sistema Nacional de Meio Ambiente é estabelecer uma rede de agências governamentais, nos diversos níveis da federação, visando a assegurar mecanismos capazes de, eficientemente, implementar a política nacional do meio ambiente." (GARCIA; SILVA, 2016, p.117).

[277] "A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição da República de 1988, afigura-se como norma geral sobre proteção ambiental, estabelecendo princípios, objetivos e instrumentos para a implementação da preservação dos recursos naturais no País, além de instituir o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA." (GARCIA; SILVA, 2016, p.101).

[278]Dúvidas não restam que a Constituição da República do Brasil de 1988 assegura a promoção do desenvolvimento, mas não de qualquer tipo de desenvolvimento. É um desenvolvimento pautado pelo desejo de crescimento da economia, entretanto sem deixar de atender as necessidades e carências sociais cumulada com a preservação do ambiente. Vide artigo 170 da Constituição Federal de 1998 ao disciplinar os princípios gerais da ordem econômica e financeira.

conservação e a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos, com o desiderato de permitir para as gerações presentes e vindouras (compromisso transgeracional) uma salutar qualidade de vida.

Édis Milaré (2011) acompanha a mesma perspectiva ao conceituar o Direito Ambiental: "O complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações." (MILARÉ, 2011, p. 1062).

Guilherme José Purvin de Figueiredo destaca a importância do Direito Ambiental e seu conteúdo interdisciplinar dentro do contexto do direito brasileiro:

> Hoje, o Direito Ambiental, mais do que meramente disciplinar o comportamento relacionado ao meio ambiente, estuda as normas e os princípios que regulam a proteção do ambiente natural e de ambientes construídos ou artificiais, como o são o meio ambiente urbano, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural. Falamos em tutela jurídica do meio ambiente, do patrimônio cultural e da sadia qualidade de vida. Estamos, portanto, diante de um direito tutelar, da mesma forma que o são o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho, que pretendem a defesa, respectivamente, do consumidor e do trabalhador. O fato de incidirem normas de Direito Administrativo, Urbanístico, Agrário ou do Trabalho em determinados aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural ou do trabalho) não altera o seu regime jurídico. (FIGUEIREDO, 2013, p. 71).

Assim, Luís Paulo Sirvinskas (2018, p.68) relata que com o surgimento do Direito Ambiental promovido pela edição da Lei 6.938/81 o meio ambiente ganhou uma proteção holística. Diversos diplomas legais vieram a seguir com o intuito de efetivação da tutela do meio ambiente. Assiste-se o surgimento e a busca de efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado direito e dever de todos.

> Nesse período, citamos somente algumas normas: a) Lei n. 7.347/1985, que dispõe sobre a Ação Civil Pública; b) Constituição Federal de 1988; c) Lei n. 8.171/91, que trata da política agrícola; d) Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; e) Lei n. 9.985/2000, que dispõe sobre as Unidades de Conservação; f) Lei n. 10.257/2001, que dispõe sobre o Estatuto da Cidade; g) Lei n. 11.445/2007, que dispõe sobre a Política Nacional de Saneamento Básico; h) Lei n. 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional dos Resíduos Sólidos — PNRS; i) Lei n. 12.651/2012, que dispõe sobre o novo Código Florestal etc. (SIRVINSKAS, 2018, p.68).

Ao se investigar a disciplina constitucional do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, percebe-se sua ausência nas constituições brasileiras anteriores a de 1988. Com salienta Paulo Affonso Leme Machado, a Carta Constitucional de 1988 foi a primeira a tutelar o tema "meio ambiente" em sua concepção unitária e holística. Destaca-se, no entanto, que não inovou na temática dentro da América Latina, tendo sido precedida pelas Constituições do

Equador e do Peru de 1979, Chile e Guiana de 1980, Honduras de 1982, Panamá de 1983, Guatemala de 1985, Haiti e Nicarágua de 1987. Na Europa - Portugal e Espanha - inovaram em 1976 e 1978 – ao introduzir o tema nas Constituições. (MACHADO, 2013 p.145)

A Constituição do Império de 1824 não tratou dos recursos ambientais. Como constata Paulo de Bessa Antunes (2010, p.59), na ocasião de sua outorga, o país tinha como eixo central da economia o setor primário. O Brasil, diferentemente dos países centrais europeus, não havia iniciado seu processo de industrialização e a exportação de produtos manufaturados era uma exceção. A Constituição de 1824 foi marcada por um postura liberal de não intervenção do Estado na economia, não se estabelecendo, desta maneira, nenhum instrumento que procurasse estabelecer a sustentabilidade dos recursos naturais.

> Proprietários de terras não tinham qualquer incentivo para conservar suas áreas. Dependendo dos laços que mantinham com a Coroa ou com o Império, após o esgotamento da capacidade produtiva da terra, solicitavam novas concessões, ampliando sobremaneira as fronteiras da devastação. Essa política se estendeu por séculos e, quando da independência, em 1822, uma oligarquia rural e poderosa cultivada e incentivada desde o descobrimento acabou por influenciar decisivamente a concepção de políticas públicas excludentes, através da glorificação de um paradigma legal e político-liberal baseado em tradições civilistas fundamentadas no absolutismo de direitos individuais. (SAMPAIO, 2012 p.96 e 97).

O período constitucional republicano confunde-se com a competência conferida à União para legislar não propriamente sobre o meio ambiente, mas sobre temas que o tutelavam obliquamente como, por exemplo, a proteção da saúde ou a preservação dos monumentos históricos, artísticos e naturais. O novo regime político instaurado pela Constituição de 1891 trouxe o regime republicano e federativo. Houve uma perda de autonomia dos municípios frente ao regime anterior e as antigas províncias foram transformadas em Estados que ganharam certo grau de autonomia. Nota-se, no entanto, que apesar disso, que a federação era centralizadora ao guardar os principais poderes e competências legais para a União. Esta tendência em maior ou menor grau seguiu-se nas posteriores Constituições ulteriores. (ANTUNES, 2010, p.61).

> A CF de 1891, em seu artigo 34, nº 29[279], atribuía competência legislativa à União para legislar sobre minas e terras. Em tese, aos Estados estava reservada a competência para legislar sobre minas e terras que não pertencessem à União. Era um dispositivo extremamente genérico e insuficiente para definir atribuições. Aparentemente, questões que não dissessem respeito às minas e terras da União estavam sob competência dos Estados-Membros. (ANTUNES, 2010, p.61).

[279] Vide artigo 34, n.29, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: "Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 29. Legislar sobre terras e minas de propriedade da União". Fonte: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html acesso em 15 de novembro de 2020.

A Constituição de 1934, por sua vez, absorveu as influências de seu tempo e acabou apresentando características mais intervencionistas que suas predecessoras. Observam-se disposições no âmbito econômico e social ao se autorizar a União legislar, por exemplo sobre riquezas do subsolo, água, florestas, caça e pesca. (art. 5º, inciso XIX, J, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934[280]). Aos Estados caberia uma competência supletiva ou complementar sobre estes recursos naturais (art. 5º, § 3º, da Constituição de 1934).

> As competências legislativas federais foram muito ampliadas e, principalmente, deve ser anotado que elas cresceram nas áreas que modernamente são classificadas como infraestrutura, isto é, atividades necessárias para o desenvolvimento econômico. De alguma forma, a CF de 1934 estimulou o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional que se preocupou com a proteção do meio ambiente, dentro de uma abordagem de conservação dos recursos econômicos. Um bom exemplo do que estou falando é o Código de Águas de 1934, cujos objetivos primordiais estavam relacionados à produção de energia elétrica. (ANTUNES, 2010, p.61).

A Constituição de 1937 trouxe as mesmas competências legislativas da União para legislar sobre recursos naturais estratégicos. Novamente determinou que cabe a União legislar sobre "os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração" (art. 16, XIV, da Constituição de 1937). Igualmente, observa-se que os Estados poderiam legislar sobre estes temas desde que houvesse lei federal. A legislação estadual dever-lhe-ia suprir as lacunas da lei federal e regular as peculiaridades estaduais (art. 17 e 18 da Constituição de 1937). A Constituição de 1946 limitou-se a acompanhar estas mesmas atribuições de competência (art. 5º, XV, l, da Constituição de 1946).

Por fim, como salienta Paulo de Bessa Antunes (2010), com a Constituição de 1967, fruto do golpe civil/militar, houve uma hipertrofia dos poderes da União. Mantinha idêntica a distribuição de competências legislativas no tocante aos recursos naturais (art. 8º, XII, h/i, da Constituição de 1967), mas retirou a competência supletiva dos Estados neste tocante (art. 8º, § 2º, da Constituição de 1967.

Destes breves apontamentos das Constituições anteriores à de 1988, percebe-se que estas tinham, apenas, o objetivo de uma regulação econômica dos recursos naturais. As competências atribuídas à União, quando exercidas, culminaram em disciplina econômica daqueles recursos e somente, raramente, tinham uma perspectiva mais ampla (saúde, por exemplo). Natural que não

---

[280] Art. 5º, XIX, J, da Constituição brasileira de 1934: "Art.5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração." Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm acesso em 15 de novembro de 2020.

tivessem outras perspectivas, uma vez que um novo paradigma sobre o recursos ambientais e, consequentemente, sobre o meio ambiente somente surgiu nos anos 1970.

Observa-se, então, que a Declaração de Estocolmo de 1972 provocou uma mudança de perspectiva que culminou na edição da Lei nº 6.938/81 e ambos os textos legais influenciaram destacadamente o legislador constituinte de 1988. Assim, a Constituição brasileira de 1988 buscou promover uma efetiva proteção ambiental e não mais se limitou a uma tutela econômica dos recursos ambientais[281]. O direito a um meio ambiente equilibrado ganha *status* de direito fundamental[282]. Nota-se que a importância dada pelo legislador constituinte brasileiro ao meio ambiente é tamanha que todo o Capítulo VI, do Título VIII, da Constituição Brasileira de 1988, vem tratar 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.
> [...]

Pode-se acompanhar da simples leitura do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 quatro disposições de grande importância. Estas quatro proposições/imperativos vão se irradiar por toda legislação ordinária posterior a Constituição e irão caracterizar todo Direito Ambiental brasileiro. Além disso, vinculariam (vinculam) a interpretação e recepção da legislação pretérita numa mudança de paradigma em prol da sustentabilidade ambiental.

> a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações. (FIORILLO, 2013, p.45)

A Constituição Federal de 1998 elevou a tutela do meio ambiente a um patamar superior. Não mais somente era um direito protegido por uma lei ordinária[283], mas sim um direito

---

[281] "Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos." (FIORILLO, 2013, p.42)

[282] "Somados, assim, requisitos formais e materiais, pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim, como se pode referir a uma "ordem ambiental" que completa e condiciona a "ordem econômica" e que, por topologia, integra-se na "ordem social". (SAMPAIO, 2003, p.98).

[283] "Vale esclarecer que o advento da Constituição proporcionou a recepção da Lei n. 6.938/81 em quase todos os seus aspectos, além da criação de competências legislativas concorrentes (incluindo as complementares e suplementares dos Municípios, previstas no art. 30, I e II, da CF), dando prosseguimento à Política Nacional de

constitucional fundamental[284]. "Assim, embora não previsto no art. 5º da Constituição, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental exatamente por importar na sadia qualidade de vida do homem". (TRENNEPOHL, 2002, p. 102). Assim, repita-se, que diferentemente das Constituições brasileiras anteriores, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi expressamente assegurado ao atender a preocupação com o desiquilíbrio ambiental.

> A Constituição Federal de 1988, diferentemente das demais até então promulgadas no país, fez valer uma exigência que muito preocupava os estudiosos do direito que lutaram para a inserção de normas ambientais e mereceu entusiasmada aclamação como uma das mais modernas do mundo pela sua preocupação com o meio ambiente. (...)Inovando brilhantemente, a nossa Carta Magna trouxe um capítulo específico voltado inteiramente para o meio ambiente, definindo-o como sendo direito de todos e dando-lhe a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao poder público e à coletividade o dever de zelar e preservar para que as próximas gerações façam bom uso e usufruam livremente de um meio ambiente equilibrado. O direito à vida, assegurado como direito fundamental, inclusive enquanto princípio do Direito Ambiental, e garantido pela dignidade da pessoa humana, ganha substancial reforço quanto ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. São direitos que se complementam e se fortalecem, mutuamente. (TRENNEPOHL, 2020, p.96 e 97).

Para a consecução desse objetivo, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, no seu artigo 225, §3°[285], a responsabilidade tríplice para as atividades e condutas agressivas ao meio ambiente. A proteção do meio ambiente consubstancia-se na responsabilidade civil, administrativa e penal[286]. Não bastaria, tão somente, recompor o dano ambiental (responsabilidade civil reparatória), estaria o infrator sujeito às sanções de ordem administrativa (compensatória/sancionatória) e, inclusive, às sanções penais (sancionatória).[287]

Defesa Ambiental. Esta política ganha destaque na Carta Constitucional, ao ser utilizada a expressão ecologicamente equilibrado, porquanto isso exige harmonia em todos os aspectos facetários que compõem o meio ambiente. Nota-se não ser proposital o uso da referida expressão (política) pela Lei n. 6.938/81, na medida em que pressupõe a existência de seus princípios norteadores." (FIORILLO, 2013, p.56).

[284] "O caput do art. 225 é antropocêntrico. É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a 'vida e a dignidade das pessoas' - núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana". (MACHADO, 2013, p. 153).

[285] Art. 225. §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[286] "A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de responsabilização do poluidor, em decorrência do mesmo dano ambiental, nas esferas penal, administrativa e civil. Desta forma, de acordo com o §3° do artigo 225, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente podem sujeitar os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, simultaneamente, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." (SILVA, 2015, p. 156).

[287] "Além disso, outro aspecto de grande importância não olvidado pelo constituinte brasileiro foi a resposta jurídica às agressões ao meio ambiente. Essa inovação vem gizada no §3°, do artigo 225 como uma determinação particular,

> O entendimento das condutas e atividades lesivas o meio ambiente como crime constitui, em princípio, uma alteração importante no ordenamento jurídico pátrio, em favor do meio ambiente. É importante notar que sobre um mesmo dano aplicam-se três tipos de responsabilidade – administrativa, civil e penal -, sendo que as duas primeiras estão muito mais relacionadas com aspectos financeiros – aplicação de multas, indenização etc. Entretanto a responsabilidade criminal pelo dano ao meio ambiente afeta diretamente a pessoa, que passa à condição de ré, o que significa uma verdadeira sanção social, além da questão jurídica. (GRANZIERA, 2014, p.757).

A responsabilidade tríplice pelos comportamentos ou atividade lesivas ao meio ambiente são apontadas por Guilherme José Purvin de Figueiredo (2013). Destaca a independência entre as instâncias em sua obra Curso de Direito Ambiental:

> Em outras palavras, a poluição pode ser entendida como crime, como infração administrativa e como dano. As diferentes instâncias são independentes: eventual absolvição do infrator na esfera penal não o exonera automaticamente do dever de reparação do dano causado (responsabilidade civil), nem tampouco das sanções administrativas (p. ex., multa, interdição das atividades, etc). Da mesma forma, o pagamento de uma simples multa ambiental não desobriga o poluidor de reparar civilmente o dano que causou. (FIGUEIREDO, 2013, p. 173)

Édis Milaré (2009) fornece no seu livro "Direito do Ambiente" um exemplo bastante elucidativo de como se opera a tríplice responsabilização pelo dano cometido ao meio ambiente:

> Como se vê, a danosidade ambiental, potencial ou efetiva, pode gerar uma tríplice reação do ordenamento jurídico, ou seja, um único ato pode detonar a imposição de sanções administrativas, penais e civis. Assim, por exemplo, o carreamento de efluentes para um manancial, comprometendo a fauna ictiológica e as condições sanitárias do meio ambiente, pode ensejar: 1) pagamento de multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), com base no art. 62, VIII, do Dec. 6.514/08; 2) condenação à pena de detenção, de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente, com base no art. 33 da Lei 9.605/98; 3) pagamento de indenização ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com base no art. 14, da Lei 6.938/81. (MILARÉ, 2009, p.180).

É digno de nota, no entanto, que a proteção com aplicações de sanções penais e administrativas contra os danos ambientais não é uma inovação promovida pela Constituição da República de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro. A lei n° 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) já previa sanções civis, administrativas e, inclusive, penais, frente as degradações ambientais. Citem-se os artigos 9°, IX, e 15 desse diploma legal:

> Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
> [...]
> IX - As penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.
> [...]
> Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão

---

em que se prevê explicitamente a cominação de sanções penais e administrativas, conforme o caso, aos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) que eventualmente causem lesão ao citado bem". (PRADO, 2010, p. 79).

> de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989).

Mesmo com a tutela já anteriormente estabelecida, inegável que o *status* de proteção do meio ambiente constitucional trouxe maior valoração para o bem jurídico. O meio ambiente é, com a Constituição Federal um direito fundamental material que exige proteção frente a atividades lesivas. Impôs a Constituição Federal no seu art. 225, §3° a necessidade de sancionar administrativamente e penalmente as condutas e as atividades lesivas ao meio devendo o legislador ordinário regulamentar tal finalidade. Conclui-se, diante do exposto, assim, a responsabilidade ambiental nos termos do resumo apresentado por Édis Milaré:

> Em âmbito civil, a responsabilidade ambiental, isto é, o dever de reparar, exsurge com a simples presença do nexo causal entre a lesão e uma determinada atividade. Isto porque o art. 14, da Lei 6.938/81 adotou a teoria da responsabilidade objetiva, por força da qual não se exige a configuração do elemento subjetivo – dolo ou culpa – tampouco da ilicitude do ato. Com isso, fugiu o legislador ambiental do regime geral da responsabilidade civil objetiva, como previsto no art. 186 do novo Código Civil. Em âmbito penal, o crime se configura com a presença de dois requisitos[288]: tipicidade e antijuridicidade, conforme se deduz do teor dos art. 1º e 23 do Código Penal. A culpa e o dolo – isto é, o estado psicológico do agente – constituem elementos subjetivos do tipo, tal como definidos no art. 18 do mesmo diploma legal. Com isso, positivou-se a natureza subjetiva da responsabilidade criminal. Para que incida a pena, exige-se, ainda, o requisito culpabilidade, que se desdobra em imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. Na esfera administrativa, o art. 70 da Lei 9.605/98, ao definir a infração ambiental, considerou como ilícito administrativo não só o comportamento típico, tal como ocorre em âmbito penal, mas foi mais abrangente, visando à punição de toda atividade contrária a quaisquer regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Daí dizer-se que o fundamento da infração administrativa é tão-só a ilicitude da conduta, considerada como qualquer violação ao ordenamento jurídico, independentemente da configuração de culpa em sentido lato, senão naqueles casos em que a lei expressamente o exigir. A particularidade aqui é a inversão do ônus da prova, justificada pela presunção de legitimidade do auto de infração – desse modo incumbe ao autuado a elisão desse atributo, que é inerente a qualquer ato administrativo. (MILARÉ, 2009, p. 181 e 182).

Apesar da determinação expressa de criminalização dos comportamentos lesivos ao meio ambiente somente dez anos depois (1998) é editada no Brasil a Lei dos Crimes Ambientais que constituirá um marco na disciplina penal ambiental no país.

[288] Édis Milaré adota uma teoria bipartida do crime. Data vênia, acredita-se que a teoria tripartida de crime é a mais legítima para a configuração do crime.

7 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE E A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É momento de verificar se a Lei dos Crimes Ambientais respeita o Princípio da Legalidade e se pode ser compatibilizada com a taxatividade exigida na construção dos tipos penais. Este é o objetivo central deste trabalho. Nota-se que o bem jurídico meio ambiente necessita de proteção como um imperativo para a continuidade da vida das presentes e das futuras gerações. Dúvidas não há sobre sua dignidade penal diante da sua grande importância. A questão que se impõe é se é legitima a construção de tipos penais tão abertos para a consecução da tutela ambiental. Indaga-se: Este bem jurídico de natureza difusa (meio ambiente) pode ser tutelado nos moldes estabelecidos pela Lei 9.605/98 sem ferir a taxatividade exigida pelo Princípio da Legalidade? A aporia que porventura se encontra é como criminalizar condutas por intermédio de tipos abertos em consonância com taxatividade dentro do Direito Penal Ambiental

7.1 A tutela penal do meio ambiente

Um dos princípios de um Direito Penal democrático é o da intervenção mínima. Nos termos do aludido princípio o Direito Penal é a *ultima ratio*. Isto posto, deve-se evitar ao máximo o emprego da sanção penal. Esta, apenas, se legitima quando os outros ramos do Direito se mostrarem incapazes de tutelar o bem jurídico. Assim, o Direito Penal, diante de sua violência, deve ser destinado ao casos mais graves que não encontrem noutras disciplinas jurídicas suficiente tutela. Defende-se, assim, não uma ausência total do Direito Penal, mas tem-se como um imperativo um Direito Penal mínimo.

Silva Sánchez (2001, p.20) observa que a realidade atual de todas as legislações parece caminhar em um sentido contrário. O autor revela que não é difícil de se constatar uma tendência prevalecente de uma nova introdução de tipos penais e um recrudescimento dos já estabelecidos. Nos termos do pensador espanhol, o surgimento de novos “bens jurídicos-penais”, a amplificação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais seriam os principais fatores desta expansão. A contradição que se nota é o discurso de um Direito Penal mínimo como base no princípio da *ultima ratio* e este movimento legislativo e dogmático expansionista. Ao analisar o Código Penal

espanhol de 1995, Silva Sánchez percebe esta antinomia o que aliás não é exclusividade apenas daquele país e, sim, um movimento legislativo global.

> Tal expansión es, por cierto, una característica innegable del Código penal español de 1995 y la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica - huida (selectiva) al Derecho penal- no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frivolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía. En todo caso, el legislador de 1995, en efecto, no pudo sustraerse ni siquiera a un reconocimiento expreso —aunque a medias— de este fenómeno, al aludir en la Exposición de Motivos del cuerpo legal a la existencia de una - antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja- , antinomia que se resolvería en el texto, según el propio legislador, -dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 20).

A solução acima apresentada para "resolver" esta antinomia entre a intervenção mínima e a expansão penal não se concretiza ao se fazer uma verificação nas legislações. Propunha-se que as novas criminalizações efetuadas nesta expansão seriam "compensadas" pela revogação de delitos que deixariam de ter razão de existir. O que se percebe não é um movimento de substituição de figuras delitivas, mas sim um processo de acumulação onde ao Direito Penal tradicional somam-se estes novos delitos e as flexibilizações supracitadas.

> Hodiernamente é de reconhecer que vivemos uma tendência em que se observam alguma descriminalização (que se realiza de modo bem pausado, tributária à existência de elevados coeficientes de resistência política) e uma acentuada neocriminalização (conduzida com velocidade diferenciada estimulada por significativo suporte social). Este descompasso revela, sem dúvida, um saldo negativo para os espaços de liberdade, que se veem cada vez mais encurtados, posto que a malha do direito penal se apresenta progressivamente mais extensa. (CÂMARA, 2006, p. 219).

Comumente se apresenta como causa direta desta expansão penal uma arbitrariedade do poder público que transformaria o Direito Penal em uma panaceia. Demonstraria uma comodidade do legislador que procuraria solucionar os problemas sociais com o emprego deste forte instrumento de controle social. Seria o denominado Direito Penal simbólico que nada mais é que uma ferramenta demagógica para os males da sociedade.

> Nessa linha, tem-se afirmado que a legislação penal produzida nas duas últimas décadas na América Latina e especificamente no Brasil representa um dos mais tristes capítulos na história do Direito. A partir de um populismo irracional, os agente políticos têm provocado caos legislativo que, longe de ser orientado por um autoritarismo ideológico – como o fascista ou nazista – ou conjuntural – como o derivado dos regimes militares-, encontra origem em discursos vazios, de natureza moral. (BECHARA, 2011, p.162).

Afirmar que a expansão do Direito Penal é fruto somente da utilização do Direito Penal simbólico é não investigar a fundo suas raízes. Não se nega, de forma alguma, que o Direito Penal simbólico é responsável pela edição de diversos diplomas legais e contribui

demasiadamente para a hipertrofia penal, no entanto, a expansão do Direito Penal não se limita somente a esta circunstância. Ao se pesquisar a sociedade atual percebe-se o surgimento de novas esferas que reclamam proteção. Novas formas de delinquência surgem e a sociedade insegura clama pela intervenção do Estado. Não se pode dizer que todas as demandas sociais de tutela penal são racionais, mas não há como negar uma esfera que realmente se consolida como necessária do *jus puniendi*.

> Subrayar esto último me parece esencial. En efecto, difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentar las bases de la mejor solución posible a los.problemas que suscita, si se desconoce la existencia en nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de más protección. A partir de ahí, cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión en términos más o menos irracionales como demanda de punición. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores. Como asimismo conviene cuestionar que desde las instituciones del Estado no sólo se acojan acríticamente tales demandas irracionales, en lugar de introducir elementos de racionalización en las mismas ^^, sino que incluso se las retroalimente en términos populistas 16. Todo esto es, seguramente, cierto. Pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogiéndose en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p.22).

Silva Sánchez (2001) apresenta algumas causas desta expansão que procuram fugir da simplificação de um simples aumento penal pela sua utilização simbólica. Interessante notar que todas estas causas justificam a inclusão do meio ambiente com novo âmbito de tutela do Direito Penal. Cite-se algumas delas: 1) surgimento de novos interesses; 2) o efetivo aparecimento de novos riscos, 3) a institucionalização da segurança; 4) a sensação social de insegurança; 5) a configuração de uma sociedade de "sujeitos passivos"; 6) a identificação da maioria com vítimas do delito; 7) o descrédito de outras instâncias de proteção.

Já se evidenciou neste texto que é tarefa do Direito Penal a proteção do bens jurídicos essenciais para a convivência da sociedade. Isto posto, percebe-se que novos bens jurídicos surgem com a trajetória da história do homem e, caso sejam fundamentais, necessária é a sua tutela penal se não forem suficiente protegidos pelos outros ramos do Direito. O meio ambiente é um destes bens. Impensável, pelo que já ficou relatado, falar em uma preocupação autônoma do meio ambiente antes dos meados do século XX. A valoração do meio ambiente somente alcança relevância após os problemas vivenciados a partir da Segunda Grande Guerra Mundial. Não se poderia, desta maneira, exigir que o legislador de 1940 (Decreto-lei nº 2.848/40) já tivesse

estabelecido os crimes ambientais. Nota-se aqui que a expansão do Direito Penal surgiu para atender o surgimento deste novo interesse que não existia outrora, mas que agora se justifica.

> Pese esse preocupante quadro, mormente em uma época em que se clamava exatamente por menos direito penal, não seria lícito ignorar que parcela significativa das áreas da vida social ora sob tutela penal fica a dever-se ao surgimento de novas realidade delitivas necessitadas de contenção – zonas socialmente nocivas (permeadas por "novos grandes riscos" de nosso tempo histórico) que reclamam a intervenção de um extravagante direito penal, de contornos e dimensões – é preciso reconhecer – ainda imprecisos, máxime quando constata-se que "os novos riscos têm algo de irreal, pois as suas consequências dirigem-se ao futuro. (CÂMARA, 2006, p.220).

Além do meio ambiente ganhar valoração como bem essencial para a vida do homem e de todos os seres vivos da Terra sendo, assim, reconhecido no âmbito do internacional e nacional verifica-se, também, sua imensa suscetibilidade de violação. A sociedade de risco que tem corolário uma utilização da ciência e da técnica não raras vezes irrefletida, trouxe potencialidade deletéria não antes constatada. A própria atividade humana é responsável pela violação do equilíbrio ambiental. Novas atividades criaram riscos impensáveis e imensuráveis que antes não existiam (vide a questão nuclear).[289]O aparecimento destas atividades e, consequentemente destes novos riscos ambientais, potencializaram igualmente a expansão do Direito Penal.

A institucionalização da insegurança e a sua sensação social[290] são características das sociedades pós-industriais.[291] A sociedade do risco é fruto do desencaixe das instituições

---

[289] "De sublinhar que o "direito penal do risco", por excelência direito penal secundário, tem em mira os "novos grandes riscos" de que vimos falando, com ênfase para a criminalidade meio ambiental, genética e nuclear, bem como para uma criminalidade que se estrutura e se organiza para desenvolver tais condutas. Cuida-se de comportamentos desviantes que apresentam um nota distintiva que causa inquietação: colocam em perigo não apenas portadores concretos (pese não raro de difícil identificação dado à natureza difusa, opaca e fragmentada de ações delitivas que se prolongam no tempo e no espaço) de bens jurídicos valiosos e necessitados de tutela penal, mas também se projetam sobre um arco temporal lato e impreciso, podendo vir a alcançar até memo gerações futuras (vítimas ultra virtuais)". (CÂMARA, 2006, p.227).

[290] "De fato a partir do início da década de 80 do século passado, a corrente político-criminal da Lei e Ordem encontrou suporte e força expansiva em face de acontecimentos diversos ocorridos no Brasil, dentre os quais: 1) o incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais abastados, até então imunes a ataques agressivos (como sequestros e roubos a estabelecimentos bancários); 2) o terrorismo político e até mesmo imotivado de facções vinculadas tanto à esquerda com `a extrema direita; 3) o crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes; 4) o avanço do crime organizado, expondo a corrupção e impunidade; 5) o incremento da criminalidade de massa (roubos e furtos); 6) a percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano; 7) o conceito reducionista de violência, fazendo-se coincidir com a criminalidade e 8) a difusão pelos meios de comunicação social de um sentimento de insegurança, por meio da dramatização da violência." (BECHARA, 2011, p.175).

[291] "A intensificação da sensação de insegurança, pela democratização dos riscos e pela distorção em sua percepção, acirra o discurso pela restrição de atividades de risco que, ao mesmo tempo, são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico dentro do atual modelo da livre concorrência. A expectativa econômica de inovação, que faz funcionar o sistema atual de produção e consumo, abala a expectativa de segurança, e coloca em crise a estrutura deste mesmo modelo. Este embate discursivo antagônico, paradoxal e autofágico tem consequências em todos os níveis de organização social, com potencial para desestruturar sua base estável e abalar os mecanismos de controle normativo, entre os quais o direito. (BOTTINI, 2009, p.114).

mencionadas por Anthony Giddens (vide capítulo 2). A interdependência entre as pessoas cria vínculos que necessitam da confiança. Sabe-se cada vez mais de menos. A alta especialização exige sempre um mediador entre o risco e a sua percepção. Quais os riscos do efeito estufa? Quais os perigos dos usos dos agrotóxicos? Qual o efeito da poluição atmosférica para a saúde humana? Depende-se do outro para a aferição do risco e tal circunstância é agoniante. Além disso, para que o risco ou o dano não seja produzido depende-se cada vez mais da postura do outro indivíduo. Exige-se uma conduta (comissiva ou omissiva) doutro como pressuposto da segurança. A incolumidade do indivíduo não é garantida simplesmente por suas próprias atitudes e depende do comportamento alheio[292]. Na esfera ambiental, por exemplo, exige-se a omissão de certos comportamentos como, por exemplo, a emissão de efluentes fora dos padrões e a comissão de certas atitudes como obtenção de licenciamento ambiental para o exercício de serviços potencialmente poluidoras.

> La creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar, por otro lado, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros 35. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica. (SILVA SÁNCHES, 2001, p. 30).

Duas causas que caminham, também, juntas para um aumento da expansão do Direito Penal são a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos e a identificação da maioria das pessoas como vítima do delito. São duas faces da mesma moeda. O cidadão da sociedade de risco sente-se fragilizado pelo comportamento do outro. A exigência da punição de certas atividades vem do sentimento de ser uma potencial vítima, mas não observa que em muitos casos as próprias pessoas que clamam pela criminalização são potenciais autores. Por não se identificarem como possíveis violadores das normas penais, os indivíduos se sentem à vontade para exigir a criminalização daquelas condutas. Perde-se um freio importante para evitar-se certas criminalizações, pois o cidadão "exige" mais Direito Penal, pois não se imagina como um

[292] "Assim, a tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico, e, de certo modo, no empresarial. Isso porque a atividade econômica e a atividade empresarial se imbricam mutuamente, sendo certo que "o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos — v.g., a livre concorrência -, e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial". (PRADO, 2009, p. 35).

infrator futuro. Há um percepção que a responsabilidade é sempre do outro e que este terceiro (se houver realmente um terceiro) deve arcar com as sanções estabelecidas.

> A la sensación de inseguridad se suma, pues, en nuestro modelo social, la existencia de un prototipo de víctima que no asume la posibilidad de que el hecho que ha sufrido sea debido a una (culpa suya) o que, simplemente, responda al azar. Se parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable, al que imputar el hecho y sus consecuencias, patrimoniales y/o penales . A ello se ha aludido con el gráfico término de (Zurechnungsexpansion), esto es, la expansión de la imputación de responsabilidad como característica cultural de la sociedad contemporánea. La víctima siempre se pregunta por un responsable , aunque lo cierto es que a veces la respuesta correcta es que nadie es responsable. En efecto, de entrada, no cabe hablar de responsabilidad sin capacidad de acción ni conocimiento. Pero tampoco la mera concurrencia de capacidad de acción y conocimiento puede fundamentar la responsabilidad, que es una cuestión moral y, por ello, de deber. De ahí que la expansión de la imputación acabe dando lugar a procesos de despersonalización y, sobre todo, de a-moralización (esto es, de pérdida de contenido moral) en la imputación. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, P.47 e 48).

Por fim, saliente-se que a força do Direito Penal lhe presta o dever de maior obediência. A sociedade carente de proteção acaba por identificar no Direito Penal o único instrumento eficaz para satisfazer seu anseio por segurança. Tem-se a falsa sensação de que o bem jurídico que não é tutelado penalmente não é suficientemente protegido[293]. O Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* para se transformar na *prima ratio.* Esta causa de expansão do Direito Penal identifica-se com o Direito Penal simbólico, pois utiliza-se deste ramo do direito sem um compromisso técnico, mas tão-somente político demagógico.

> En este sentido, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social. Se recurre al legislador cada vez más frecuentemente y cada vez con mayor urgencia buscando protección penal frente a los problemas planteados en la nueva sociedad del riesgo. Pero en ello influye también el hecho de que —con independencia de si se sopesa antes si realmente el Derecho penal es el medio necesario y adecuado para cumplir con tal cometido—, parece estar extendida la impresión de que no existe ninguna alternativa de protección y regulación ajustada a la gravedad que se atribuye al fenómeno. Si el Derecho penal es el instrumento más drástico de control y no se acude a él en busca de la solución, ¿qué o quién puede entonces garantizar seguridad frente al comportamiento no deseado? (BUERGO, 2001, p. 36 e 37).

Assim, todas as situações acima explicitadas culminaram para contribuir para uma expansão do Direito Penal para tutelar o bem jurídico meio ambiente. O meio ambiente talvez seja um dos melhores exemplos destas causas apontadas por Silva Sánchez (2001) para a

---

[293] "Ante la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y por el Estado los nuevos riesgos y las situaciones que éstos provocan, que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos, la reacción claramente constatable es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad, así como necesaria por su hipotética efectividad." (BUERGO, 2001, p.36).

expansão do Direito Penal que, pelo neste caso, não deve ser visualizado por uma perspectiva pejorativa e ilegítima.

A legislação brasileira acompanhou este movimento expansionista. No tocante as infrações penais e administrativas, a determinação constitucional prevista no art. 225, §3°, foi normatizada com a edição da Lei n° 9.605/98[294], em 12 de fevereiro de 1998, conhecida como "Lei dos Crimes Ambientais". Esta legislação penal é constituída de oitenta e dois artigos, distribuídos em oito capítulos. São determinados no seu texto os ilícitos contra o meio ambiente e, também, as sanções penais e administrativas correspondentes a suas infrações de suas normas.

> A Lei n. 9.605/98 contém 82 artigos, distribuídos em oito capítulos. O Capítulo I trata das disposições gerais (sujeito ativo, pessoa jurídica, autoria e coautoria); o Capítulo II, da aplicação da pena (tipos de penas, consequências do crime, culpabilidade, circunstâncias atenuantes e agravantes); o Capítulo III cuida da apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime (instrumentos e produtos do crime); o Capítulo IV trata da ação e do processo penal (todos os crimes da lei são de ação penal pública incondicionada e permitem a aplicação dos dispositivos dos arts. 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, com algumas novidades); o Capítulo V cuida dos crimes contra o meio ambiente (Seção I — Dos Crimes contra a Fauna; Seção II — Dos Crimes contra a Flora; Seção III — Da Poluição e Outros Crimes Ambientais; Seção IV — Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural; e Seção V — Dos Crimes contra a Administração Ambiental); o Capítulo VI, da infração administrativa; o Capítulo VII cuida da cooperação internacional para a preservação do meio ambiente; e, finalmente, o Capítulo VIII, que cuida das disposições finais (o legislador restringiu-se a revogar as disposições em contrário, cabendo ao operador do direito cotejar as leis incompatíveis com este). (SIRVINSKAS, 2018, p. 678).

A lei, ao cumprir o ditame da Constituição Federal, objetiva superar as legislações dispersas (perfil mosaico) ao unificar o tratamento penal estabelecido à tutela ambiental por intermédio de sanções a comportamentos prejudiciais aos seus elementos[295].

---

[294] Luiz Regis Prado (2012) critica a proteção penal do meio ambiente por uma legislação extravagante. "Em rigor, é preciso reconhecer que as leis especiais somente devem ser utilizadas para as infrações de apoucada gravidade ou em casos excepcionais e restritos", (PRADO, 2012, p. 85). O Anteprojeto de Código Penal, no relatório final de 18 de junho de 2012, em consonância com essa crítica, estabelece o Título XIV os crimes contra os interesses metaindividuais. (BRASIL, 2012). Manifesta pensamento contrário Paulo José da Costa Júnior: "razões de harmonia relativa aos princípios sistemáticos que regem os Códigos, a necessidade de atingir formas mais amplas de responsabilidade e de aplicar sanções apropriadas, aconselham, na maioria dos casos, situar os crimes ecológicos no âmbito de uma legislação penal especial". (COSTA JUNIOR, 1996, p. 42).

[295] Cite-se como exemplos de legislações penais esparsas já relativas ao meio ambiente existentes antes do advento da Lei n. 9.605/98: "São elas: no Código Penal, arts. 163 (crime de dano), 164 (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia), 165 (coisa tombada), 166 (alteração de local protegido), 250, § 1º, II, h (incêndio em mata e floresta), 251, §§ 1º e 2º (explosão), 252 (uso de gás tóxico ou asfixiante), 253 (fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante), 254 (inundação), 256 (desabamento e desmoronamento), 259 (difusão de doença ou praga) e 267 a 271 (crimes contra a saúde pública); na Lei de Contravenções Penais, arts. 31 (omissão de cautela na guarda ou condução de animais), 37 (arremesso ou colocação perigosa), 38 (poluição do ar), 42 (poluição sonora) e 64 (crueldade contra animais). Nas legislações esparsas temos: arts. 15 (causar poluição colocando em perigo a incolumidade humana) da Lei n. 6.938/81 (que cuida da Política Nacional do Meio Ambiente), 26 a 36 da Lei n. 4.771/65 (antigo Código Florestal), 27 a 34 da Lei n. 5.197/67 (Lei

> As leis criminais ambientais brasileiras pretéritas, em parte vigorantes – legislação de tipo mosaico – constituíam-se em verdadeira catástrofe, [...] excessivamente prolixas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores – técnico-científicos – que regem o Direito Penal moderno. (PRADO, 2012, p. 163).

Desta maneira, com relata Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p.256), a Lei 9.605/98, apesar das críticas que possam ser feitas, afirmou perante a sociedade e ao mundo jurídico os valores ecológicos. Como bem destacou o autor, já se tutelava o meio ambiente no Brasil, no entanto, com estabelecimento de infrações administrativas e penais que se encontravam em uma legislação dispersa e imprecisa. Existia uma falta de técnica legislativa que beneficiava os infratores. Assim, a nova legislação penal ambiental (que não se limita ao Direito Penal) almeja suprir esta anomalia com o estabelecimento das sanções penais e administrativas para as condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente. (SARLET, 2014).

Terence Trennepohl (2020, p.261) observa que a finalidade principal da Lei 9.605/98 foi preencher uma lacuna já existente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo. O meio ambiente necessitava de maior acuidade e cuidados do Poder Legislativo e, após o mandamento constitucional, esta falta de providências para a sua tutela constituía um terrível omissão legislativa[296]. Como salientou Trennepohl, esta omissão de preceitos penais para a proteção ambiental quase sempre era utilizada como justificativa para uma leniência do gestor público para uma falta de punição do poluidor/degradador. “Com a Lei n. 9.605/98, resta ao administrador e, principalmente, ao Ministério Público, agirem com os instrumentos que lhes são agora

---

de Proteção à Fauna — antigo Código de Caça), 19 a 27 da Lei n. 6.453/77 (cuida da responsabilidade civil por danos nucleares e da responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares), 50 a 52 da Lei n. 6.766/79 (dispõe sobre o parcelamento do solo urbano), 2º da Lei n. 7.643/87 (proíbe a pesca ou qualquer forma de molestamento de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras), Lei n. 7.653/88 (criminalizou condutas que eram consideradas meras contravenções pelo Código de Caça e criou figuras criminosas relacionadas à pesca), 8º da Lei n. 7.679/88 (proíbe a pesca de espécies em períodos de reprodução), 15, 16 e 17 da Lei n. 7.802/89 (que disciplina o uso de agrotóxicos), 21 da Lei n. 7.805/89 (pune a extração de minério sem permissão, concessão ou licença), 10 da Lei n. 7.347/85 (recusa, retarda ou omite dados requisitados pelo MP), 6º da Lei n. 8.072/90 (que alterou os arts. 267 e 270 do CP — passou a considerar crimes hediondos causar epidemia e envenenar água potável) (SIRVINSKAS, 2019, p.677).

[296] “O Estado não está apenas "habilitado", mas sim" obrigado" a normatizar condutas e atividades lesivas ao ambiente como, por exemplo, com a tipificação de crimes ambientais ou de infrações administrativas, bem como por meio da regulamentação da responsabilidade civil do poluidor pelos danos causados ao ambiente. Como exemplo de medida tomada pelo Estado brasileiro no sentido de concretizar o seu dever de proteção ambiental, pode-se destacar a edição da Lei dos Crimes e Infrações Administrativas Ambientais (Lei 9.605/98), a qual tratou de prever sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, inclusive com a caracterização da responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º), de modo a regulamentar dispositivo constitucional (art. 225, § 3º). Tal medida legislativa, acompanhada de todo o conjunto de leis ambientais brasileiras, que não cabe aqui relacionar, dá cumprimento aos deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado pela CF/88”. (SARLET, 2014, p. 256).

disponibilizados e fazerem valer o anseio das classes que lutam por um meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (TRENNEPOHL, 2020, p.261).

> Pode-se dizer que a Lei dos Crimes Ambientais inaugura um novo ramo do Direito Penal e/ou do Direito Ambiental, em razão do tratamento legislativo sistemático que se buscou com a penalização dos crimes contra o meio ambiente. A aplicação desencontrada de multas e punições contra os atentados ao meio ambiente encontrou consolidação na nova lei, pelo fato de reunir, num mesmo diploma, crimes contra a fauna, a flora, a prática de poluições, e até mesmo infrações contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, fatos estes que residiam esparsos em diversos textos de lei. ((TRENNEPOHL, 2020, p.262).

Corroborando essa percepção, Paulo Affonso Machado (2013) constata que a referida lei procurou sistematizar a responsabilização penal e administrativa ambiental, conforme se depreende do seu projeto enviado ao Executivo em 1991[297]:

> A Lei n° 9.605, de 12.2.1998, lei nasceu de projeto enviado pelo Poder Executivo Federal. A Exposição de Motivos 42 é de 22 de abril de 1991, do Secretário do Meio Ambiente. Inicialmente, o projeto tinha o objetivo de sistematizar as penalidades administrativas e unificar os valores das multas. Após amplo debate no Congresso Nacional, optou-se pela tentativa de consolidar a legislação relativa ao meio ambiente no que diz respeito à matéria penal. A lei trata, especialmente, de crimes contra o meio ambiente e de infrações administrativas ambientais. Dispõe, também, sobre processo penal e cooperação internacional para a preservação do meio ambiente. O projeto de lei previa, no art. 81, sua entrada em vigor na data de sua publicação, sendo que o Presidente da República vetou o referido artigo. Dessa forma, pelo Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” (art. I2). A lei foi publicada aos 13.2.1998. (MACHADO, 2013, p. 828).

Verifica-se, assim, que, no direito pátrio, a Lei n° 9.605/98 seria o “Código Penal do Ambiente”. Encontram-se nesse diploma normas para a aplicação da pena, para a apreensão do produto e do instrumento do crime e, principalmente, a tipificação dos crimes contra a fauna, a flora, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e de poluição.[298] Como em seu texto encontram-se disposições específicas referentes à proteção penal do meio ambiente, deve ser respeitado, obrigatoriamente, o princípio da especialidade, ou seja, o Código Penal e o Código Processual Penal são aplicados, apenas, subsidiariamente a esse texto legal. Enfim, suas determinações prevalecem sobre as normas penais gerais no caso de antinomia. “Em geral, também as leis especiais descrevem tipos especiais em face do próprio Código Penal, por isso que preferem, ordinariamente, a este último”. (QUEIROZ, 2001, p. 43).

---

[297] “Faltava um tratamento adequado da responsabilidade penal e administrativa, espaço este agora preenchido com a incorporação ao ordenamento jurídico da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente” (MILARÉ, 2011, p.1276).

[298] A Lei n° 9.605/98, também, versa sobre Processo Penal e as infrações administrativas.

> A Lei n° 9.605/98 veio completar o marco jurídico da proteção do meio ambiente, iniciado pela Lei n° 6.938/81, pelos artigos 170 e 225 da Constituição Federal e pela Lei n° 7.347/85, que, somados às demais normas ambientais, conferem um vasto arcabouço, no que se refere às normas de comportamento em relação aos bens ambientais, à responsabilidade por danos ao ambiente e aos meios judiciais de tutela ambiental. (GRANZIERA, 2014, p.757).

A lei dos crimes ambientais tem como escopo tutelar o bem jurídico meio ambiente[299]. Diante da importância do direito à vida digna[300] e, por isso mesmo, saudável, Ana Paula Nogueira da Cruz (2008) preconiza o imperativo de uma tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado como compromisso com as presentes e futuras geração (compromisso transgeracional):

> Com efeito, já ficou registrada a importância máxima do bem ambiental no contexto jurídico pátrio. A sua estreita ligação com o exercício do direito à vida, nos termos do prescrito pela Constituição Federal, nos leva a considerar que a única forma realmente eficaz de oferecer a proteção suficiente a estes bens é a utilização da tutela penal. (CRUZ, 2008, p. 63).

Édis Milaré (2013) conclui que a proteção do meio ambiente é um dos direitos fundamentais do indivíduo dentro de um Estado Democrático de Direito. Quando o comportamento ou a atividade se demonstra intolerável em contraposição ao meio ambiente e não existe outro instrumento eficaz para sua proteção impera-se a intervenção penal como uma *ultima ratio.* Esgotam-se outras alternativas de tutela primeiramente possíveis no ordenamento jurídico e, sendo estas incapazes, "convoca-se" o Direito Penal.

> O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que, por si só, justifica a imposição de sanções penais, às agressões contra ele perpetradas, como *extrema ratio.* Em outro

---

[299] Na indagação sobre quais bens são dignos de tutela pelo Direito Penal, deve-se perquirir sobre os valores imprescindíveis para a convivência social consubstanciados pela Constituição Federal, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição da Federal de 1988): "A determinação dos valores essenciais que vão servir de parâmetro para a determinação dos bens jurídicos penais vai depender das condições sociais, econômicas e culturais, enfim, do ambiente valorativo de cada sociedade, em cada época histórica. [...] estas condições estão retratadas na Constituição Federal, a qual define quais valores são dignos de tutela penal." (CRUZ, 2008, p. 47). Texto com uma conclusão inquietante sobre a teoria constitucional do bem jurídico penal foi produzido por Fabiano Augusto Martins Silveira em "A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada orientação às consequências" (Livro Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas). O autor trabalha com uma ideia chamada de "desqualificação pelos fatos", ou seja, apesar do otimismo inicial com a teoria da restrição do bem jurídico penal pela Constituição, na verdade, a produção legiferante em matéria de Direito Penal não se limitou.

[300] Princípio da dignidade humana que, nos termos de Alexandre de Moraes (2012), confere coesão aos direitos fundamentais, entre eles, o direito de se viver em meio ambiente sadio: "A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos". (MORAES, 2012, p. 19). (grifo meu).

> modo de dizer, *"ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir, somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto intolerável, ou seja, objeto de intensa reprovação do corpo social". (MILARÉ, 2013, p. 454).

Isto posto, todos os cidadãos têm direito a um meio ambiente sadio, mas o que se pode compreender por meio ambiente? O que é este valor que o Direito Penal procurará tutelar com suas normas incriminadoras?

O conceito de meio ambiente enfatize-se é equívoco. Em um sentido popular a expressão meio, ambiente ou meio ambiente significa "entorno de". Assim, se diz, por exemplo, o meio ambiente de determinada espécie de planta ou animal numa referência aos "arredores". Aliás, críticas são feitas pela utilização do temo "meio ambiente", pois ocorre uma redundância entre os termos, um pleonasmo. "Primeiramente, verificando a própria terminologia empregada, extraímos que meio ambiente se relaciona a tudo aquilo que nos circunda. Costuma-se criticar tal termo, porque pleonástico, redundante, em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a ideia de "âmbito que circunda", sendo desnecessária a complementação pela palavra meio." (FIORILLO, 2013, p.49).

> Importante ressaltar que este conceito de meio ambiente não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento. O conceito de meio ambiente deriva do movimento da natureza dentro da sociedade moderna: como recurso-elemento e como recurso-local. Sintetizando, este conceito, extremamente novo, tem sua base na contemporânea relação social com a natureza. Justamente por refletir uma - dentre as inúmeras possíveis - relação com a natureza, seu conteúdo torna-se tão pantanoso e turvo, à proporção que as sociedades se tornam mais complexas e diferenciadas. (DERANI, 2008, p.52).

Por uma perspectiva jurídica (Direito Ambiental) a expressão meio ambiente possui duas conotações que merecem destaque: restrita e ampla[301]. Em um sentido restrito, o ambiente guardaria identidade de sentido com a expressão "recursos ambientais". Os recursos ambientais são definidos pelo art. 3°, V, da Lei nº 6.938/81: "recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora". Seria desta maneira constituído pelo que a doutrina identifica como meio ambiente natural (não apresenta a intervenção cultural humana). Por sua

[301] "Hemos dicho sobre el concepto amplio de "ambiente" que se define como el "entorno que existe alrededor del hombre", o "la suma de componentes vivientes y físicos cuya dinámica, en un espacio determinado, nos interesa a fin de mejorar las condiciones de vida de la población humana que en él se asienta, tanto la presente como la futura" o "las condiciones naturales y sociales que circundan a toda la humanidad, incluyendo las generaciones futuras". (BESARES, 2008, p.54).

vez, em sentido amplo, a ideia de meio ambiente engloba outros elementos/fatores. Inserem-se nesta perspectiva, além do meio ambiente natural, o denominado meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho[302].

> Para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros. Un poco más amplia es la inclusión de los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida. como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Es evidente que coexisten conceptos, principios, valores, que deben diferenciarse. (LORENZETTI, 2008, P.15)

A definição legal de meio ambiente é apresentada pela lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), no art.3°, I, da: "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."[303] Nos termos da definição legal, é um macro bem que é maior que suas próprias partes, pois é um sistema constituído de suas partes e da interação dentre elas.[304]

> O conceito apresentado pela Lei 6.938/81 deve ser interpretado de forma abrangente, em consonância com a Constituição de 1988, no sentido de inserir os aspectos sociais, culturais e econômicos, além dos aspectos de ordem física, química e biológica, expressamente mencionados. O entendimento de "meio ambiente" deve ser amplo, aglutinador, envolvendo e interconectando os aspectos bióticos (flora e fauna), abióticos (físicos e químicos), econômicos, sociais, culturais. A Resolução do CONAMA 306/2002, norma posterior à Constituição de 1988, expressamente conceitua "meio ambiente" como sendo o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. (SILVA, 2015, p.193).

---

[302]O ambiente artificial contrapõe-se ao natural. É fruto das transformações que o indivíduo provoca na natureza. Pode ser entendido como ambiente urbano (cidades), composto pelas edificações e equipamentos públicos. O ambiente cultural, por sua vez, é constituído pelo patrimônio histórico, estético, artístico, arqueológico, que fazem referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Já o ambiente do trabalho é a conservação do lugar onde o homem exerce seu labor.

[303]A resolução 306/02 do CONAMA complementa o conceito legal, observando a percepção ampla de meio ambiente e trazendo os seus aspectos: "Resolução 306/02: conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas." (CONAMA, 2002).

[304] "El ambiente es un "macro-bien", y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Un ejemplo claro es la ley brasileña (6938/81, art. 3º, I) cuando dice que entiende por medio ambiente el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite regir la vida en todas sus formas". El mismo criterio guía la definición de daño ambiental en la Ley General del Ambiente argentina (25.675, art. 27) que establece: "se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente' el ambiente , sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos". Los "micro-bienes" son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macro-bien." (LORENZETTI, 2008, p.16)

Dentre os doutrinadores do Direito Penal, Luiz Regis Prado relata sobre as dificuldades para uma ideia precisa do que vem a ser o bem jurídico meio ambiente. Para sua conceituação, o penalista apresenta três relevantes posições doutrinárias. A primeira seria uma concepção globalista, totalizadora ou unitária que compreenderia uma visão integral e pluridimensional do compêndio naturalístico englobando, também, o urbanismo, a paisagem, a beleza natural e o patrimônio histórico. Uma segunda perspectiva seria a restritiva ou reduzida de ambiente. O meio ambiente seria constituído basicamente pelos elementos água e ar (talvez o solo), ou seja, pelos elementos naturais de titularidade comum e de características dinâmicas. Por fim, salienta o pensador, é preferível uma terceira posição, intermediária, para a conceituação de meio ambiente. (PRADO, 2013, p.113-116).

Luiz Regis Prado, assim, opta por uma posição intermediária para o conceito de meio ambiente. A posição globalista "tem caráter meramente indicativo ou programático, o que inviabiliza a elaboração de objetivos concretos com o rigor lógico-jurídico essenciais à estruturação do sistema normativo penal" (PRADO, 2013, p.116). A perspectiva restritiva padece do mal contrário, pois deixa a desejar no âmbito de abrangência[305]. Assim, para fins penais, a posição intermediária seria a de melhor adequação. É caracterizada da seguinte forma pelo pensador:

> A limitação definidora do ambiente aos suportes naturais da vida humana inclui: os meios ambientes (solo, água, atmosfera e ausência de poluição sonora); os fatores ambientais: inanimados (temperatura, umidade), físicos (animais, plantas e outros seres vivos) e o ecossistema em seu conjunto (com seus diversos processos de transformação da matéria, reservas energéticas e numerosos subsistemas). Ademais, convém precisar aqui, os bens bióticos – tanto os de índole individual, fauna ou flora de determinada região, como as completas espécies ou famílias ambientais, reveladoras da contribuição cultural à história da humanidade, e, ainda, o ecossistema em seu conjunto, que envolve bens biológicos da comunidade, e que, estabelecendo relações de dependência recíprocas, configuram o espaço vital em sentido estrito. (PRADO, 2013, p.117).

Alejandro Ochoa Figueroa ao analisar as concepções de meio ambiente, dentro da legislação espanhola, verifica que elas giram entre dois extremos: o antropocentrismo puro[306] e o

---

[305] "Com efeito, a ciência do Direito Penal contemporânea tem optado por um conceito de ambiente intermédio e descritivo (simplesmente amplo, nem amplíssimo, nem restrito) e se inclina por sua compreensão ontológica, física ou natural – conjunto das bases naturais da vida humana -, assinalando a inoperância que suporta adicionar outro tipo de fatores – econômico, socioeconômico, político, social ou cultural. Isso diante da extrema indeterminação das concepções totalizadoras ou amplíssimas e do reduzido âmbito das teses restritas". (PRADO, 2013, p.118).

[306] "Los que defienden una postura antropocéntrica argumentan que el deterioro ambiental no constituye una lesión o peligro de un bien jurídico, sino que lo realmente relevante para dicha agresión es la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, por lo que se pone en peligro otro bien jurídico, aunque también dentro de esta visión se defienden las condiciones para el desarrollo y la vida humana. El antropocentrismo puro o drástico prescinde del

ecocentrismo[307]. O autor destaca que o que tem prevalecido, no entanto, é uma posição intermediária denominada de antropocentrismo moderado:

> Por otra parte, un sentido antropocentrista moderado es lo que actualmente se encuentra en auge. Así considera Peris Riera, que el medioambiente en sí, también constituye un elemento teleológico de la norma al afirmarse que uno de los fines de la utilización racional de todos los recursos naturales, es el defender y restaurar el medio ambiente. De igual forma, Matellanes Rodríguez entiende que para configurar el concepto de bien jurídico medioambiente es imprescindible considerar el contenido de la declaración constitucional, entendiéndolo como el conjunto equilibrado de recursos naturales, interrelacionados entre sí formando los ecosistemas —dimensión natural—, sobre los que se precisa una actuación efectiva a fin de que todo el sistema natural en su conjunto se conserve y evolucione en ese equilibrio —aspecto dinámico— y, así, pueda lograrse una calidad de vida y un desarrollo de la persona adecuados —aspecto antropocéntrico— . (FIGUEROA, 2014, p.283 e 284).

Num sentido bem próximo, Nicolas Garcia Rivas, acentua para uma ideia do bem jurídico meio ambiente que não tenha um viés exclusivamente ecocêntrico. Destaca que a tutela do meio ambiente se vincula a necessidade de garantir a sobrevivência do homem.

> En lo que se refiere a los delitos contra el medio ambiente, existe uma opinión generalizada en la doctrina europea (recogida también en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) a favor de lograr una protección "antropocéntrica" del medio ambiente o, lo que es lo mismo, una tutela penal que gire en torno a las necesidades del hombre como factor primordial de esse medio ambiente; de este modo, la intervención penal estará plenamente justificada siempre y cuando los objetos incluidos en los respectivos tipos penales sirvan, directa o indirectamente, para garantizar al hombre la supervivencia. (GARCIA RIVAS, 2016, p.2).

Importante contatação faz Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2006, p.249) que há uma concordância doutrinária que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos. Como salientado no capítulo sobre o conceito de bem jurídico este não apresenta uma definição única. Acompanha-se, dentre as possíveis definições, o pensamento do autor que bem jurídico é todo valor considerado digno de tutela penal[308]. "Bem jurídico ou objeto jurídico do crime é o objeto

---

significado del medioambiente como tal, así como de los argumentos para su protección penal autônoma"(FIGUEROA, 2014, p.282).

[307] "Dentro de la visión ecocéntrica nos encontramos con la postura que reconoce al medioambiente como un bien jurídico independiente, el cual merece protección jurídica autónoma, sin ser necesario que le sirva al hombre o que le beneficie o afecte su explotación-agresión." (FIGUEROA, 2014, p.284).

[308] "Los bienes jurídicos no constituyen objetos aprehensibles del mundo real, sino valores ideales del orden social, sobre los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad. El concreto objeto en el que se realiza la acción típica recibe, en cambio, el nombre de objeto de la acción (o del ataque). Dicho objeto de la acción puede manifestarse bajo formas distintas: como unidad psíquico-corporal (integridad o vida de una persona), como valor social (honor del ofendido), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal susceptible de caza), como estado real (posibilidad de uso de un objeto). Bien jurídico y objeto de la acción, como idea y fenómeno, son conceptos mutuamente relacionados, pero que conceptualmente deben mantenerse separados. El desvalor del resultado del hecho radica en el menoscabo real del objeto de la acción. En cuanto valor ideal, el bien jurídico, en cambio, escapa a la acción inmediata del autor. La lesión del bien jurídico protegido consiste en el

ideal que se incorpora no concreto objeto material do crime (ou objeto da ação – *Handlungsobjekte*). É a vida, no crime de homicídio; o patrimônio; a integridade física, no crime de lesões corporais etc.[309] (SOUZA, 2006, p.249).

> Ora, se toda incriminação resulta de uma forte limitação à liberdade de agir – a tipificação é, se bem a vemos, um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc.- esta limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional fundamental do bem jurídico liberdade, deve atender à pressupostos mínimos, entre eles, a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontrem em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal. (D'AVILA, 2009, p.95).

Nota-se, pelo exposto, que no caso da Lei nº 9.605/98 o objeto de tutela ou bem jurídico é o meio ambiente e seu substrato material são por exemplo os rios, as florestas, o solo etc.[310] Não há que se confundir o valor tutelado pena norma penal (meio ambiente) com o substância material que recai a conduta comissiva ou omissiva. Desta maneira, em um crime de desmatamento ilegal de floresta considerada de preservação permanente (art.38 da Lei 9.605/98), o bem jurídico é o valor meio ambiente e o objeto material é o recurso natural atingindo pela conduta, ou seja, a floresta. No crime de caçar ou matar animais silvestres sem a devida autorização (art. 29 da Lei 9.605/98), o bem jurídico é, também, o meio ambiente e o objeto material, por sua vez, é o elemento da fauna silvestre. No caso de extração de recursos minerais sem a devida licença (art. 55 da Lei 9.605/98), novamente viola-se o bem jurídico meio ambiente ao se atingir o objeto material solo/subsolo/recurso mineral.

Isto posto, a Lei n° 9.605/98, entretanto, possui especificidades que a destacam dentro da dogmática penal frutos da características do seu objeto de tutela (meio ambiente). Utiliza-se, em muitos momentos, da técnica legislativa definida como norma penal em branco, tipifica vários

---

desprecio del específico interés de la vida de la comunidad, que toma cuerpo sólo en el objeto de la acción". (JESCHECK, 1981, p.353 e 354).

[309] "O bem jurídico não se confunde, pois com o objeto material. Por conseguinte, objeto material é a coisa ou pessoa (indivíduo) sobre os quais, no plano real e causal, recai a conduta (ação ou omissão) delituosa do agente (por exemplo, o automóvel – coisa móvel – a ser subtraído, no crime de furto; o indivíduo a ser morto ou ferido no crime de homicídio e lesões corporais, respectivamente)". (SOUZA, 2006, p.249).

[310] "Por bien jurídico protegido se entiende el medio ambiente —y éste en sus diversos medios (agua, suelo, aire) —, además de sus otras formas de manifestación (mundo animal y vegetal). Por regla general se pone énfasis en que no debe perderse la vinculación con el ser humano. Una concepción ecocéntrica del bien jurídico no se podría compatibilizar con la tarea del derecho penal, que debe hacerse cargo de la conducta dañosa para la sociedad y, con ello, para los miembros de ella.". (HEFENDEHL, 2008, p.7)

crimes de perigo[311], utiliza-se de muitos elementos normativos e estabelece a inovação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essas peculiaridades da Lei n° 9.605/98 geram polêmicas quando cotejados com princípios reguladores do Direito Penal. Algumas disposições provocam calorosas discussões tanto na teoria quanto na prática sobre sua legitimidade, uma vez que o Direito Penal deve sempre se lastrear no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e nos outros princípios dele decorrentes independentemente se expressos ou tácitos.[312] A flexibilização sem critério pode levar a erosão das estruturas de um Direito Penal garantista com se manifestam Erika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2011):

> Constata-se que a flexibilização das estruturas e dos princípios inerentes ao Estado de Direito defendida por um Direito Penal simbólico orientado pela ideia de prevenção termina por mostrar-se ineficaz e contraproducente em razão de sua apoucada legitimidade constitucional. O pretendido distanciamento das categorias tradicionais de imputação jurídico-penal e o abandono do princípio da culpabilidade em nome de exigências político-criminais de celeridade e eficácia figuram fatores propulsores da crescente crise enfrentada pelo Direito Penal moderno. A adaptação das categorias do delito às demandas de uma sociedade de riscos, acompanhada por uma preocupação acentuada com os fins utilitários das consequências penais, termina por acarretar uma gradativa erosão das estruturas de um Direito Penal garantista. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 253).

Dentro desta mesma perspectiva, Fábio Roberto D'Ávila (2009) observa as peculiaridades do direito penal ambiental frente as características do direito penal tradicional. As especificidades do bem jurídico meio ambiente levam, não raras vezes, a utilização de técnicas de tutela que fogem do paradigma imposto pelos princípios penais limitadores do jus *puniendi*. A busca por uma adaptação do Direito Penal para a consecução da tutela ambiental leva à reflexão sobre a legitimidade do emprego destas técnicas que se encontram em uma fronteira muito próxima com o rompimento de alguns princípios penais tradicionais.[313]

---

311 "Tal tendencia a utilizar de manera preferente la técnica de los delitos de peligro abstracto como uno de los caracteres más visibles del desarrollo actual de las legislaciones penales —no sólo en nuestro país, sino también en los de nuestro entorno—, se percibe claramente en los campos más problemáticos de la regulación actual, donde precisamente se siente la necesidad de intervención en una política de seguridad —drogas, medio ambiente, economía, terrorismo, paz pública, etc.— Esta inclinación se ha agudizado, además, por la corriente favorable a sustituir e incluso evitar los delitos de peligro concreto, en favor de la técnica del peligro abstracto que soslaya los difíciles problemas probatorios de aquéllos". (BUERGO, 2001 p.84 e 85).

312 "Todavia, cabe ponderar que a ideia de eficácia na prevenção não pode ser o fim primordial da política jurídica de um Estado Democrático de Direito, devendo sua consecução encontrar limite infranqueável nos princípios de garantia. Ademais, o emprego – legítimo – da sanção penal exige mais que a mera satisfação de fins de utilidade social ou prevenção. [...] o certo é que a tendência que propugna por uma dogmática penal orientada a fins eminentemente preventivos padece da falta de limites claros à sua atuação. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 260).

313 "A produção legislativa penal, portanto, traz à tona técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, e as transformações no elemento característico do chamado direito penal do risco, crimes de perigo, de omissão e culposos, que às vezes surgem em inusitadas combinações (crimes omissivos de perigo abstrato, crimes

> Esta constatação, que expõe o direito penal como um espaço de acentuada tensão entre os interesses políticos-criminais de prevenção geral, as dificuldades de proteção decorrentes das especificidades dos bens jurídicos em questão e as exigências, ao nosso entender constitucionais, de legitimidade material do delito, leva-nos a refletir sobre as possibilidades de reconhecimento das técnicas de tutela concernente, principalmente, aos crimes de perigo abstrato e aos crimes de acumulação como técnicas de tutela penal legítimas e, portanto, por decorrência lógica, sobre a legitimidade de grande parte da legislação penal ambiental, hoje em vigor em diversos países, entre os quais o Brasil e a Alemanha. (D'ÁVILA, 2009, p.108).

Observar exemplos da lei dos crimes ambientais permite perceber a colisão da descrição de alguns tipos penais com os princípios garantidores reguladores do Direito penal. Cite-se incialmente o art. 51 da Lei 9.605/98 que será melhor retratado mais a frente neste presente estudo.

Deve-se ser salientado, antes de adentrar propriamente na polêmica, que é uma característica do Direito Ambiental não permitir que o dano realmente aconteça devido ao seu alto grau de potencial deletério. Dois princípios importantes do Direito Ambiental são constituídos com base nessa premissa: Princípio da Prevenção e Princípio Precaução.[314]. A regra é não deixar o dano se consumar; age-se antecipadamente. O Direito Ambiental trabalha, assim, com a lógica (correta para este ramo do Direito) de uma antecipação de limitação das condutas com máximo objetivo que estas não ocorram.

> É, no entanto, ao nível do fato que se depararão mais numerosas especialidades dos tipos-incriminadores no direito penal secundário. Constitui este um campo fértil de delitos de perigo abstrato, dada por um lado a natureza supraindividual dos bens jurídicos protegidos e, por outro lado, a vontade do legislador de criar para eles um "campo de proteção antecipada" (DIAS, 2006, p. 56).

O Direito Penal não tem esta mesma orientação principiológica. O Direito Penal apresenta como princípio informador o princípio da lesividade. Esse princípio estabelece que as proibições penais somente se legitimam quando as condutas vedadas afetam seriamente bens jurídicos ou os coloquem com probabilidade de lesão (e não possibilidade). Por esta imposição devem ser os

---

omissivos culposos ou crimes culposos de perigo abstrato) que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados, como, por exemplo, a premissa de que o resultado integra a estrutura típica nos crimes culposos. Por outro lado, a incapacidade do legislador de abrigar na descrição típica todos os aspectos dos comportamentos apontados como arriscados e, a dificuldade de atualizar os dispositivos legais diante da velocidade do desenvolvimento científico, da dinâmica da evolução tecnológica, acarreta na normatização acentuada dos elementos típicos." (BOTTINI, 2011, p.116)

[314] Apesar de não raras vezes serem utilizados como termos sinônimos, precaução e prevenção diferenciam-se: "O princípio da prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. O princípio da precaução é a garantia contra riscos potenciais que, de acordo com estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados". (SILVA, 2015, p. 90).

crimes de lesão ou perigo de dano[315] ao bem jurídico ou pelo menos o colocar em perigo. Excepcionalmente (não tanto quanto desejado) certos comportamentos serão tipificados como delitos sem a necessidade de dano ou perigo concreto para o bem jurídico. São os denominados crimes de perigo abstrato.

Nota-se que o Direito Ambiental prevalece as determinações provenientes dos princípios ambientais da prevenção e da precaução dos danos. Esta lógica, que é perfeitamente possível em um direito sem pena, procura evitar, ao máximo, a ocorrência da lesão, não pela sanção de um resultado material, mas, sim, por regular condutas que podem levar a lesão. "Nestes contextos, o que importa é evitar ou controlar as condutas e não reprimir os resultados. Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis". (BOTTINI, 2010, p. 120). O Direito Penal, por sua vez, não pode funcionar em igual termos devido a gravidade de sua sanção. A criminalização de crimes de perigo é uma flexibilização de uma punição de um ramo do Direito (Direito Penal) que deve se lastrear na ocorrência do dano.

Na esfera do Direito Penal ambiental, Fábio Roberto D'Ávila (2009) relata que este tem como peculiaridade uma maior antecipação da tutela que objetiva, também, evitar a consecução do dano aos bens jurídicos ambientais. "Daí não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental" (D'ÁVILA, 2009, p.107 e 108).

7.2 A Lei dos Crimes ambientais e a (in) observância dos princípios penais

Com registrado, ao se fazer uma leitura das determinações da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), percebe-se que algumas das condutas tipificadas podem-se chocar com as limitações impostas pelos princípios penais. Salientou-se que as peculiaridades do bem jurídico meio ambiente, não raras vezes, acabam por provocar um distanciamento das técnicas tradicionais de criminalização, utilizando-se recursos que, no Direito Penal democrático, não podem constituir a regra. Verifica-se, no seu texto, um excesso de termos normativos, normas penais em branco, crimes de perigo abstrato, responsabilidade da pessoa jurídica, ou seja,

[315] "Tipos de delito de lesión. En estos delitos la conducta típica genera la afectación por vía de la destrucción, disminución o molestia de un bien jurídico". (CAMACHO, 2003, 317).

instrumentos que fogem do padrão comum do Direito Penal clássico. Busca-se, neste tópico, então, apresentar alguns exemplos de afastamento dos princípios penais limitadores do direito de punir perpetrados pela Lei dos Crimes Ambientais.

Dentro do paradigma de tutela penal antecipada, a Lei dos Crimes Ambientais tipifica várias condutas de perigo[316]. Ao se fazer a classificação dos crimes quanto à lesividade ao bem jurídico pode-se classificar os delitos em: crimes de dano e crimes de perigo[317]. Os crimes de perigo, ainda, comportam a classificação em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo abstrato.

> Según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto em peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. Enlos delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidio (§§ 211 ss.), en los delitos de lesiones (§§ 223 ss.), en los daños (§ 303), etc. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de delitos de peligro concreto y abstract. (ROXIN, 1997, p. 335 e 336).

O delito de dano é aquele que apresenta e exige realmente uma violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Dizendo de forma mais clara, nos delitos de dano o tipo penal determina que somente haverá a consumação do delito se houver um dano/lesão ao bem jurídico. Não ocorrendo a lesão, ou se estará frente a figura da tentativa ou verifica-se, a depender do caso, um indiferente penal. Esta espécie de delito constitui a maioria das infrações penais, pois é o que melhor se coaduna com o Princípio da Ofensividade.

Os delitos de perigo estão em um estágio logicamente anterior ao dano. Os crimes de perigo consubstanciam-se com a probabilidade de lesão ao bem jurídico. É uma previsibilidade de uma lesão como necessária consequência da conduta que constitui o núcleo da tipificação. Podem ser divididos em duas espécies: delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato.

---

316 Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz em seu artigo "Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente" destaca que os crimes de perigo, especialmente os de perigo abstrato, são fundamentais para atender aos princípios da prevenção/precaução. Destaca que, por antecipar a tutela penal e não exigirem o dano concreto, permitem uma maior proteção ao meio ambiente. <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/63x2bz.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

317"Os primeiros causam lesão efetiva, os últimos conduzem uma potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto, que o legislador deseja cortar no nascedouro. Estes – os de perigo – se subdividem em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo abstrato ou presumido. Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão [...]." (TOLEDO, 2002, p. 143).

Nos delitos de perigo concreto, para a perfeita adequação típica, é necessário que o bem jurídico seja efetivamente colocado em risco pela conduta. Deve-se verificar perante o caso concreto, como requisito do tipo, se houve a situação concreta de risco. Os delitos de perigo abstrato prescindem desta exigência. O tipo penal não exige a confirmação da situação de risco do bem jurídico na situação concreta, pois presume-se (*juris et de jure*) que o perigo é intrínseco àquela conduta criminalizada.[318] Gustavo Malo Camanho (2003) assim discorre sobre as diferenças entre as duas modalidades de crime de perigo.

> Estos tipos no previenen una conducta materialmente lesiva a un bien jurídico, sino que se configuran con la sola puesta en peligro del mismo. Peligro es el grado de probabilidad en la causación de la lesiona un bien jurídico. Es necesario, en relación con esta clasificación, distinguir entre el peligro abstracto y peligro concreto. En términos generales, la configuración del delito de peligro que previene la ley penal, incluso el que de manera genérica se previene a través de la figura de la "tentativa del delito", se refiere a un concepto de peligro concreto y no de peligro abstracto. Son delitos de peligro concreto aquellos en donde la probabilidad de lesión, aparece concretizada a través de alguna forma que implica una verdadera conmoción del bien jurídico, es decir, temporal y espacialmente el bien jurídico ha estado en relación inmediata con la acción del sujeto activo, que lo ha colocado en un peligro concreto. Tal valoración, naturalmente tiene que derivar de un juicio que es *ex ante* y no *ex post*, es decir, que debe retrotraerse a las características de conocimiento tenido sobre el particular antes de la comisión de la conducta y del proceso causal correspondiente, ya que de no ser así, no podría llevar al conocimiento de elementos que al momento de comisión del hecho no se tenían. Es necesario, en resumen, probar que el bien jurídico fue realmente puesto en peligro como resultado de la relación entre la conducta típica del sujeto y esa misma afectación al bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto, en cambio, se plantean verdaderos casos de presunción *iuro et de iure* de la propia ley penal, en donde la ley expresamente refiere que una determinada situación supone un peligro, sin admitir prueba en contrario, razón por la cual la sola realización de la conducta que encuadre en dicha previsión legal, implica la realización del peligro abstracto previsto en la ley. (CAMACHO, 2003, p.317).

Um exemplo interessante de crime de perigo abstrato é do artigo 51 da Lei 9.605/98[319] que dispões sobre a comercialização da motosserras ou a sua utilização sem o devido registo ou licença. *In verbis*:

> Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente.
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1(um) ano, e multa. (grifo meu).

---

[318] "En los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidade. (...) En cambio, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. (ROXIN, 1997, p.336).

[319] O artigo 51 da Lei dos Crimes Ambientais revogou o art. 45, § 3º, da Lei 4.771/65: "§ 3º A comercialização ou utilização de motosserras sem a licença a que se refere este artigo constitui crime contra o meio ambiente, sujeito à pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) meses e multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos de referência e a apreensão da motosserra, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação dos danos causados. (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)".

Nos termos art. 51 da Lei nº 9.605/98 tipificou-se como crime o comércio e a utilização de motosserra sem o registro ou a licença da autoridade competente[320]. Pretende-se tutelar o meio ambiente ao resguardar o patrimônio florestal do uso indevido de motosserras. Nota-se, todavia, que o comportamento de simplesmente comercializar não ocasiona lesão e não expõe, direta e efetivamente, o bem jurídico que se anseia tutelar. Pressupõe-se (sem admitir prova em contrário) que as pessoas que adquirem motosserras sem licença irão desmatar (especialmente de forma ilegal). Reprime-se uma conduta, antes mesmo da ocorrência da lesão e, ademais, antes mesmo de a conduta colocar o bem jurídico em efetivo perigo concreto. Percebe-se que se trata de um crime de perigo abstrato. Como bem salienta Pierpaolo Bottini: "O núcleo do injusto penal é a conduta praticada, o desvalor reside na ação e não no resultado, dispensado para a configuração formal do ilícito". (BOTTINI, 2007, p. 115).

O art. 51 da Lei dos Crimes Ambientais apresenta uma similitude com o art. 17 da Lei do Desarmamento (Lei 10.826/03)[321]. Tanto em um quanto em outro caso encontra-se o comportamento de comercializar como núcleo do tipo penal. No primeiro caso, veda-se o comércio de motosserras; no segundo, arma de fogo, acessório ou munição. Como já asseverou o STJ[322], o comércio de arma de fogo é um delito de perigo abstrato onde busca-se a tutela da incolumidade pública. Assim, não é necessário um efetivo dano ao bem jurídico incolumidade pública e nem mesmo que este seja concretamente colocado em perigo. A figura típica do art. 17 da Lei 10.826/03 determina que se presume o simples comércio como perigoso e prescinde-se de sua comprovação *in concreto*. Estas mesmas observações são cabíveis para o art. 51 da Lei 9.605/98. O simples comportamento de comercializar motosserras sem autorização (onde não há dano ou perigo concreto de dano) já forma o juízo de tipicidade, sendo igualmente um delito de perigo abstrato.

Pelo exposto, nota-se claramente que o crime tipificado no artigo 51 da Lei 9.605/98 antecede a ocorrência da lesão e não exige sua ocorrência. Adapta-se perfeitamente à proteção do meio ambiente por suas perspectivas de prevenção e precaução; todavia, não deixa de constituir

---

[320] Autorização do IBAMA.

[321] Art. 17 da Lei 10.826/03:" Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)".

[322] Cite o caso do agravo regimental no recurso especial 1692637 SC.

uma espécie de exceção ou pelo menos flexibilização ao princípio penal da lesividade/ofensividade[323]. Não são raros os doutrinadores que questionam a validade desses delitos de perigo, principalmente os crimes de perigo abstrato[324]

Pierpaolo Bottini (2007) informa a questão problemática da utilização dos crimes de perigo abstrato. Utilizar deste expediente para um Direito Penal ao se objetivar a precaução é se apoiar em hipóteses não comprovadas cientificamente sobre os riscos. Salienta o autor que estes delitos acabam se tornando meramente formais onde há uma consumação antecipada antes da realização de um dano efetivo ao bem jurídico. É uma antecipação de tutela perigosa que acaba, por vezes, a criminalizar apenas supostos atos preparatórios.

> A utilização dos tipos de perigo abstrato para reforçar as regras de precaução é problemática diante de um sistema funcional que estrutura o injusto penal na periculosidade da conduta, verificada pelos elementos ontológicos e nomológicos A materialidade dos tipos de precaução não é evidente e sua aplicação aproxima-se da compreensão dos crimes de perigo abstrato como crimes formais, cuja simples prática da ação descrita na lei acarreta a tipicidade, pois não há, nestas hipóteses, conhecimento científico ou estatístico suficiente sobre os riscos envolvidos, o que impede a constatação da periculosidade do comportamento, mesmo sob uma ótica *ex ante.* (BOTTINI, 2007, p. 299).

Uma visão garantista tem Sérgio Salomão Shecaira (1999) ao estabelecer que a lei não deve presumir fatos nem tão pouco a culpabilidade. Um direito penal mínimo, para o pensador, não deveria fazer uso dos denominados crimes de perigo abstrato.[325] Nos termos do autor:

---

[323] Jorge Figueiredo Dias (2006), observando a dificuldade de promover o Direito Penal Secundário (crimes ambientais), apenas pelos crimes de dano e perigo concreto, apresenta uma solução que merece ser reproduzida: "Só raramente sendo viável a sua definição como delitos de dano, e para além dos casos em que se torne possível a sua configuração como delitos de perigo concreto, ou abstrato-concreto, resta um caminho particularmente adequado a um largo catálogo de hipóteses: a criação de delitos de desobediência às entidades administrativas encarregadas de fiscalizar certas atividades e de para tanto conceder autorizações ou impor proibições. Não se tratará aqui de delitos de perigo abstrato, mas de delitos que protegem ou promovem imediatamente, se bem que só de forma derivada ou translata, bens jurídicos sociais. Punível será, pois, todo aquele que, no exercício da sua atividade, desobedeça às exigências e prescrições que lhe sejam dirigidas validamente – e ainda que só individualmente – pela instância de tutela competente, ou aos condicionamentos ou proibições que por tal instância sejam postos ao exercício da sua atividade". (DIAS, 2006, p. 57).

[324] "Trata-se de forma indireta de presunção absoluta, ficando dificultado o exercício da possibilidade de o agente exonerar-se da responsabilidade penal naqueles casos em que não existiu o perigo, implicando numa afetação radical do direito de defesa". (SHECAIRA, 1999, p. 139).

[325] "Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema *ratio* (subsidiário) do Direito Penal. Por isso há quem questione, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo. (QUEIROZ, 2001, p. 121)."

> A lei, em suma, não pode presumir fatos ou a culpabilidade. Não pode presumir, em consequência, o perigo, como algo inerente à conduta, posto que isso conflite flagrantemente com a presunção de inocência e também com a ideia segundo a qual não pode haver crime sem injúria a bens jurídicos tutelados na esfera penal. Nesse contexto, um direito penal mínimo e preservacionista não deve fazer uso dos chamados crimes de perigo abstrato, regra também aplicável quando se pretende incriminar as pessoas jurídicas. (SHECARIA, 1999, p. 140).

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2006) trazem uma conclusão que se encaixa perfeitamente ao caso em tela. Ao investigarem o caráter preventivo da Lei dos Crimes Ambientais que se utiliza sobremaneira de tipificações de crimes de perigo, criticam a funcionalização do Direito Penal, e destacam que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos:

> Em matéria penal ambiental, a defesa de um Direito Penal de matiz exclusivamente preventivo pode acarretar uma acentuada confusão entre as funções da política ambiental e aquelas que caracterizam o próprio Direito Penal. [...] Confunde-se, de modo inequívoco, as funções políticas-ambientais com a missão do Direito Penal, que não radica na proteção de funções, mas de bens jurídicos. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 254).

Sobre os crimes de perigo abstrato, Gustavo Malo Camacho (2003) adverte sobre a questionabilidade da legitimidade dos crimes de perigo abstrato em respeito aos Direitos Humanos, uma vez que nem mesmo exigem para sua configuração que o bem jurídico seja efetivamente colocado em perigo pelo comportamento do infrator. Destaca, o autor, que a doutrina penal em geral não os considera aceitáveis.

> Como es natural, estas formas específicas de delito de peligro, sólo se dan en la medida en que la propia ley establece tales previsiones y, naturalmente, implican siempre figuras jurídicas cuestionables a la luz del respeto a los derechos humanos ya que no necesariamente implican un verdadero peligro concreto al bien jurídico protegido, y por lo mismo, pueden suponer la imposición de penas respecto de casos en donde no ha habido una verdadera lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido. Por la misma razón son en general rechazadas por la doctrina penal. (CAMACHO, 2003, p.318).

Isto posto, percebe-se o conflito existente entre a generalização da criminalização dos crimes que tem como foco uma situação de perigo em detrimento dos crimes de dano, como no caso, por exemplo, dos crimes ambientais. Não há como se negar um" abrandamento" do Princípio da Ofensividade quanto mais se aparta da tipificação dos delitos de dano. Ao se afastar a exigência de lesão ao bem jurídico com requisito para a consumação do delito, mais frágil vai tornando-se o Princípio da Lesividade. Ao se fazer uma escala, tendo-se em vista a lesividade da conduta como critério para o cumprimento do Princípio da Ofensividade, a ordem seria: delitos de dano, delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. Aliás, como mencionado,

doutrinadores não faltam a dizer que os delitos de perigo abstrato nem mesmo poderiam pertencer a esta escala, pois lhes faltam uma concreta lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

> La presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material, que se produce al imponer una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que poder hacer responsable al autor, pero que también se pueden referir al principio de proporcionalidad. La estricta aplicación de las normas que prevén delitos de peligro abstracto conforme a las interpretaciones formales tradicionales —teoría de la presunción y teoría del peligro general como *ratio* de la incriminación— hace surgir el temor de estar haciendo un uso en cierto modo ilegítimo del instrumento penal, especialmente cuando se afirma la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, con ello, la plena punibilidad del hecho aunque sea evidente la ausencia de peligrosidad de la conducta desde el momento de su realización, o a pesar de que el autor haya tomado medidas para evitar el surgimiento del peligro. (BUERGO, 2001, p.80).

O artigo 51 da lei dos crimes ambientais não é um caso isolado de crime de perigo abstrato. Outro exemplo que demonstra esta antecipação de tutela exacerbada pode ser auferida pela simples análise do artigo subsequente.

> Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

O artigo 52 da Lei 9.605/98 criminaliza a simples conduta de penetrar em uma unidade de conservação com material de caça ou extração vegetal sem licença. Nota-se o absurdo desta criminalização que tipifica um suposto ato preparatório.

Ao se estudar o crime, constata-se que pode sua análise se dar quanto a sua estrutura e quanto a sua manifestação. Desta maneira, no tocante a estrutura verificam-se os seus elementos fundamentais (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e suas causas de exclusão. Com referência a manifestação do delito, investiga-se sua faceta exterior, ou seja, o concurso de pessoas e o *iter criminis*. (BRANDÃO, 2010)

O *iter criminis* é o caminho do crime. O crime, como comportamento humano, inicia-se, desenvolve-se e completa-se. Todo delito tem uma trajetória desde a ideação criminosa até sua consumação. O crime é um projeto idealizado e colocado em desenvolvimento por um autor até chegar na conclusão efetiva do seu desiderato.[326]

[326] "Desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero intimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o "camino del crimen", significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito." (ZAFFARONI, 1999, p.409)

> Son varios los grados que la acción punible dolosa recorre desde que aparece la primera idea de cometer el delito hasta su culminación; un camino más o menos largo *(iter criminis*) que va desde la decisión de cometer el delito hasta su agotamiento, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado. La conminación penal legal se impone en su totalidad cuando se produce la consumación del delito con la realización de todos los elementos típicos. Las meras ideas no son, por el contrario, punibles y la manifestación externa de la decisión de cometer el delito sólo es punible dentro del marco previsto en el § 30 II ("manifestarse dispuesto" a cometer un delito grave). Dentro de estos límites se plantea la cuestión de la punibilidad de los actos preparatorios y de la tentativa. (JESCHECK, 1981, p. 697).

Isto posto o crime percorre um caminho que pode ser dividido em fases que demonstram seu desenrolar dinâmico: 1) *cogitatio* (cogitação); 2) *conatus*[327] *remotus* (atos preparatórios); 3) *conatus proximus* (atos de execução) e 4) *consumatio* (consumação). A cogitação é a elaboração intelectual do crime. Todo crime passa por um momento interno na esfera psíquica do autor onde a ideação criminosa é formulada. Os atos preparatórios constituem os atos onde o autor cria as condições prévias para dar início a execução. O agente buscará os meios e instrumentos para iniciar a prática do ilícito penal. Os atos executórios, por sua vez, constitui o início da prática criminosa onde o autor começa a colocar em prática a conduta tipificada. Por fim, a consumação dar-se quando o infrator realiza todas as elementares descritas no preceito primário.

Observa-se, dentro do Direito Penal, que a regra da punibilidade penal somente surge com a execução do crime. Tanto a cogitação quanto os atos preparatórios são indiferentes penais não sendo sancionados. O crime só é punível se ele ao menos for tentado, ou seja, exige-se a prática de atos executórios. Exceção a esta circunstância se verifica quando o legislador tipifica os atos preparatórios em crimes autônomos. Nota-se, assim, que na verdade não há uma sanção para os atos preparatórios no Direito Penal, uma vez que, quando o legislador os criminaliza, eles passam a ter autonomia e constituem outro delito.

> Las etapas que tienen lugar en el fuero interno del sujeto no pueden ser nunca alcanzadas por la tipicidad, acorde al elemental principio *cogitationis poenam nemo patitur.* Pero, por lo general, tampoco es punible la etapa que ya trasciende a lo objetivo en una forma que excede el ámbito de la mera manifestación del deseo o del propósito, para configurar la parte de conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma, es decir, la preparación. La regla general es que el iter criminis comienza a ser punible cuando comienza la actividad ejecutiva, siendo atípicos los actos preparatorios. Si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla. Para ello sigue dos caminos diferentes, consistente el primero en extender lo prohibido excediendo el ámbito de la

[327] Cláudio Brandão explica a origem do termo *conatus*: "Farinacius chamava a tentativa de *Conatus*. Ele já distinguia entre a *conatus proximus* e a *conatus remotus.* A *conatus remotus* são os atos preparatórios e a *conatus proximus* são os atos de execução. Com isso, Farinacius deu as bases da doutrina científica da tentativa." (BRANDÃO, 2010, p.288).

> tentativa hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, es decir, en alterar el alcance que tiene la fórmula general del art. 42, en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad. Este primer supuesto no da lugar a ninguna tipicidad independiente, sino sblo a una excepción a la regla del art. 42. El otro método adoptado por la ley es la tipificadón independiente de ciertos actos preparatorios, lo que da lugar a una tipicidad propia, es decir, a un delito independiente, con la consecuencia de que, a su vez, éste admitirá la tentativa, cosa que no puede acontecer en el caso antcrior, El primer grupo de casos se compone de delitos incompletos más amplios que la tentatiua; el segundo de delitos completm que, a su vez, admiten la tentativa". (ZAFFARONI, 1999, p. 410 e 411).

Diante do exposto, os atos preparatórios não são puníveis. É um antecipação exagerada de tutela penal que, no mais das vezes, não se justifica ao se constituir uma lesão ao Princípio da Lesividade. Assim, voltando-se ao caso do art. 52 da Lei dos Crimes Ambientais, se um indivíduo qualquer adentra em unidade de conservação com um machado e sem uma licença, independentemente de sua intenção de explorar ou não a vegetação, o juízo de tipicidade se aperfeiçoa. O que seria apenas um ato, em tese, preparatório para o delito de desmatamento e, consequentemente, impunível é elevado a uma tipificação própria e passa a ser sancionável. É um antecipação do alcance de punibilidade de uma conduta. É um retrocesso perigoso dentro da estrutura do *iter criminis* que não pode ser aceita ser uma ponderação muito criteriosa. Não se verifica nesta tipificação nenhuma lesividade ao bem jurídico meio ambiente. É uma possibilidade de expansão do Direito Penal que provoca assombro. Até onde é legítimo regredir no *iter criminis* para cumprir os ideais de prevenção?

Estes dois exemplos citados (art. 51 e 52 da Lei dos Crimes Ambientais) não são os únicos a conflitarem com o Princípio da Lesividade. Para ainda ilustrar o dilema pode-se citar os art. 55 e 56 da Lei dos Crimes Ambientais.

> Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. (...)
> Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. (...)

O art. 55 da Lei 9.605/98, dentre os seus verbos que expressam o comportamento proibido, determina que é crime executar "pesquisa" de recursos minerais sem o aval do poder público. Pesquisa mineral é definida pelo art. 14 do Decreto-lei 227/67[328] e compreende a execução de trabalhos necessários para a definição da jazida, sua avaliação e a constatação ou

[328] Art. 14 do Decreto-lei 227/67: "Art. 14 Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico."

não de aproveitamento econômico. Nota-se, novamente, uma criminalização de ato meramente preparatório. Tipifica-se uma conduta que não possui nenhuma lesividade ao meio ambiente, pois é um ato anterior a execução da lavra e da extração (que realmente podem ocasionar lesão ao meio ambiente). No intuído de promover a precaução novamente retroage-se no *iter criminis* para punir comportamentos somente preparatórios.

O art. 56 da Lei 9.605/98, por sua vez, guarda identidade com o art.51 do mesmo diploma legal ao criminalizar condutas que constituem crimes de perigo abstrato. Aliás, em ambos os tipos penais, há a vedação da comercialização indevida (produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana e motosserras, respectivamente). As considerações supra feitas ao art. 51 podem ser perfeitamente aplicadas ao art. 56, ambos da Lei 9.605/98.

A Lei do Crimes Ambientais também não observa o Princípio da Proporcionalidade em alguns de seus dispositivos. O Princípio da Proporcionalidade[329] é uma locução que pode apresentar mais de um sentido. Pode-se entender o Princípio da Proporcionalidade como um instrumento argumentativo que permite observar a legitimidade da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais do cidadão. É um critério para o cotejamento entre a intervenção do poder público e a restrição a um direito fundamental para aferição da legitimidade daquela. O Princípio da Proporcionalidade, ainda, apresenta uma significação mais restrita. Denomina-se Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito. Este compreende em uma ponderação entre o que se pretende tutelar e a sua respectiva sanção. É investigar se a limitação ao direto fundamental é mais benéfica que a intervenção do poder público sendo assim justificada. Assim, o princípio exige uma ponderação entre os bens jurídicos tutelados e suas respectivas sanções e estabelece, também, uma escala entre os crimes, ou seja, os bens jurídicos mais importantes devem ser mais severamente sancionados.[330] É sobre a lesão sobre o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito que se mencionará, neste instante, alguns exemplos da Lei dos Crimes Ambientais.

---

[329] Ana Elisa Bechara (2014, p.192) utiliza-se da expressão "critério da proporcionalidade". Evita-se com isso confusões com a locução "proporcionalidade em sentido estrito".

[330] "A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo . Simplement e se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida, como sucedía en el caso del derogado art. 38 del decreto-ley 6582/58, razón por la que había sido declarado inconstitucional por la CS, criterio que luego fue alterado con fundamentos que importan ignorar la función

Para o presente texto, para ilustrar a falta de técnica do legislador[331], será destacado o tipo penal previsto no art. 32 da Lei n° 9.605/98, *in verbis*:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

As condutas previstas no art.32 da Lei n° 9.605/98 constituem crime contra a fauna e estão alocadas no capítulo V, dos crimes contra o meio ambiente. Cumpre, desta forma, verificar se tal disposição legal esta coerente com as determinações estabelecidas pelo Princípio da Proporcionalidade (sentido estrito outrora mencionado).

Comumente, o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito trata-se de uma avaliação entre a severidade da sanção e a conduta incriminada pelo tipo. Pondera-se sobre a razoabilidade da intervenção penal (pena) e a importância dos bens jurídicos envolvidos que "reclamam" tal intervenção. A falta de técnica do legislador pode ser aferida no tocante a flagrante desproporcionalidade quando se faz o cotejamento do art. 32 da Lei n° 9.605/98 com dispositivos presentes no Código Penal direcionados a tutela de bens jurídicos pessoais, ou seja, diretamente ligados à pessoa como o caso da lesão corporal simples (art. 129) e maus tratos (art. 136). Nota-se que em ambos os casos o tipo do art. 32 da Lei n° 9.605/98 tem pena mais severa que seus correspondentes direcionados à pessoa humana:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> Pena - detenção, de três meses a um ano.
> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:
> Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. (grifo nosso).

---

hermenéutica de la Constitución tanto como hacer renuncia expresa a la función controladora". (ZAFFARONI, ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.130 e 131)

[331] Aliás, este despreparo do legislador é um dos motivos da denominada crise do direito penal: "Porém a tipicidade, enquanto juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal, representa um importante aspecto da crise por que passa o direito penal hodierno. De um lado o legislador, que prevê o modelo abstrato de conduta através da lei penal por ele elaborada, carece de técnica penal na elaboração das normas". (BRANDÃO, 2011, p. 19 e 20)

Mesmo que se considere que as condutas previstas no art. 32 da Lei n° 9.605/98 tenham aptidão de lesionar o meio ambiente[332], desarrazoado que este delito tenha pena mais grave que dos tipos que tutelem bens jurídicos pessoais. Lesionar ou maltratar um animal nunca pode ser mais grave que lesionar ou maltratar outro ser humano. Assim se expressa Miguel Reale Júnior:

> Se, é certo punir os atos de crueldade praticados contra os animais, (maus-tratos, ferir, mutilar) não se pode admitir, todavia, que a pena seja superior a cominada aos maus-tratos impostos a pessoa humana e igual à prevista para lesão corporal praticada contra pessoa, também punida com detenção de três meses a um ano. (REALE JÚNIOR, 2005, p.78).

No mesmo sentido leciona Luiz Regis Prado no tocante a sanção penal ambiental mais grave: "Mais um absurdo legal, e, por certo, inconstitucional por transgressão ao princípio da proporcionalidade decorrente da incongruência sistemática e teleológica havida entre o disposto no Código Penal e na Lei 9.605/98, no tratamento de bens jurídicos de relevância diversa". (PRADO, 2007, p. 201).

As mesmas observações críticas feitas para o artigo 32 podem ser feitas para o delito tipificado no artigo 49 da Lei 9.605/98:

> Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

A ressalva a favor do artigo 49 da Lei dos Crimes Ambientais frente ao crime do artigo 32 do mesmo diploma legal é que no caso da flora é permitida aplicar somente a pena de multa ou somente a pena privativa de liberdade. No caso do artigo 32 impõe-se a pena privativa de liberdade cumulativamente com a multa. Percebe-se, entretanto, que o *quantum* da pena privativa de liberdade é idêntica sendo possível fazer as mesmas críticas a ambos os institutos.

Exemplo que também demonstra a falta de técnica do legislador no tocante a um ausência de ponderação entre os delitos e suas sanções pode também ser aferida no caso do art.41 da Lei 9.605/98 (incêndio florestal) e sua comparação com o art. 250 do Código Penal (incêndio):

> Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta:
> Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.
> Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa.
> Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:
> Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.
> § 1º - As penas aumentam-se de um terço:

[332] O artigo 32 da Lei dos Crime Ambientais não lesiona o bem jurídico meio ambiente no tocante aos maus-tratos aos animais domésticos.

> I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;
> II - se o incêndio é:
> a) em casa habitada ou destinada a habitação;
> b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;
> c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;
> d) em estação ferroviária ou aeródromo;
> e) em estaleiro, fábrica ou oficina;
> f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;
> g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;
> h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.
> § 2º - Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos.

Percebe-se que a Lei dos Crimes Ambientais em vez de trazer uma sanção mais severa ao delito de incêndio florestal frente ao seu equivalente comum previsto no Código Penal trouxe reprimenda mais branda. Enquanto o Código Penal aplica sanção que varia entre três a seis anos de reclusão, a Lei 9.605/98 foi mais benéfica ao infrator ambiental, pois estabeleceu pena entre dois a quatro anos de reclusão. Se a intenção do legislador era trazer uma maior proteção ao meio ambiente ao trazer um delito de incêndio próprio, o que se mostrou legislado foi justamente o inverso. Desta maneira, pune-se, por exemplo, um incêndio cometido a uma casa particular com maior rigor que outro promovido em uma floresta.[333]

As mesmas observações, também, podem ser feitas nos casos dos incêndios culposos. O Código Penal sanciona o incêndio culposo com pena entre seis meses a dois anos de detenção enquanto a Lei dos Crimes Ambientais sanciona com seis meses a um ano. Novamente a Lei dos Crimes Ambientais é mais branda que a legislação geral.

Uma comparativo que, também, clama atenção entre as incongruências entre a legislação penal comum e a Lei dos Crimes Ambientais verifica-se no tocante os crimes de dano comum (art. 163 do Código Penal) e danos contra o patrimônio cultural (art.62 da Lei 9.605/98):

> Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
> Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:
> I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;
> II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:
> Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.
> Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

[333] Com referência ao incêndio que gere perigo a vida ou a integridade física justifica-se a pena do artigo 250 do Código Penal se maior que seu equivalente da legislação penal ambiental.

Observa-se que o legislador inovou dentro da legislação penal ao trazer a figura do dano culposo dentro da Lei dos Crimes Ambientais. O que assombra nesta tipificação culposa é que a sanção correspondente é maior que a para o dano doloso simples do Código Penal. Nota-se que o dano culposo do art. 62 da Lei 9.605/98 tem sanção de seis meses a um ano enquanto o dano doloso previsto no art. 163 do Código Penal tem pena entre um mês a seis meses. Penalizar uma conduta culposa com um pena maior que uma dolosa é um contra senso mesmo que se queira justificar uma maior importância do meio ambiente frente ao crime contra o patrimônio.

Outro ponto interessante da Lei dos Crimes Ambientais é que em seu artigo 3º inovou no direito pátrio ao trazer a possibilidade de imputabilidade penal da pessoa jurídica. Por intermédio deste dispositivo cumpriu-se a determinação constitucional da tríplice responsabilidade ambiental ao possibilitar (para os defensores da responsabilidade jurídico-penal para o ente moral) a imputação de um crime as pessoas jurídicas que com suas atividades violem o meio ambiente:

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Dentro do campo dogmático surgiram vários questionamentos sobre a legitimidade e possibilidade desta responsabilização frente ao famoso brocardo "*sociestas delinquere non potest*"[334]. Entre os argumentos contrários[335] a imputação penal à pessoa jurídica, saliente-se: ausência de previsão constitucional, lesão ao princípio da *ultima ratio*, impossibilidade de cumprir os fins da pena, impossibilidade de conduta, ausência de culpabilidade e desrespeito a responsabilidade pessoal da pena.

> Son varios los argumentos que se dan para objetar la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujeto activo de un delito: a) Respecto de ellas, se sostiene que estarían incapacitadas para llevar a cabo una acción (Gracia, 1985, 9 ss.), pues no se podría hablar de realización típica, pues ésta supone una determinada relación psicológica (dolo o culpa), que no es posible atribuir a una persona jurídica (cf. Cobo-Vives, DP, 325) y propia sólo al hombre (cf. Rodríguez Devesa, DPE, 390). b) Por otra parte, el considerar a la persona jurídica sujeto activo significaría también la posibilidad

[334] "A responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui tema cujo debate é bastante atual e de solução ainda não uniforme no direito comparado. Muitos são os países que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China. Por outro lado, muitos outros como Alemanha (que estabelece um direito penal administrativo para punir a pessoa jurídica), Suíça, Itália, Bélgica e Espanha não admitem tal responsabilidade". (GALVÃO, 2003, p. 2). Apesar da obra citada ter sido escrita há mais de 15 anos atrás o debate, ainda permanece. O intuito da citação e demonstrar o quanto o tema não é pacífico dentro da discussão dogmática.

[335] Recomenda-se a leitura do livro "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" coordenado por Luiz Régis Prado e René Ariel Dotti sobre a temática, uma vez que não é escopo deste trabalho tal problematização.

> de que ella pudiese ejercer legítima defensa, estado de necesidad, etc., lo cual también parece contradictorio tanto respecto de los requisitos que se exigen en cuanto a cada causa de justificación como también por la relación psicológica que es indispensable en cada caso. c) Tampoco sería posible hablar de culpabilidad en el sentido de reprochabilidad, pues tal concepto implica la autonomía ética del sujeto basada en el libre albedrío, que no es posible predicar respecto de la persona jurídica. d) Por otra parte, señala Antón Oneca (DP, 754), que el fin y sentido de la pena no son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas: no se podría hablar de expiación o retribución, pues la persona jurídica no puede sufrir o padecer y, además, porque recaería injustamente sobre todos los individuos que la componen. La prevención general no tendría objeto, pues la persona jurídica no es susceptible de coacción psicológica (sólo las personas naturales que lla componen). La prevención especial tampoco podría cumplir su finalidad, ya que una persona jurídica no es resocializable. Por último, en lo que se refiere a las medidas de seguridad, se señala que no son aplicables a las personas jurídicas (Barbero, 1980, 107; Zugaldía, 1980, 87; Bajo, 1981, 375 ss.), pues, por una parte, el presupuesto de una medida de esta naturaleza es el hecho típico y antijurídico, lo que no es posible realizar por una persona jurídica y, por otra, el fundamento que se da de la peligrosidad criminal tampoco sería aplicable a aquélla, pues implica una tendencia conductual o de personalidad que no es compatible con la estructura de la persona jurídica. (RAMIREZ; MALARÉE, 1999, p.52 e 53)

Para o presente texto, sem polemizar sobre os motivos que foram acima apresentados para negar uma responsabilidade penal do ente moral, defende-se a impossibilidade da pessoa jurídica responder por crimes por ser uma afronta ao Princípio da Intervenção Mínima. O ente moral, por sua própria natureza, não tem possibilidade de receber uma pena de restrição/privação de liberdade e, tampouco, medidas de segurança. Ao se fazer uma análise das sanções penais que a Lei 9.605/98 prescreve para as pessoas morais nota-se que são de mesma ordem que as punições administrativas. A descrição da pena cabível as pessoas jurídicas estão previstas nos artigos 21, 22 e 23 da Lei 9.605/98.

> Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
> I - multa;
> II - restritivas de direitos;
> III - prestação de serviços à comunidade.
> Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:
> I - suspensão parcial ou total de atividades;
> II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
> III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.
> § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.
> § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
> § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.
> Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:
> I - custeio de programas e de projetos ambientais;
> II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
> III - manutenção de espaços públicos;

> IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Por sua vez, a sanções administrativas para as lesões ao meio ambiente destinadas à pessoa jurídica estão elencadas no artigo 72 do mesmo diploma legal:

> Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:
> I - advertência;
> II - multa simples;
> III - multa diária;
> IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
> V - destruição ou inutilização do produto;
> VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
> VII - embargo de obra ou atividade;
> VIII - demolição de obra;
> IX - suspensão parcial ou total de atividades;
> X – (VETADO)
> XI - restritiva de direitos.

Um cotejo simples permite observar que são sanções idênticas. Desnecessário uma punição penal se há uma administrativa que sanciona igualmente a infração. Qual a razão de se "convocar" o Direito Penal se outro ramo do Direito prevê a mesma sanção e de igual intensidade? É um Direito Penal simbólico?[336]Desnecessário o Direito Penal, uma vez que o Direito Administrativo realiza a mesma tarefa.

Outro princípio que também não recebeu a devida atenção do legislador na elaboração dos crimes ambientais é o da exclusiva proteção de bens jurídicos. A Lei dos Crimes Ambientais não deixa nenhuma margem para dúvida que tem com desiderato a proteção do bem jurídico meio ambiente. Desta maneira, é imprescindível que os comportamentos tipificados tenham a proteção do ambiente como finalidade.

De uma análise do artigo 32 da Lei 9.605/98 pode-se fazer a observação que maltratar animais domésticos não lesiona nem coloca em perigo o bem jurídico meio ambiente. Como dito, pode-se discutir se o outro bem jurídico pode ser atingindo, contudo, o meio ambiente não é. Como se não bastasse esta falta de técnica do legislador de 1998, em 29 de setembro de 2020 foi publicada a Lei 14.064/20 que acrescentou o § 1º-A ao artigo 32 da Lei 9.605/98:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

[336] A resposta neste tocante é sim, pois é a utilização do Direito Penal como um instrumento meramente demagógico.

> § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (grifo meu).

Nota-se que além da ausência de lesão ao meio ambiente, e a consequente criminalização de condutas sem bem jurídico a tutelar (pelo menos o meio ambiente), maltratar, abusar, mutilar um gato ou cão doméstico passou a ser apenado com reclusão de 2 a 5 anos. É um flagrante desrespeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídico e, de forma assombrosa, ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

> A propósito de animais domésticos, convém logo salientar que sua tutela jurídica não deveria ter a natureza de delito, mas tão somente de contravenção penal ou mero ilícito administrativo. Quadra aqui mencionar que nesse caso só impropriamente é possível falar-se em tutela do ambiente, visto que outro é o bem jurídico em foco. Aliás é bem discutida em sede doutrinária a delimitação do bem jurídico protegido no caso de infração penal (ou administrativa) de maus-tratos aos animais domésticos. (PRADO, 2007, p.199).

Controvérsias maiores se dão com as disposições da Lei dos Crimes Ambientais com o Princípio da Legalidade. Como é a discussão principal do presente trabalho será relatado em tópico próprio a seguir.

7.3 A Lei dos Crimes Ambientais e o Princípio da Legalidade

Demonstradas foram as contradições entre as disposições da Lei do Crimes Ambientais com alguns princípios do Direito Penal. Percebeu-se violações aos princípios da lesividade, proporcionalidade, intervenção mínima e exclusiva proteção de bens jurídicos. É importante neste instante observar como a Lei dos Crimes Ambientais relaciona-se com o Princípio da Legalidade, de forma mais precisa com a taxatividade por ele imposta aos tipos penais.

7.3.1 A Lei dos Crimes Ambientais e o desrespeito ao princípio da legalidade

O Princípio da Legalidade é a pedra angular dentre as garantias do cidadão com referência a limitação do direito de punir do Estado. É o baluarte assegurador que não permite o arbítrio estatal. É o instrumento que possibilita a proteção contra condutas que podem provocar lesões ou perigo de lesões ao bem jurídico (meio para criminalização) e ao mesmo tempo a garantia de liberdade frente ao arbítrio. Desta maneira, o Princípio da Legalidade protege o cidadão pelo

Direito Penal e protege o cidadão do Direito Penal. Em matéria penal é o principal princípio derivado da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal Ambiental é um ramo do Direito Penal e, sendo assim, as determinações do Princípio da Legalidade logicamente também se impõe.

Assim, ao se tratar de um Estado Democrático de Direito, as determinações do Princípio da Legalidade irão trazer importantes imperativos limitadores da intervenção penal, inclusive no âmbito ambiental. Sem o Princípio da Legalidade não existe possibilidade de existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A aplicação da violência da pena perante o cometimento de uma infração penal depende de forma indispensável do cumprimento de suas determinações, ou seja, o respeito às suas garantias e a as normais penais ambientais não constituem exceções.

Como anteriormente exposto, no capítulo próprio, do Princípio da Legalidade penal depreendem-se algumas limitações para o exercício do *jus puniendi* do Estado. Extrai-se deste princípio[337] a obrigatoriedade da reserva legal, a imposição de lei certa e escrita, a vedação da analogia *in malam partem* e a anterioridade legal. "Con la fórmula propuesta *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta* se agotan los aspectos esenciales de las garantías criminal penal, que constituyen el núcleo del principio de legalidad". (MIR PUIG, 2003, p. 132).

> Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. (ROXIN, 1997, p.140).

Como exposto, em matéria penal ambiental, somente a lei em sentido estrito pode criminalizar condutas. O Direito Penal, devido à natureza violenta de sua sanção, é o ramo do Direito mais formal e só admite como fonte de produção de sua matéria incriminadora a lei em sentido estrito. Veda-se, por esta perspectiva, que os costumes, a jurisprudência, a doutrina sejam fontes de criminalização do Direito Penal Ambiental. (*Nullum crimen sine lege scripta*)

> Desde el punto de vista, formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados- y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución ". La CN no admite que la doctrina, la jurisprudencia ni la costumbre puedan habilitar poder punitivo. No obstante, los usos y costumbres sirven para establecer los límites de la tipicidad penal cuando la propia ley, en forma tácita o expresa, se remite a ellos: límites del fraude comercial, de la prohibición de maniobras

[337]Existem autores que tratam o princípio da legalidade como gênero e suas vedações ao poder de punir como espécies (subprincípios).

> publicitarias, el cuidado debido en múltiples actividades no reglamentadas, etcétera.[338] (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p.112).

Nos termos do Princípio da Legalidade a lei penal deve ser estrita. Veda-se com isso a possibilidade de criminalização de condutas com a utilização do recurso da analogia. Verifica-se, no entanto, que a vedação versa apenas para a analogia *in malam partem* sendo a analogia *in bonam partem* perfeitamente aplicável[339]. (*Nullum crimen sine lege stricta*).

> En este sentido, la analogía está totalmente prohibida en derecho penal. La razón de ello se encuentra en el principio de intervención legalizada. Sólo aquello que está previsto en la ley puede fundamentar la intervención punitiva estatal. Lo contrario sería dejar la puerta abierta a la arbitrariedad del juzgador y a que éste se irrogara los poderes que sólo corresponden al legislador. (MUÑOZ CONDE, 2001, P.150).

Ainda, nos termos do Princípio da Legalidade a lei penal deverá ser prévia ao fato que objetiva condenar. A anterioridade da legal penal é uma garantia de não ser punido por fatos cometidos no passado. Rege este subprincípio o brocardo "*tempus regit actum*", ou seja, a lei aplicável ao caso é a lei do tempo do crime com a ressalva da retroatividade da lei mais benéfica. (*Nullum crimen sine lege praevia)*.

> La irretroactividad de las leyes penales significa que una acción que era impune en el momento de su comisión, no puede ser considerada posteriormente punible y que igualmente está prohibida una agravación de la pena ya existente que opere del mismo modo. La prohibición de retroactividad se extiende además a otras agravaciones ulteriores de la situación jurídica del reo. (JESCHECK, 1981, p.184)

Por fim, destaca-se a necessidade da taxatividade determinada pelo Princípio da Legalidade. A leis penais devem ser precisas, claras, de fácil entendimento. É um imperativo a perfeita delimitação de seu alcance como um pressuposto de segurança jurídica do cidadão. Constitui uma premissa fundamental para evitar-se o arbítrio e a utilização do Direito Penal para fins não democráticos. (*Nullum crimen sine lege certa*).

Todas essas determinações acima (analisadas no capítulo 5) aplicam-se às disposições da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). A Lei 9.605/98, como qualquer legislação penal, deve respeito as garantias impostas pelo Princípio da Legalidade e é o que se procurará analisar de alguns de seus dispositivos a seguir no tocante a imposição de lei certa.

---

[338] Reflexão válida tanto para o ordenamento penal argentino quanto para o brasileiro.

[339] "Desde el punto de vista de una interpretación teleológica del principio de intervención legalizada creo, sin embargo, preferible la tesis de admitir la analogía cuando ésta favorezca al reo. Pues, en este caso, la función de protección de derechos que el principio de intervención legalizada tiene carece de sentido: el individuo no va a ser inquietado por el poder punitivo, o lo va a ser de un modo menos grave que el previsto en la ley." (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 152).

7.3.1.1 Leis dos crimes ambientais e a violação da taxatividade pelos elementos normativos

A taxatividade determinada pelo Princípio da Legalidade é uma das suas principais consequências para a garantia do cidadão frente o Direito Penal. Sem um texto legal que permita compreender o limite da conduta merecedora de uma pena abre-se espaço para o arbítrio estatal. Tipos demasiadamente abertos são estratagemas utilizados por regimes autoritários para burlar o Princípio da Legalidade. Constitui um ardil para que o Estado não seja flagrantemente acusado de não se pautar na lei.

> Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del tus puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad. (ROXIN, 1997, p.169).

Como exposto por Claus Roxin (1997) a taxatividade veda leis elaboradas de forma indeterminada e imprecisa. A precisão do que se deseja proibir protege o cidadão e traz segurança jurídica. Sem taxatividade o juiz se encontra perfeitamente "livre" para punir qualquer conduta tornando-se um verdadeiro legislador. Ademais sem a taxatividade dificulta-se a formação do instituto da culpabilidade. Uma lei clara possibilita ao cidadão perceber o âmbito do vedado pelo ordenamento jurídico e dirigir sua conduta dentro deste paradigma estabelecido. A taxatividade tem reflexos na tipicidade e na culpabilidade.

Isto posto, com a taxatividade exige-se que os tipos penais possibilitem a delimitação da infração. O tipo penal é a "concretização" do Princípio da Legalidade e, consequentemente, da taxatividade. Desta maneira, o legislador em sua atividade legiferante de tutela do meio ambiente deve evitar elementos normativos e a utilização da técnica da lei penal em branco. Não se quer dizer com isso, que estes dois institutos não possam ser utilizados, mas que estes devem ser usados com parcimônia. Devem, no entanto, possibilitar a compreensão do que se almejar proibir como já salientado.

> Desde una perspectiva positiva la función de garantía significa que debe exigirse el máximo de determinación en la ley penal (*nullum crimen sine lege certa*). Los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada. La razón de esta exigencia de determinación o certeza se encuentra en que la reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficacia, cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se

> expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez. Las sentencias penales deben ser verificadas en la ley. (JESCHECK, p.182 e 183).

A Lei dos Crimes Ambientais, até pela própria natureza do bem jurídico meio ambiente, é pródiga no uso de elementos normativos e na utilização da técnica da lei penal em branco. Já se disse que não são vedados pelo ordenamento jurídico estas formas de produção do tipo, contudo não há um autorizativo para sua utilização sem critérios. O emprego destes meios para a tutela do meio ambiente não pode permitir um Direito Penal com tipos que não sejam determinados e, consequentemente, acessíveis a percepção das pessoas comuns.

Dentre os tipos previstos na Lei dos Crimes Ambientais destaca-se, como exemplo, o delito de poluição previsto em seu artigo 54:

> Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
> § 1º Se o crime é culposo:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.
> § 2º Se o crime:
> I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;
> II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;
> III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;
> IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;
> V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.
> § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Inicialmente percebe-se a falta de técnica do legislador ordinário na formulação deste tipo penal. A construção dos tipos penais é feita com a vedação de comportamentos/ações e não de resultados. No crime de homicídio, por exemplo, o núcleo do tipo penal é composto por um verbo que expressa uma conduta (matar). Da mesma maneira, no caso do delito de poluição, o núcleo deveria ser “poluir” e não “causar poluição”.

Para compreender o que se deseja proibir com o delito previsto no art. 54 da Lei 9.605/98 necessário é saber o que é poluição/poluir. O que se pode entender por poluição?

Em um sentido comum, o dicionário Aurélio informa que poluição é: “Ato ou efeito de poluir; contaminação ou deterioração do ambiente com substâncias químicas, lixo, fumo, ruído,

etc.; aquilo que contamina o meio ambiente".[340] O dicionário Michaelis, em termos assemelhados, define: "ato ou efeito de poluir; degradação de qualquer ambiente provocada por poluente".[341]

Estas definições, no entanto, não correspondem um conceito jurídico. São empregadas em um contexto não técnico-jurídico do termo "poluição", uma vez que se verifica um conceito legal para o instituto no art. 3°, III, da Lei n° 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente):

> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Nota-se que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente[342] apresenta uma conceituação ampla do instituto. Não somente contempla a degradação do meio ambiente natural, mas também, as lesões ao meio ambiente urbano, cultural e, para alguns, o do trabalho. A definição de poluição liga-se ao próprio conceito de meio ambiente apresentada no mesmo texto legal que, também, apresenta concepção ampla.

Ao se considerar esta concepção ampla trazida na lei para definir "poluição" verifica-se a primeira dificuldade sobre a legitimidade do delito previsto no art. 54 da Lei n° 9.608/98. O comportamento vedado no *caput* do tipo do referido artigo é "causar poluição de qualquer natureza". O operador do direito tem um conceito legal que lhe informa a definição do instituto e tal conceituação é extremamente ampla[343]. O artigo 3°, III, da Lei n° 6.938/81 define poluição compreendendo todas as circunstâncias determinadas nas suas alíneas. Nota-se a amplitude do

---

[340] Fonte: https://dicionariodoaurelio.com/poluicao acesso: 18 de nov. de 2020.

[341] Fonte: http://michaelis.uol.com.br/busca?id=BVxXy acesso: 18 de nov. 2020.

[342] Deve ser relatado que a legislação estadual ou municipal (competência concorrente) pode ampliar o conceito de poluição, desde que nunca diminuem o âmbito de alcance da legislação federal, pois a competência é concorrente (art. 24 da Constituição Federal).

[343] "A partir da Lei Federal 9.605/98 são considerados crimes, com pena de reclusão, as atividades descritas no art. 3°, III, *a* ate *e*, da Lei Federal 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), ou seja, "causem poluição de qualquer natureza". "E, ainda, resultem ou possam resultar em danos à saúde humana" ou mesmo em detrimento de outros portadores de DNA (fauna e flora), tenham rigoroso tratamento com aplicação de sanções penais ambientais. Na Secção III, ateve-se o legislador a elaborar cuidadosa proteção de valores fundamentais para a realização humana em nosso país, chegando inclusive à proteção do lazer (art. 54, IV), transportando a tutela ambiental (o piso vital mínimo) para a proteção do direito criminal ambiental". (FIORILLO, 214, p. 877-879)

conceito de poluição estabelecido pela supracitada lei[344]. Todas as atividades descritas, quer direta quer indiretamente, que causem a degradação do meio ambiente se enquadrarão no conceito de poluição.[345] "Por conta do elemento objetivo do tipo poluição, extremamente aberto, admitem-se, a priori, as várias modalidades que ela encerra: atmosférica, a hídrica, a do solo, a sonora, a eletromagnética, etc." (MILARÉ, 2007, p. 950)

A taxatividade somente desempenha sua função de garantia e segurança quando o tipo tem precisão da proibição. Evita-se, assim, a edição de tipos penais imprecisos e vagos que não delimitem o âmbito da conduta proibida. Sem a possibilidade de compreensão do pleno significado dos elementos do tipo, ou de seu alcance, não há taxatividade. A construção de tipos extremamente abertos[346], como no caso do crime de poluição, constituem na verdade uma falácia de proteção e garantia dos direitos individuais. Pode-se criminalizar quaisquer ações ou omissões devido à amplitude de abrangência do termo empregado.

> Não basta que a lei defina o crime e comine a respectiva pena, porque o Estado sempre poderá iludir semelhante garantia de legalidade de seus atos por meio de edição de leis penais de conteúdo excessivamente impreciso ou vago, como ocorreu na Alemanha nazista, em que determinada lei previa a punição de "quem atende contra a ordem jurídica ou atue contra o interesse das Forças Aliadas", bem assim diversas das disposições da Lei de Crimes Ambientais (n. 9.608/98), por exemplo. Por isso, o princípio implica máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo na elaboração das leis que formule tipos penais com a máxima precisão de seus elementos e ao Judiciário que os interprete adequadamente. (QUEIROZ, 2012, p. 74-75).

A redação do *caput* art. 54 da Lei n° 9.605/98 apresenta, também outro elemento normativo que gera celeuma. A poluição criminalizada ainda deverá ser produzida a afetar a saúde humana superando certos níveis. Somente a poluição que não respeite determinados níveis ("causar poluição de qualquer natureza em níveis tais[347]") será criminosa. A poluição, neste caso,

---

[344] "O dispositivo tipifica o crime de poluição ambiental de forma generalizada, e, sendo, assim, toda e qualquer forma de poluição está incluída nesse tipo penal que é abrangente". (COPOLA, 2012, p.133).

[345] O objetivo da Lei 6.938/81 realmente é abranger grande número de condutas com o objetivo de instrumentalizar da maior forma possível a tutela do meio ambiente. Se esse expediente é benéfico no âmbito do Direito Ambiental, o mesmo não se pode dizer na seara penal.

[346] "Como se vê, salta aos olhos a falta de técnica na construção do tipo, que encerra dispositivo de duvidosa constitucionalidade, eis que demasiadamente aberto, destoante das exigências do princípio da legalidade e agressivo aos princípios da ampla defesa e do contraditório". (MILARÉ, 2007, p. 950).

[347] O dispositivo ora em comento, é omisso, porque reza que é crime causar poluição de qualquer natureza em níveis tais, e, assim, não especifica quais são os níveis em que a poluição ambiental é considerada crime, e por isso, esse dispositivo constitui mais uma indesejável norma penal em branco, ou seja, é um tipo penal excessivamente aberto, e, por isso, admite interpretação extensiva, o que é muito questionável em direito penal. Dessa forma, para que o dispositivo seja aplicado corretamente, resta necessário suprir a lacuna com a edição de uma outra norma penal complementar, também denominada integradora, e que determinará quais são os níveis em que a poluição ambiental será considerada crime. (COPOLA, 2012, p. 135).

vincula-se a uma quantidade capaz de afetar a saúde humana para a conformação do tipo necessitando, de tal maneira, de uma valoração do julgador.

> Já o termo *em níveis tais* exprime um certo *quantum* – suficiente-, elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana. Evidencia-se aqui uma autêntica cláusula geral, que além de relegar a conformação do tipo de injusto à indeterminação casuística, acaba por conceder também excessiva discricionariedade ao julgador. Logo, o seu emprego resulta em irreparável ofensa ao princípio constitucional da legalidade dos delitos e das penas, que deve dirigir toda intervenção penal e não pode ser vilipendiado sob fluida justificativa de se perquirir finalidades preventivas em matéria ambiental. (PRADO, 2013, p. 274).

A parte final do *caput* do delito de poluição também tem outro elemento normativo que dificulta compreender o alcance da norma*:* "a destruição significativa[348] da flora". Indaga-se o que é a destruição significativa da flora[349]? Deve-se levar em consideração o número de plantas mortas ou a área atingida? Diversas incertezas sobre estes termos geram dúvidas sobre o que é realmente vedado pelo dispositivo.

Édis Milaré sobre as expressões "níveis tais" e "destruição significativa" da flora, assim se posiciona[350]:

> Poluição "em níveis tais" e "destruição significativa da flora encerram situações obscuras, fincando o se entendimento e esclarecimento ao arbítrio do julgador, o que não se afaz com um Direito Penal moderno, que quer ver transgressor sujeito à determinação da lei. A condenação justa é a que garante ao acusado a ampla defesa, o que só será possível se a ele for imputado um fato certo descrito como crime. (MILARÉ, 2007, p. 950).

Feitas estas observações, imperioso observar que as lesões ao princípio da legalidade/taxatividade presentes no *caput* do art. 54 da Lei n° 9.605/98 provocam insegurança jurídica. Não há o respeito ao Princípio da Legalidade no aspecto da taxatividade. Seu excesso de elementos normativos não permite uma compreensão precisa da vedação e, consequentemente, uma delimitação do que se almeja proibir para proteger o meio ambiente.

No tópico anterior críticas já foram feitas no tocante aos artigos 32 e 49 da Lei 9.605/98. Soma-se mais uma. Em ambos os tipos penais encontram-se a criminalização de condutas de difícil compreensão com referência ao âmbito da vedação. *In verbis*:

---

[348] Nos termos assinalados por Nilo Batista a utilização de elementos do tipo sem precisão semântica é uma modalidade de violação do princípio da legalidade. (BATISTA, 2007, p. 81).

[349] "Denote-se, ainda, que a expressão destruição significativa da flora admite a indesejável interpretação extensiva, porque não delimita em que grau que a destruição pode ser considerada significativa". (COPOLA, 2012, p. 135).

[350] Em sentido contrário: "Não entendo censurável o emprego das locuções "de qualquer natureza", "em níveis tais", pois todas essas expressos estão fortemente ligadas à possibilidade de causar perigo ou dano aos bens protegidos. É um tipo penal aberto, que, entretanto, não gera arbítrio do julgador, nem insegurança para o acusado". (MACHADO, 2013, p.849).

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Nota-se que o artigo 32 da lei 9.605/98 tipifica a conduta de "praticar ato de abuso". Abusar é exceder-se, exagerar, exorbitar, ou seja, usar desmedidamente. Pelo sentido comum denota-se que consiste em dar uma utilização além do moderado. Percebe-se que o próprio verbo exige, para sua tipificação, uma valoração da utilização feita pelo sujeito ativo. O delito não é usar, mas abusar. O próprio comportamento já apresenta forte carga valorativa.

Nestes termos, nota-se que surge de antemão dúvidas sobre o limite para a utilização dos animais. Em situações extremas, polêmicas podem não existir. Cite-se, por exemplo, submeter um cavalo a puxar uma carroça por dias e dias sem descanso. O problema surge em situações não tão evidentes. Um cavalo tracionar por um dia seria abuso? Dúvidas surgem. Quanto pode trabalhar um cavalo por dia? Qual o limite de carga? Qual o período de descanso necessário? Ele pode puxar uma carroça por oito horas e mais que isso seria abuso? Cite-se mais um caso: em muitas residências é comum deixar o cachorro no quintal para que este fique exercendo um papel de vigilante. Às vezes, o dono passa horas ou talvez dias (apesar de deixar água e comida) sem retornar. É um ato de abuso deixar o animal tanto tempo sozinho para zelar pela casa? Qual o tempo é permitido deixar ele cumprindo este papel sem configurar abuso? Dez dias seria evidentemente abuso, mas dois dias? Isto posto, em situações extremas é fácil perceber o abuso e, em outras, a dificuldade se mostra grande e fica a depender, no mais das vezes, exclusivamente da sensibilidade do julgador. Destas observações, percebe-se que dificuldades existem para precisar se o comportamento realizado é de abuso ou não frente a necessidade de valoração. Conclui-se pela não taxatividade desta criminalização quanto não se consegue verificar o alcance da norma sendo que a adequação típica fica a depender da emotividade do magistrado.

Outra situação que igualmente merece atenção é a incriminação do comportamento de maus-tratos constante nos artigos 32 e 49 da Lei 9.605/98. Maus-tratos têm sentido de dano ultrajante. Traz a ideia de deixar ou praticar ato que prejudique seriamente o devido zelo com o animal, como, por exemplo, deixar de alimentar ou de dar água, submeter a castigo excessivo, deixar de lhe proporcionar liberdade de locomoção etc. Maus-tratos e atos de abuso na verdade são duas faces da mesma moeda. Comete-se um ato de abuso quando se submete um animal a maus-tratos.

Novamente dúvidas surgem sobre a abrangência da conduta. Quais são as condutas que constituem maus-tratos? Utilizar coleiras de cachorros que não são peitorais constituem maus-tratos? E não ter um arranhador para o gato? Novamente depara-se com situações que geram dúvidas para a devida compreensão do alcance do tipo diante da sua imprecisão, ou seja, falta de taxatividade (Princípio da Legalidade).[351]

> As espécies de maus-tratos e sevícias aos animais podem ser físicas (violência gratuita de vários tipos, ocasional ou habitual, fome, sede, exageros no campo do trabalho, chicotadas, pesos, arreios, excesso de fadiga, emprego antifisiológico, meios dolorosos, atividade esportiva utilizando o animal como alvo ou objeto de diversão etc.); genéticas ou mecânicas (seleção genética ou intervenção genética para obtenção de animal anômalo, constrição em período do aleitamento impedindo sua movimentação ou seu desenvolvimento físico regular, forçar a ingestão de alimentos etc.); ambientais (constrição em desprazível situação de cativeiro). Atente-se, a propósito, para a imprecisão que a referida expressão – "praticar ato de abuso" (art. 32, *caput*) – encerra, em desconformidade com as exigências do princípio da legalidade, em especial no tocante a sua vertente da taxatividade-determinação. (PRADO, 2013, p.201).

As observações acima expostas igualmente podem ser feitas para a conduta de maltratar plantas de ornamentação de logradouros públicos prevista no artigo 49 da Lei dos Crimes Ambientais. Quais são estas condutas? O zelador de um edifício público que propositalmente deixar uma samambaia sem sol comete o delito por maltratar a planta? A adequação típica a depender do intérprete é possível, pois não se consegue delimitar o âmbito de alcance da comportamento imposto ou proibido. Falta precisão, falta taxatividade.

---

[351] Questão que sempre causa controvérsia no tocante aos maus-tratos de animais é referente aos rodeios. Saliente-se que esta atividade é regida pela Lei 10.519/02 que dispõe sobre a promoção e fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio. Esta legislação disciplina a atividade e os atos realizados, em sua conformidade, não constituem crime pela excludente do exercício regular do direito. Os abusos cometidos fora da legislação, no entanto, são passíveis de punição penal. Luís Paulo Sirvinskas assim dispõe: "O rodeio é outra manifestação popular também muito comum no Brasil, principalmente nas festas de boiadeiro. Essa prática foi recentemente disciplinada pela Lei n. 10.519, de 17 de julho de 2002, que dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal no momento da realização de rodeio. Entendem-se por "rodeios de animais" as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal (art. 1º, parágrafo único, da citada lei). Nessa modalidade, os equinos e bovinos são provocados por choques elétricos ou mecânicos e submetidos a provas cruéis e dolorosas, quais sejam: "bulldog", sela americana, laço em dupla ou "*team roping*", laçada de bezerro ou "*calf roping*", "*bareback*", montaria cutiana. Para isso são utilizados os seguintes instrumentos: sedém, esporas, peiteiras, laços, choques elétricos, alfinetes e similares. Tais práticas submetem os animais a crueldade psíquica e física. Diante desse fato, o Judiciário foi chamado a se pronunciar em ação civil pública no Município da Estância Turística de Itu, o qual, por meio da decisão de primeira instância, proibiu a utilização de instrumentos aptos a produzir sofrimento desnecessário aos animais. Nesse sentido: "Rodeios. Espetáculos em que são infligidos aos animais tratamento cruel, incompatível com a legislação em vigor. Proibição de utilização de instrumentos aptos a produzir sofrimento atroz e desnecessário". É vedada, por isso, a utilização de apetrechos técnicos que causem injúrias ou ferimentos aos animais, inclusive o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou qualquer outro instrumento que submeta os animais a crueldade, incluindo aparelhos que provoquem choques elétricos (art. 4º, § 2º, da Lei n. 10.519/2002)". (SIRVINSKAS, 2018, p.550).

Para finalizar esta ilustração da falta de taxatividade por excesso de elementos normativos do tipo na Lei 9.605/98, citem-se mais dois artigos que, também, não permitem compreender a conduta vedada. São os casos do artigos 68 e 69, *in verbis*:[352]

> Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
> Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.
> Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Verifica-se no artigo 68 da Lei 9.605/98 que se incrimina a conduta omissiva de "deixar[353] de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental". Sem muito esforço percebe-se que não se encontram no tipo elementos para uma delimitação do comportamento. Quais são as obrigações de relevante interesse ambiental? Quem define o que é relevante ou não? Estas obrigações envolvem também prestações administrativas devidas ao órgão de controle ambiental ou somente omissões que refletem diretamente ao meio ambiente? Nota-se que a abertura do tipo se dá horizontal e verticalmente: não se delimita quais são estas obrigações e, ademais, qualifica que estas obrigações devem ser de relevante interesse.

Esta tipificação é extremamente grave, pois permite a sanção penal de qualquer descumprimento de dever legal ou contratual que se julgue importante. Repita-se, é um autorizativo para a punição penal de qualquer norma ambiental, uma vez que aquele que deixa de cumprir um dever legal ambiental "importante" pode ser sancionado. É como se quase todas as normas ambientais recebessem a possibilidade da punição penal. Assombra a qualquer técnico a falta de taxatividade do artigo 68 da Lei 9.605/98.

> Trata-se, também aqui, de tipo extremamente aberto, do qual é difícil (senão impossível) extrair situações definidas e precisas, em prejuízo dos valores da certeza e da segurança, essenciais à garantia dos direitos da pessoa humana. O que vem a ser "relevante interesse ambiental"? Parece inevitável um componente de relatividade, ou mesmo de subjetividade, na apreciação desse interesse. A própria diferença existente entre os vários ambientes, a principiar pela diferença entre os ambiente natural, cultural e artificial – sugere que o "relevante interesse" tem aspectos e pesos variados. Como estabelecer a figura do crime? (MILARÉ, 2009, p.1009 e 1010).

---

[352] É bem discutível, igualmente, se tutelam o bem jurídico meio ambiente sendo, assim, exemplos de violação do Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.

[353] "O núcleo do tipo é o verbo deixar, que aqui adquire o sentido de abster-se de algo, omitir-se do cumprimento (realização, prática) de obrigação de relevante interesse ambiental – expressão por demais genérica." (PRADO, 2013, p.346) (grifo meu)

Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2015) comentam em sua obra "Lei dos Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 que a inconstitucionalidade pela falta de taxatividade do artigo 68 foi sanada com a edição Lei 12.305/10 que no seu artigo 52[354] dispõe que o art. 23[355] e o art. 39, § 2º[356] constituem as obrigações de relevante interesse ambiental. Cite-se suas conclusões:

> Este tipo penal era de duvidosa constitucionalidade por não conceituar o que seja "relevante interesse ambiental", desatendendo assim ao princípio da taxatividade (art. 5.º, XXXIX, da CF e art. 1.º do CP), até porque o meio ambiente já constitui, por si só, um bem jurídico de relevante interesse. O art. 52 da Lei 12.305/2010, aparentemente, sanou essa inconstitucionalidade ao dispor, *verbis*: "A observância do disposto no *caput* do art. 23 e no § 2.º do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penal e administrativa". Para nós o tipo penal é constitucional se for aplicado apenas quando descumprido os deveres previstos no *caput* do art. 23 e no § 2.º do art. 39 da referida Lei 12.305/2010, porque nesse caso há uma conceituação expressa do que é "relevante interesse ambiental". Roberto Delmanto, em comentário realizado antes do advento da Lei 12.035/2010 também foi contundente em afirmar a inconstitucionalidade do presente dispositivo. Diz ele: "Talvez seja esta, a nosso ver, a única situação em nosso ordenamento jurídico em que o descumprimento de um contrato é considerado crime, em que vigora a vontade das partes (*pacta sunt servanda*). Com todo o respeito ao legislador e aos idealizadores da presente lei, esta previsão é absolutamente inconstitucional (…). Com efeito, afora o absurdo de se considerar a violação de um contrato um crime, o presente tipo é demasiadamente aberto, o que fere o princípio da legalidade dos delitos e das penas (CR, art. 5.º, XXXIX), mais especificadamente o da taxatividade, que constitui um de seus corolários". (GOMES; MACIEL, 2015, p.243).

Isto posto, no entanto, nota-se que o referido dispositivo legal (art. 52 da Lei 12.305/10) menciona que estas duas situações (art. 23 e § 2.º do art. 39 da Lei 12.305/10) são obrigações de relevante interesse ambiental, contudo, em momento nenhum, menciona que são as únicas. O que a referida lei faz é apenas não deixar dúvidas que diante destas duas situações se encontram

---

[354] Artigo 52 da Lei 12.305/10: "Art. 52. A observância do disposto no caput do art. 23 e no § 2o do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei nº 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penal e administrativa."

[355] Artigo 23 da Lei 12.305/10: "Art. 23. Os responsáveis por plano de gerenciamento de resíduos sólidos manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente, ao órgão licenciador do SISNAMA e a outras autoridades, informações completas sobre a implementação e a operacionalização do plano sob sua responsabilidade.".

[356] Artigo 39, §2º, da Lei 12.305/10: "Art. 39. As pessoas jurídicas referidas no art. 38 são obrigadas a elaborar plano de gerenciamento de resíduos perigosos e submetê-lo ao órgão competente do SISNAMA e, se couber, do SNVS, observado o conteúdo mínimo estabelecido no art. 21 e demais exigências previstas em regulamento ou em normas técnicas. (...) § 2º Cabe às pessoas jurídicas referidas no art. 38: I - manter registro atualizado e facilmente acessível de todos os procedimentos relacionados à implementação e à operacionalização do plano previsto no *caput*; II - informar anualmente ao órgão competente do SISNAMA e, se couber, do SNVS, sobre a quantidade, a natureza e a destinação temporária ou final dos resíduos sob sua responsabilidade; III - adotar medidas destinadas a reduzir o volume e a periculosidade dos resíduos sob sua responsabilidade, bem como a aperfeiçoar seu gerenciamento; IV - informar imediatamente aos órgãos competentes sobre a ocorrência de acidentes ou outros sinistros relacionados aos resíduos perigosos."

obrigações de relevante interesse ambiental, mas não quer com isso dizer que são somente estas. O que se pode constatar é que, perante a omissão destas ocasiões elencadas, dúvidas não há sobre sua relevância e tão-só isso. Com a devida vênia ao autor, não houve nenhuma delimitação de quais são as obrigações relevantes, apenas se enumerou duas que são. A falta de taxatividade persiste.

Destaca-se, ainda, que, como se não fosse suficiente a falta de taxatividade do artigo 68 da Lei 9.605/98, há ainda a possibilidade de punição desta infração penal na modalidade culposa. Além de não se saber quais são as condutas incriminadas (ou podem ser todas!) pode-se sofrer um sanção penal por imprudência, negligência ou imperícia. Cite-se um exemplo: um indivíduo que descumprir uma obrigação ambiental relevante porque, por falta de cuidado, perdeu um prazo para seu adimplemento surge a adequação típica culposa do artigo 68, parágrafo único, da Lei 9.605/98.

O artigo 69 da Lei dos Crimes Ambientais, também, é obscuro. Determina o dispositivo que constitui crime "obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato das questões ambientais". O que se pode compreender por obstar ou dificultar? Quais são essas condutas? Com quais critérios se aufere que um suposto infrator dificultou a ação fiscalizadora? Perscruta-se ao fiscal? Nota-se uma certa insegurança jurídica nítida presente nestes dispositivos e, não poderia ser diferente, pois lhes faltam precisão do conteúdo da proibição. Apresentam amplitude ao facultar ao magistrado a verificação da adequação típica sem um elemento objetivo de controle preciso.

Isto posto, conclui-se que o excesso e amplitude de elementos normativos podem culminar com um respeito apenas aparente do Princípio da Legalidade. Edita-se uma lei, mas não se consegue auferir uma limitação ao *jus puniendi* devido a abertura excessiva do tipo. Assim, tornar-se inviável a função garantidora da taxatividade.

7.3.1.2 Leis dos crimes ambientais e a violação da taxatividade pelas normas penais em branco heterogêneas

Outro exemplo de violação ao Princípio da Legalidade pelo prisma da taxatividade é o excesso de normas penais em branco heterogêneas presente na Lei dos Crimes Ambientais. Um exemplo de um norma penal em branco, na Lei dos Crimes Ambientais, é o tipo previsto no

artigo 40, com sua devida complementação operada pelo artigo 40, § 1º, do mesmo texto legal, pelas categorias estabelecidas pelo artigo 7º da Lei 9.985/00 e pelo artigo 27 do Decreto nº 99.27490. Observe-se as disposições do *caput* do art. 40 da Lei 9.605/98:

> Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Nota-se que o artigo 40 da Lei dos Crimes Ambientais incrimina o comportamento de causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o artigo 27 do Decreto nº 99.274/90, independentemente de sua localização. Para que o intérprete possa conhecer o âmbito da proibição, ou seja, quais são os objetos materiais que o indivíduo não pode provocar danos direto ou indireto é necessário outra disposição legal, pois o *caput* do art. 40 não os torna possível auferir. Percebe-se, sem muitas dificuldades, que se trata de uma norma penal em branco (homogênea). A complementação/explicação do que se compreende por Unidades de Conservação se encontra no próprio §1º do artigo 40 complementada pelas disposições do artigo 7º da Lei 9.985/00:

> § 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.
> Art.7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas: I - Unidades de Proteção Integral; II - Unidades de Uso Sustentável.

Verifica-se que o § 1º do art. 40 somente discrimina uma categoria das Unidades de Conservação (Unidades de Uso Sustentável) prevista no artigo 7º da Lei 9.985/00. O artigo 7º da Lei 9.985/00 determina que, além da já categoria citada na Lei dos Crimes Ambientais, existe as Unidades de Conservação de Proteção Integral que também pertencem ao gênero Unidades de Conservação. Tanto uma quanto a outra espécie pertencem ao âmbito de proteção do *caput* do art. 40 de Lei 9.605/98. Assim, a categoria de Proteção Integral com sua espécies previstas no artigo 8º, da Lei 9.985/00, também, são Unidades de Conservação e, igualmente, recebem tutela penal[357]:

[357] "A Lei 9.985/00 (art.7º, I e II) determinou a divisão das unidades de conservação integrantes do Sistema Nacional de Conservação da Natureza (SNUC) em dois grupos, com características específicas: o primeiro é composto pelas Unidades de Proteção Integral (v.g. estação ecológica); o segundo, pelas Unidades de Uso Sustentável (v.g. reserva ecológica). Para efeitos jurídico-penais, porém essa diferenciação é de reduzido significado, pois o caput do artigo 40 da Lei 9.605/1998, ainda em vigor, refere-se às Unidades de Conservação, em sentido amplo. Isso porque sua nova redação, conforme o artigo 39 da Lei 9.985/2000, acabou sendo vedada. Assim, a descrição típica do artigo, em tela,

> Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação:
> I - Estação Ecológica;
> II - Reserva Biológica;
> III - Parque Nacional;
> IV - Monumento Natural;
> V - Refúgio de Vida Silvestre.

Feita esta observação, ainda se incluem na vedação de causar dano direto e indireto as áreas estabelecidas no artigo 27 do Decreto nº 99.274/90. Na verdade estas áreas mencionadas neste decreto (Estação Ecológica e Área de Proteção Ambiental) já estão elencadas no SNUC[358] (Lei 9.985/00) sendo então redundante esta disposição.

Desta maneira, percebe-se que o *caput* do artigo 40 é "complementado" por outro dispositivo legal, qual seja a Lei 9.985/00. É um exemplo de uma norma penal em branco homogênea ou em sentido lato. A norma e sua fonte de complementação têm a mesma hierarquia legislativa e, como já explicado anteriormente neste trabalho, não constituem uma lesão ao Princípio da Legalidade. São disposições legais que passaram pelo mesmo processo legislativo imposto pela Constituição (Congresso e Presidente) sendo leis no sentido formal do termo.[359]

Feita esta observação, verifica-se que uma das características do meio ambiente é que seus elementos são extremamente dinâmicos. A formas de se afetar o meio ambiente modificam-se de forma célere. Animais que são abundantes podem se tornar em curto espaço de tempo raros, produtos químicos cuja danosidade era desconhecida podem passar a ser reconhecidas (CFC, por exemplo), atividades extrativas que não geravam impactos dentro de certos limites podem começar a provocar. Percebe-se que as atividades humanas e os danos que possam provocar ao meio variam constantemente a depender da situação do momento.

Isto posto, observa-se que, para uma maior capacidade de alcance da proibição e o seu não engessamento, utiliza-se, com não rara frequência, das normais penais em branco para a proteção ambiental. Os paramentos ambientais que asseguram a vida na Terra são inconstantes e uma maior flexibilidade permite uma mais efetiva proteção desse bem jurídico. As normas penais em branco facilitam este desiderato, em especial, as normas penais em branco heterogêneas.

---

não colhe a distinção feita pelo § 1º e reiterada pelo artigo 40-A, § 1º. Aliás, essa interpretação (sistemática/teleológica) é a que mais se coaduna com a finalidade de reforço de tutela presente na lei nova." (PRADO, 2013, p.231).

[358] Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

[359] Maiores observações já foram feitas no item 5.2.2.4.

Como demonstrado no exemplo do artigo 40 da Lei 9.605/98, as normas penais em branco são tipos penais onde se verifica a existência de uma sanção, no entanto, o preceito primário mostra-se indeterminado. Esta indeterminação da proibição dependerá de uma complementação (delimitação de conteúdo) para a perfeita compreensão do que se almeja proibir. Esta complementação necessária será realizada por outro ato legislativo ou administrativo. Como salienta Juarez Cirino dos Santos, as leis penais em branco são uma tendência de administrativização do Direito Penal por constituir uma transferência de poderes punitivos para o Poder Executivo. (SANTOS, 2008, p.53).

> Una forma especifica del tipo abierto, es la así denominada' "ley penal en blanco", donde la ley penal previene la pena para una conducta que deja sin definir, por lo que esta última queda sujeta a interpretación, si bien, en ocasiones, la propia ley señala que para su entendimiento deberá efectuarse reenvío a otra ley en donde se explica el contenido de la conducta. Aquí, el problema más delicado se presenta cuando la regla de reenvío aparece recogida en una ley en sentido material pero no formal, es decir, que se trate de un ordenamiento que no necesariamente reúna las características de una ley, como ocurre con los reglamentos, lo que naturalmente origina cuestionamientos sobre su posible inconstitucionalidad. (CAMACHO, 2003, p. 304).

Compreende-se que nas normas penais em branco o preceito primário exige um complemento que pode ser realizado por outra lei ou por alguma norma infralegal. Somente desta maneira se estabelece os limites da vedação da conduta ao possibilitar compreender o que a norma realmente proíbe. Com as determinações da norma penal em branco seu conteúdo passa a integrar o tipo penal, que só a partir desse momento, se torna aperfeiçoado. O Direito Penal Ambiental utiliza-se desta técnica legislativa e, não raras vezes, faz uso especial da norma penal em branco heterogênea (sentido estrito).

A lei dos Crimes Ambientais apresenta diversas tipificações que se utilizam do paradigma das normas penais em branco heterogêneas. Cite-se os seguintes exemplos dos artigos 29 e 34 da Lei 9.605/98:

> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
> Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. (...)
> § 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:
> I - Contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;"
> II- Em período proibido à caça.
> Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
> Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. (grifo meu)

Ao se realizar a leitura das disposições dos artigos 29 e 34 da Lei 9.605/98 percebe-se a necessidade de complementação destas em dois momentos acima destacados. O artigo 29 determina que suas sanções são aumentadas até a metade caso seja o delito praticado contra "espécie rara ou considerada de extinção". Indaga-se: quais são as espécies raras ou consideradas em extinção? A simples leitura do tipo proibitivo não permite sua compreensão sem sua complementação. As espécies silvestres ameaçadas de extinção encontram-se elencadas na Portaria 1.522/89 do IBAMA. Assim, somente da "união" do tipo com seu complemento o âmbito da proibição é delimitado. Caso semelhante se apresenta no artigo 34 no tocante ao "período que a pesca seja proibida" que depende da análise da Portaria do IBAMA nº 48/17.

Ainda no artigo 29, do mesmo texto legal, encontra-se outra situação em que se depara com outra norma penal em branco heterogênea. É caso do § 4º, II, que estabelece que a pena é aumentada de metade se o crime é praticado no período vedado à caça. Para se saber se a caça é permitida e em qual período, necessário é consultar outros dispositivos legais. Luiz Regis Prado (2019) esclarece quais são as espécies de caça e se são permitidas ou não:

> A caça, em termos gerais, costuma ser dividida em caça predatória e não predatória. A primeira compreende a caça profissional e a caça de sangue. A segunda engloba a caça de controle, de subsistência e a esportiva. A caça profissional é a atividade desenvolvida visando à aferição de lucro através de seu exercício (é expressamente proibida pelo art. 2.º da Lei 5.197/1967); a caça de controle é a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública (art. 3.º, § 2.º, Lei 5.197/1967), permitida pelo Poder Público em casos excepcionais e rigorosamente motivados; a caça de subsistência é a perpetrada por certas populações – como as indígenas – com fins de prover a própria sobrevivência. Essa modalidade de caça não foi expressamente regulamentada pela referida lei. Por derradeiro, a caça esportiva ou amadorista é aquela praticada com escopo de recreação, estimulada pela Lei 5.197/1967, que previa inclusive a criação de parques de caça federais, estaduais e municipais, onde o exercício da caça era permitido. Tais parques eram abertos total ou parcialmente ao público, em caráter permanente ou temporário, com fins recreativos, educativos e turísticos (art. 5.º, b). São estimulados pelo Poder Público a formação e o funcionamento de clubes e sociedades amadoristas de caça e de tiro ao voo, objetivando alcançar o espírito associativista para a prática desse esporte (art. 6.º, a), obedecidas as exigências legais (arts. 11, 12 e 22). A caça científica, por seu turno, consiste na coleta de animais selvagens para fins de estudos científicos, mas dentro de determinados períodos e obedecendo à época de reprodução de cada espécie. (PRADO, 2019, p.198).

Nota-se que se veda a caça predatória no Brasil, nos termos do artigo 2º da Lei 5.197/67[360], e que somente são permitidas as modalidades não predatórias, ou seja, a de controle, a de subsistência e a esportiva. A caça de controle é disciplinada no artigo 3º, § 2º, da Lei

[360] Artigo 2º da Lei 5.197/67: "Art. 2º É proibido o exercício da caça profissional."

5.197/67[361] e se destina a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública e será permitida mediante licença. A caça de subsistência, como salientado por Luiz Regis Prado (2019), é típica de populações que vivem na natureza, como os indígenas ou quilombolas. Não constitui crime, até por constituir uma causa de exclusão de ilicitude expressamente prevista na Lei dos Crimes Ambientais (artigo 37, I, da Lei 9. 605/98).[362] A caça recreativa é prevista no artigo 6º, alínea *a*, da Lei 5.197/67, que menciona que o Poder Público estimulará a formação e o funcionamento de clubes de caça e tiro[363]. Estas modalidades de caça se submetem a um período determinado de tempo (salvo os casos de exclusão de ilicitude), ou seja, a uma época e um número de dias, nos termos do artigo 8º, b, da Lei 5.197/67:

> Art. 8º O Órgão público federal competente, no prazo de 120 dias, publicará e atualizará anualmente:
> a) a relação das espécies cuja utilização, perseguição, caça ou apanha será permitida indicando e delimitando as respectivas áreas;
> b) a época e o número de dias em que o ato acima será permitido;
> c) a quota diária de exemplares cuja utilização, perseguição, caça ou apanha será permitida.
> Parágrafo único. Poderão ser igualmente, objeto de utilização, caça, perseguição ou apanha os animais domésticos que, por abandono, se tornem selvagens ou ferais. (grifo meu).

Isto posto, necessário é uma portaria do órgão de controle ambiental para determinar o período citado pelo artigo 8º, b, da Lei 5.197/67 e, consequentemente, determinar o caso de aumento de pena previsto no artigo 29, § 4º, II, da Lei 9.605/98. Cite-se o exemplo da Portaria do IBAMA n.7, de 26 de janeiro de 1995, que permitiu, no seu artigo primeiro, a caça amadorística de javali no Rio Grande do Sul durante o período de 01.02.95 até 15.05.95[364] e, desta maneira, não permitia o aumento de pena dentro daquelas circunstâncias.

Assim, percebe-se que o § 4ª, II, do artigo 29 da Lei 9.605/98 constitui mais um exemplo de uma normal penal ambiental em branco heterogênea. O período da caça permitida, ou seja,

---

[361] Artigo 3º, § 2º, da Lei 5.197/67: "Art. 2º É proibido o exercício da caça profissional. (...) § 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

[362] Tanto a caça de controle quanto a de subsistência constituem causas de exclusão de ilicitude, nos termos do artigo 37 da Lei 9.605/98: "Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - (VETADO); IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente."

[363]Artigo 6 º, alínea a, da Lei 5.197/67: "Art. 6º O Poder Público estimulará: a) a formação e o funcionamento de clubes e sociedades amadoristas de caça e de tiro ao voo objetivando alcançar o espírito associativista para a prática desse esporte."

[364]Fonte:https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/1995&jornal=1&pagina=38&totalArquivos=72 acesso 15 de jan. de 2021

quando ela não seja vedada, depende de uma disposição legal emanada pelo órgão administrativo de controle ambiental. Somente, assim, pode-se perfeitamente aplicar ou não o seu disposto, ou seja, o aumento de pena.

Situação que foge geralmente da grande mídia é que também existem espécies da flora que se encontram ameaçadas de extinção. Comumente destaca-se sempre a necessidade de proteção do animais, todavia é igualmente importante evitar-se a extinção dos elementos da flora. Este fato não escapou ao legislador ao editar a Lei 9.605/98 que em seu artigo 53, II, c, trouxe um aumento de pena nos crimes praticados contra espécies raras ou ameaçadas de extinção;

> Art. 53. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se:
> I - do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático;
> II - o crime é cometido:
> a) no período de queda das sementes;
> b) no período de formação de vegetações;
> c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração;
> d) em época de seca ou inundação;
> e) durante a noite, em domingo ou feriado. (grifo meu).

Pelo exposto, tais quais aos animais em extinção, o dispositivo do artigo 53, II, c, da Lei 9.605/98 não permite identificar quais são as espécies raras ou ameaçadas de extinção. Deve-se recorrer a lista do órgão de controle ambiental para que se possa saber quais são estes elementos da flora. Cite, como exemplo, a Portaria nº 443[365], de 17 de dezembro de 2014, do Ministério do Meio Ambiente, que trazia uma lista das espécimes da flora ameaçadas de extinção. Assim, ao se conhecer as determinações das Portarias que definem as espécies raras ou ameaçadas de extinção pode-se aplicar ou não o caso de aumento de pena previsto no artigo 53, II, c, da Lei dos Crimes Ambientais. Conclui-se que é mais um exemplo de norma penal em branco heterogênea constante na Lei 9.605/98.

Cite mais um caso que igualmente exige outro dispositivo legal para a delimitação da norma proibitiva. Vide o artigo 56, § 1º, II, da Lei 9.605/98, no tocante ao conceito de "resíduos perigosos".

> Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[365]Fonte:https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/12/2014&jornal=1&pagina=110&totalArquivos=144 acesso 15 de jan. de 2021.

> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - abandona os produtos ou substâncias referidos no **caput** ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;
> II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento. (grifo meu)

Novamente observa-se a necessidade de outro dispositivo legal para que se tenha a determinação de quais são os resíduos perigosos que ensejam o tipo supracitado. A lista destes elementos é exarada pelo IBAMA, como no caso da instrução normativa n.13[366], de 18 de dezembro de 2012, que detalha quais são os resíduos considerados perigosos. Contata-se outra situação de uma norma penal em branco heterogênea.

Diante do relatado, desnecessários são outros exemplos a demonstrar a utilização da técnica da norma penal em branco pela Lei dos Crimes Ambientais. Já se discutiu, anteriormente, que se as normas penais em branco homogêneas não conflitam com o Princípio da Legalidade (taxatividade) o mesmo não pode ser dito com tanta ênfase das normas penais em branco heterogêneas.

Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002) informam que a norma penal em branco heterogênea, desde sempre, não observou as determinações do princípio da legalidade formal e representa na realidade "uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo". Ademais, destacam que o argumento da necessidade de utilização de tal técnica, tendo em vista a instabilidade das matérias que as leis penais em branco heterogêneas comumente miram, não pode prosperar, pois não existe matéria que requeira mudanças tão céleres e "essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador". ´Destas afirmações a normas penais em branco heterogêneas presentes na Lei dos Crimes Ambientais seriam inconstitucionais.[367]

> La ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y a la aplicación retroactiva, motivos con los que bastaría para considerarla inconstitucional. Si a ello se agrega que configura hoy una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del poder legislativo, y que quiebra la cláusula de ultima ratio, parece haber poco que discutir a su respecto. No neutraliza la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco el argumento de las materias inestables que las requieren, aduciendo que los rápidos cambios no podrían ser seguidos por el legislador penal, pues no hay materia que requiera cambios tan rápidos y que sea seriamente necesitada de previsión punitiva; porotra parte, ésa es precisamente la función irrenunciable del legislador. (ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, 2002, p. 116).

---

[366] Fonte: http://www.ibama.gov.br/component/phocadownload/file/1127-ibama-lista-brasileira-de-residuos-solidos acesso em 15 de jan. de 2015.

[367] Este posicionamento será discutido no próximo tópico. Não são todas as normas penais em branco heterogêneas inconstitucionais ao nosso sentir.

As normas penais em branco heterogêneas tem inegável maleabilidade e se adaptam mais facilmente as mudanças de contexto. Ganha-se em agilidade, mas perde-se em segurança jurídica, pois atribui-se ao administrador o poder que deveria caber, apenas, ao Legislativo.

7.3.2 A necessidade de conciliação do Princípio da Legalidade com a Lei do Crimes Ambientais

Como foi exemplificado no tópico anterior, diversas disposições da Lei dos Crimes Ambientais se afastam do paradigma penal imposto pelos princípios limitadores do *jus puniendi*. A questão que se impõe é como promover a tutela do meio ambiente sem alijar o Direito Penal de suas garantias. Em outros termos, até onde é permitido flexionar as garantias dadas ao cidadão em prol do meio ambiente? A reposta que se propõe é utilizar do Princípio da Proporcionalidade para se aferir a legitimidade ou não das disposições da Lei dos Crimes Ambientais, em especial, da falta de taxatividade de alguns tipos.

Para esta discussão volte-se em alguns pontos já versados. Ao se tratar do conceito de princípios observou-se que estes pertencem ao gênero das normas jurídicas. Retome-se esta reflexão que naquele instante, apenas, foi incipientemente mencionada.

Robert Alexy (2008, p.11) leciona que dentro de uma aplicação jurídica existem duas operações fundamentais. Constituem a subsunção e a ponderação. Observa, o pensador, que enquanto a operação de subsunção já foi relativamente bem investigada, o mesmo não se verifica com a operação de ponderação. Dentre os vários questionamentos sobre o a ponderação, o que clama uma investigação importante é referente a sua estrutura. A estrutura da ponderação é fundamental para que haja uma racionalidade. Este fato impõe que sua análise revela que a ponderação não pode ser um ato de arbítrio. A racionalidade da estrutura da ponderação busca uma legitimidade ao estabelecer critérios para a ponderação. Desta maneira, a questão da estrutura da ponderação é um problema central para a ponderação do Direito.[368] (ALEXY, 2008)

> Pues bien, como venimos diciendo, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio

[368] "El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. (BERNAL PULIDO, 2008, p.40).

> entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. (PRIETO SANCHÍS, 2008, p.90)

Para se compreender estas operações mencionadas por Robert Alexy (2008) deve-se, anteriormente, relatar que dentro da teoria das normas encontram-se duas espécies: regras e princípios. Entende-se por regras as normas que ordenam algo definitivamente. Na sua maioria, determinam algo para uma situação que cumpra determinados requisitos. Não são normas condicionadas. A regra é um mandado definitivo e, por isso, exige-se que se faça exatamente o que ela impõe. Desta maneira, as regras trabalham com a lógica do tudo ou nada. Ou se cumpre a regra ou não se cumpre. A outra categoria de normas jurídicas, ou seja, os princípios não têm a mesma operação para sua aplicabilidade. Os princípios são mandados de otimização: podem ser cumpridos em diferentes graus, pois o seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.[369] (ALEXY, 2008, p.12)

> En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales. (BERNAL PULIDO, 2008, p.39).

Destas observações sobre as diferenças entre as normas jurídicas e sua operacionalidade, Robert Alexy (2008), com referência aos princípios, estabelece uma relação de implicação destes com o princípio constitucional da proporcionalidade. Para o autor, a ponderação implica no princípio da proporcionalidade e vice-versa.

> El significado de la diferenciación entre la reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel. (ALEXY, 2008, p.12).

---

[369] "Ahora bien, la diferencia, según Alexy, entre los conflictos de reglas y los conflictos de principios reside en que los conflictos de reglas se resuelven o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas. (...) Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibiday el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez." (MORESO, 2008, p.64 e 65).

Isto posto, os princípios exigem, em sua aplicabilidade, a máxima realização possível. Isso significa dizer promovê-los tanto no referente as possibilidades fáticas quanto, também, no tocante as possibilidades jurídicas. Deste modo, este mandado de otimização não trabalha com a lógica do tudo ou nada, mas, sim, com uma busca da maximização dos ditames e valores estabelecidos pelo princípio.

Desta maneira, Robert Alexy (2008, p.13) explica que o princípio da proporcionalidade envolve a análise de três subprincípios[370]: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo o autor, os subprincípios da idoneidade e necessidade expressam o mandado de otimização relativo as possibilidades fáticas. Neste momento a ponderação não exerce nenhum papel, pois se trata, com a análise destes dois subprincípios, de impedir determinadas intervenções aos direitos fundamentais. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, se refere a otimização no tocante as possibilidades jurídicas. Nos termos de Alexy (2008) tem seu núcleo no seguinte brocardo, que é conhecido por "lei da ponderação": "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del outro". (ALEXY, 2008, p.13).

> Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os elementos da razoabilidade do ato, por vezes referida como razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins a ele subjacentes. (...) Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido – isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado –, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. (BARROSO, 2018, p. 157 e 158).

[370] No mesmo sentido José Juan Moreso: "Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo– para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: 'cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro." (MORESO, 2008, p. 65).

José Gomes Canotilho (2003, p.269), também, menciona que constituem o princípio da proporcionalidade três subprincípios: 1) Princípio da Conformidade ou Adequação; 2) Princípio da Exigibilidade ou da Necessidade; 3) Princípio da Proporcionalidade em Sentido Restrito. Para o autor português, o (sub)Princípio da adequação determina que a medida a ser realizada para a efetivação do interesse público deve ser apropriada a consecução do fim ou dos fins almejados. Destaca que a exigência de conformidade exige um inquirição se o ato do poder público é apto aos fins justificados. É uma relação de adequação medida-fim. Por sua vez, o (sub)Princípio da necessidade traz como perspectiva a ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Para o pensador, necessário é a prova que para a obtenção dos fins não era possível utilizar-se de outro instrumento menos oneroso à pessoa. Por fim, quando concluídas as análises anteriores sobre a adequação e sobre a necessidade, deve-se indagar se o resultado obtido é proporcional a carga coativa. É o (sub)Princípio da Proporcionalidade em Sentido restrito que impõe a ideia de "justa medida". Constitui numa avaliação se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim proposto. Deste modo, julga-se as vantagens e as desvantagens. (CANOTILHO, 2003).

Paulo Bonavides (2004, p.397), também, constata que o Princípio da Proporcionalidade apresenta três subprincípios: 1) Princípio da Pertinência ou Aptidão; 2) Princípio da Necessidade e 3) Princípio da Proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Nota-se que a nomenclatura utilizada por Paulo Bonavides difere um pouco da de José Gomes Canotilho, contudo o conteúdo dos subprincípios permanece o mesmo. Para o pensador, compreende-se o Princípio da Pertinência ou Aptidão como a utilização de um meio certo para realizar um objetivo de interesse público. Em outras palavras significa que a medida empregada deve ser susceptível de alcançar o objetivo proposto. O Princípio da Necessidade é autoexplicável, ou seja, a medida não deve ser prescindível. Ao final, o autor relata que o Princípio da Proporcionalidade mesma se constitui em uma verificação dos interesses em jogo e qual deve prevalecer por ter maior importância para o interesse público. (BONAVIDES, 2004).

Ainda com referência a ponderação, é importante, desde já, fazer uma advertência. Luís Pietro Sanchís (2008) traz uma consideração que não pode ser omitida. Destaca que o conflito entre princípios não encerra na anulação de um perante ou outro, mas sim que diante daquela

situação um prepondera sem alijar por completo o outro conflitante.[371] Opera-se pela lógica de otimização de ambos dentro do máximo possível fática e juridicamente.

> Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro. (PIETRO SANCHÍS, 2008, p.93).

Uma vez destacado que a ponderação ganha em racionalidade e legitimidade por intermédio do Princípio da Proporcionalidade, relevante é fazer alguns apontamentos sobre o último subprincípio, ou seja, o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito. A discussão sobre a verificação deste subprincípio é a que ganha mais destaque na aplicabilidade deste critério de ponderação.

Como mencionado anteriormente, Robert Alexy (2008), ao tratar do Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, vincula a ponderação a ideia de que quando maior for o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios[372] maior deverá ser a importância de satisfação do outro. Para o pensador, a "lei da ponderação" permite reconhecer que a ponderação pode ser dividida em três passos. Assim, inicialmente é necessário definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Após esta verificação se determina a relevância

---

[371] "Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez." (MORESO, 2008, p.64 e 65).

[372] "Por una parte, la combinación entre la "no satisfacción" y la "afectación" conforman un doble concepto. Este concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección. Cuando se trata de un derecho fundamental como derecho de defensa, entonces la medida *sub judice* representa una intervención. Las intervenciones son restricciones. Por consiguiente, en lugar del "grado de restricción" puede hablarse también de la "intensidad de la intervención". En lo sucesivo se utilizará esta terminología. El hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse a la vez "no satisfacción" es un signo de la flexibilidad del lenguaje. La expresión "no satisfacción" opera de una manera natural, cuando se trata de los derechos de protección. A diferencia de los derechos de defensa, estos derechos no exigen una omisión, sino un actuar positivo. Aquí también puede hablarse de "restricción" y, por tanto, de "intervención", lo cual de nuevo es un indicador de la flexibilidad del lenguaje. Cuando un principio exige protección, pero no ha sido garantizado, no sólo puede hablarse de una "no satisfacción" de ese principio, sino también de una intervención en el mismo, y, por tanto, de una "intervención por medio de una no satisfacción." (ALEXY, 2008, p.19 e 20).

da satisfação do princípio que se julga em sentido contrário. Feitas estas análises, o terceiro passo consiste em se definir se a importância de satisfação de um princípio contrário justifica a restrição ou a não realização do outro. (ALEXY, 2008, p.13).

> De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad: "En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro". Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. (BERNAL PULIDO, 2008, p.40 e 41).

Robert Alexy (2008) relata que se pode construir uma escala de três intensidades para o grau de não satisfação ou de intervenção de um dos princípios. Esta escala de graus é dividida em: leve, média e grave. O jurista alemão, para demonstrar como se opera esta escala de intervenção ou não satisfação de um princípio, traz um exemplo interessante:

> Con todo, es posible encontrar ejemplos fáciles en los cuales juicios como estos pueden llevarse a cabo de esta manera. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de poner en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que fumar implica. La imposición de este deber constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de esta índole, leves y graves, existen otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados "leve", "medio" y "grave". Este ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. (ALEXY, 2008, p.14).

Percebe-se, ao acompanhar o exemplo de Robert Alexy (2008), que se pode intervir na liberdade de profissão ou ofício de vendas de cigarro em três graus diferentes. Uma intervenção leve seria obrigar ao fabricante de cigarros que constem em suas embalagens informações sobre a natureza prejudicial do produto. No extremo contrário, ou seja, um intervenção grave na liberdade de vendas de tabaco seria sua total proibição. Entre estes dois polos, verificar-se-ia uma intervenção média que seria a restrição de venda em apenas alguns estabelecimentos. Assim, pode-se intervir ou não se satisfazer um direito fundamental ou um princípio em três graus diferentes de intensidade.

Ao se fazer esta verificação no grau de intervenção ou não satisfação (leve, média ou grave) deve-se buscar analisar a importância do outro princípio ou direito. Volte-se ao caso em tela. É fato comprovado cientificamente que fumar pode trazer diversas complicações à saúde,

principalmente, câncer de pulmão. O cigarro é causa de morte de milhares de pessoas todos os anos.[373] Desta maneira, conclui-se que o peso da justificativa da intervenção é alto, ou seja, morte e prejuízo da saúde de quantidade enorme de indivíduos. Assim, quanto mais importante for o motivo da intervenção mais justificada é a mesma. Isto posto, a intervenção leve de se conscientizar a população com informações sobre os efeitos do cigarro encontra-se plenamente justificada frente o peso intenso que é o direito à vida e à saúde. (ALEXY, 2008).

> La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco, es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal? no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, "de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual", que fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares. De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, garantizada por el Art. 12.1 LF?. Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado "evidente". (ALEXY, 2008, p.14 e 15).

Ressalte-se novamente, nos termos expostos por Robert Alexy (2008), que a "lei da ponderação" é uma avaliação entre o grau da intervenção ou não satisfação e o motivo desta intervenção ou não realização. Assim, quanto mais relevante a importância de realização de um princípio maior a possibilidade de intervenção em outro.

Ao se fazer estas considerações sobre o Princípio da Proporcionalidade, indaga-se sobre a aplicação deste como um instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais para limitar a atuação do Estado que impõe a estes direitos e garantias, por via das reservas de lei, determinadas restrições ou não satisfações. A questão versa sobre a operacionalização do Princípio da Proporcionalidade como ferramenta de análise e verificação da legitimidade da legislação. Surge o grave problema entre o equilíbrio dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois uma inadvertida e excessiva utilização do Princípio da Proporcionalidade poderá comprometer as esferas de competência de cada um. Como expressa-se Paulo Bonavides surge uma preocupação

[373] Segundo estudo de 2017 do Instituto Nacional do Câncer (INCA) morrem 156 mi pessoas por ano fruto do tabagismo. Fonte: https://folhavitoria.com.br/saude/noticia/09/2019/cerca-de-428-pessoas-morrem-por-dia-no-brasil-por-causa-do-tabagismo Acesso em 17 de janeiro de 2021.

com uma eventual formação de um "Estado de juízes", se o remédio limitador for utilizado de modo a cercear ou impedir a ação do poder constitucionalmente estabelecido (Poder Legislativo) de elaborar às leis. (BONAVIDES, 2004, p.42).

Este temor de um "Estado de Juízes" apontado por Paulo Bonavides (2004) perde-se quanto observa-se que a apreciação da legitimidade das leis pelo Poder Judiciário não é ilimitada. O que o Poder Judiciário está a verificar é a coerência e aplicabilidade concreta dos valores constitucionais. Não tem o legislador uma carta branca para estabelecer leis com conteúdo e meios sancionatórios que bem entender. Além da constitucionalidade formal, imperativo é a verificação da constitucionalidade material e, neste ponto, o Princípio da Proporcionalidade é uma importante ferramenta.

> Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais –transforma, enfim o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis. (...) A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia culto da lei, no novo Estado de Direito do nosso tempo faz culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana. (BONAVIDES, 2004, p. 424).

Isto posto, saliente-se que uma vantajosa aplicação pertencente potencialmente ao Princípio da Proporcionalidade é aquela que permite sua utilização como ferramenta de interpretação e compreensão em todo momento que surge um antagonismo entre direitos fundamentais em uma legislação. O Princípio da Proporcionalidade é um instrumento que permite a conciliação desta antinomia pertencente a uma lei. Ao se utilizar do Princípio da Proporcionalidade com o Princípio da Interpretação conforme à Constituição ganha-se em legitimidade na análise e aplicabilidade do ordenamento jurídico.

> O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da intervenção conforme a Constituição, move-se, pois em direção contrária a esse entendimento e, ao invés, de deprimir a missão do legislador ou sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação da inconstitucionalidade, o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. O legislador sai, por conseguinte, fortalecido; e esse fortalecimento parte de uma doutrina de juízes concebida no uso jurisprudencial do controle de constitucionalidade. Dela resulta claramente que o princípio da proporcionalidade associado ao critério interpretativo de ato normativos "conforme a Constituição" deixa de ser aquele fantasma subjacente aos temores de Charles Debbasch, volvidos para o perigo de que o sobredito princípio viesse abalar "o equilíbrio constitucional dos poderes" e resvalar para o "governo dos juízes". (BONAVIDES, 2004, p.427).

José Gomes Canotilho (2003, p.272) informa que o Princípio da Proporcionalidade é aplicável a todas as espécies de atos emanados pelos poderes públicos. Para o pensador português, dito princípio atrela o legislador, a administração e a jurisdição. Distingue-se, todavia, que o controle feito pelo Poder Judiciário não tem a mesma extensão e intensidade a depender se a verificação se dá frete a uma ato legislativo, administrativo ou judicial. No tocante aos atos do legislador, José Gomes Canotilho (2003) reconhece um considerável espaço de determinação na ponderação dos bens quando prescreve uma norma. Assim, a liberdade de conformação atribuída ao legislador lhe concede discutir os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido estrito e deve caber ao Poder Judiciário cautela para somente examinar se a regulação legislativa não é manifestamente inadequada ou consiste em um erro claro de apreciação. (CANOTILHO, 2003).[374]

Luís Roberto Barroso (2018) relata que pelo Princípio da Proporcionalidade abre-se a possibilidade da invalidação dos atos legislativos ou administrativos que não respeitem os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal:

> Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão. (BARROSO, 2018, p. 159).

No tocante a relação do Princípio da Proporcionalidade com a elaboração das normas jurídicas, Luís Roberto Barroso expressamente se posiciona na necessidade da razoabilidade em

[374] José Gomes Canotilho (2003) aponta que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso envolve tanto o aspecto de cargas coativas exageradas como uma proteção insuficiente de direitos fundamentais: "O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (*untermassaverbot*). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*shutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir a proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais." (CANOTILHO, 2003, p.273).

sua criação. É esta razoabilidade que lhe fornece adequação de sentido dentre os diversos valores fundamentais:

> Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, hão de se levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos. (BARROSO, 2018, p.157).

Feitas estas constatações gerais sobre o Princípio da Proporcionalidade deve-se verificar a aplicabilidade desta operacionalização dentro do Direito Penal[375] e, mais adiante, a utilização desta ferramenta como instrumento de conciliação entre os princípios penais e a tutela do bem jurídico meio ambiente. Apontamentos sobre esta temática já foram feitos no capítulo 5 deste texto (item 5.2), todavia não é demais trazer ao leitor mais alguns esclarecimentos para que se possa, a seguir, relacionar com o Direito Penal Ambiental.

Saliente-se, inicialmente, que a ideia de proporcionalidade na esfera penal não é de formulação e discussão recente. A ideia de necessidade de proporcionalidade entre a ofensa e o castigo remota, por exemplo, a Carta Magna de 1215.[376] Citem-se duas passagens deste importante documento no tocante a proporcionalidade:

> 1. A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (*contenementum*); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressalvando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos. (grifo meu)

---

[375] Tema brevemente apresentado no capitulo 5, item

[376] "O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte. Não é o caso de se voltar a percorrer o longo e bem-sucedido itinerário do princípio no direito norte-americano, valendo o registro, no entanto, de que ele atravessou duas fases distintas, resumidas de modo sumário a seguir: Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (*procedural due process*), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluíam os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins." (BARROSO, 2018, p.155 e 156)

> 2. Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito. (grifo meu).[377]

No clássico livro "Dos delitos e das penas" de 1764, Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) já estabelecia no parágrafo XV que versava sobre a moderação das penas: "Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado" (BECCARIA, 2015, p.53).

> No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. (BECCARIA, 1993, p.68).

Pode-se regredir ainda mais dentro da história e encontrar mais vestígios sobre uma exigência de proporcionalidade e Direito Penal. A ideia de proporcionalidade remonta a legislações antiguíssimas. Um exemplo interessante de proporcionalidade entre o delitos e as penas pode ser encontrado no Código de Manu (Índia, século XIII a.C.). As penas deveriam ser proporcionais à importância social da pessoa (casta). Nota-se que havia uma ideia de proporcionalidade, mas anacrônica com a do tempo presente.

> Toda vez que la facultad de penar era divina, ejerciéndola la autoridad terrena por delegación de Brahama, este texto penal era el puntal de la sociedad hindú fuertemente estratificada del brahamanismo. De allí que su sistema de penas presentase una característica peculiar: la pena pecuniaria aumentaba con la jerarquía de la persona, al par que, por razón de la misma jerarquía, se eximfa de algunas penas corporales. Los límites entre el crimen y el pecado se eliminan hasta el punto que el hombre de casta superior, es decir. el brahamán que conociese de memoria el texto sagrado, podía cometer impunemente cualyuier hechol. (ZAFFARONI, 1998, p.323).

Ainda nas sociedades simples encontram-se mais exemplos de legislações que já tinham como limitador do Direito Penal a proporcionalidade. Utilizavam-se do "princípio do talião". Eugenio Raul Zaffaroni (1998) destaca que o direito antigo dos hebreus tinha esta peculiaridade como característica:

> La característica más saliente del derecho penal hebreo fue el talión, aunque según algunos juristas y teólogos hebreos medievales y posteriores, el mismo habría tenido un puro sentido metafórico, indicador de la proporcionalidad de la pena y de la reparación. Por el contrario, otra corriente de opinión entiende que !la ley hebrea sancionaba el "ojo por ojo, dieritc por diente, sangre por sangre" en forma literal y que así se aplicaba entre los hebreos. (ZAFFARONI, 1998, p.329).

[377] Fonte: http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/magna_carta.pdf acesso em 15 de janeiro de 2021.

Indubitavelmente, contudo, quando se fala do talião como método para estabelecer uma proporcionalidade entre os delitos e as penas, a legislação mais comumente citada como referência e, também, mais antiga é o Código de Hamurabi (Babilônia, 2.300 a.C.): "en el cual se encuentra el carácter público del derecho penal firmemente establecido, pues la protección del rey sobre los subditos se extiende minuciosamente a todos los bienes. Su característica más destacada es la gran cantidad de disposiciones de naturaleza talional" (SOLER, 1992, p.69).

Nota-se, pelo exposto brevemente, que a discussão sobre a necessidade de proporcionalidade no Direito Penal é quase tão antiga quanto o mesmo. Assim, se em um passado distante onde imperava um direito penal do terror ou não liberal já se apresentavam exigências de ponderação, muito mais presente e premente é a questão da proporcionalidade nos tempos atuais.

Hodiernamente em muitos manuais ou cursos de Direito Penal que versam sobre os princípios penais limitadores do *jus puniendi* encontra-se referência ao Princípio da Proporcionalidade.[378]Observa-se, não raras vezes, que alguns destes manuais de Direito Penal brasileiros acabam apenas por fazerem breves menções sobre uma necessidade de equilíbrio entre o delito e a pena sem maiores aprofundamentos.[379]A relação entre o Direito Penal e o Princípio da Proporcionalidade, no entanto, é mais abrangente e fecunda quando se observa toda sua dimensão constituída pelos seus subprincípios.

Santiago Mir Puig (2009, p. 1358) informa que Vives Anton, entre os princípios constitucionais do Direito Penal, destacava o "princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo". A expressão evidencia que o princípio não abrangeria, apenas, a proporcionalidade do delito com a gravidade da pena, mas seria um princípio mais geral que deveria limitar a atuação estatal quando afete um direito fundamental[380]. Tal princípio foi desenvolvido pela doutrina constitucional alemã (e pelo Tribunal Constitucional) e seria composto por três subprincípios: da idoneidade da intervenção penal para conseguir sua

[378] Cite-se como exemplos: "Direito Penal: parte geral" (Damásio de Jesus), "Direito Penal: parte geral" (Cleber Masson), "Manual de Direito Penal" (Guilherme de Souza Nucci), "Curso de Direito Penal: parte geral" (Rogério Greco), "Manual de Direito Penal: parte geral" (Rogério Sanches Cunha), etc.

[379] O que é natural, pois não é propriamente a função destes livros que são generalistas sobre os institutos da dogmática penal e, por isso mesmo, são manuais.

[380]"A noção de proporcionalidade revela-se, em geral, como exigência no âmbito dos diversos setores do ordenamento jurídico, com a finalidade de impor barreiras à discricionariedade no exercício do poder de controle estatal, fundamentalmente quando este seja apto a atingir direitos individuais fundamentais. O critério da proporcionalidade constitui, assim, uma regra de maximização da liberdade, que apenas deve ser limitada para proteger a liberdade de outros cidadãos e a partir da fundamentação racional sobre a importância do que se restringe." (BECHARA, 2014, p.192 e193).

finalidade; da necessidade desta intervenção para tal fim e a proporcionalidade em sentido estrito entre o custo da intervenção[381] em termos de afetação ao direito e o benefício representado para o fim a se obter.

> Los tres conceptos se afirman respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos. En un Estado no confesional al servicio de los ciudadanos, como hemos argumentado más arriba, la limitación de derechos que implica toda intervención penal ha de justificarse por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos, previniendo lesiones de dichos intereses. Ello legitima el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, entendidos como intereses fundamentales directos (individuales) o indirectos (colectivos) de los ciudadanos. (MIR PUIG, 2009, p. 1362).

Assim, as exigências de idoneidade e necessidade incluem diretamente os princípios da necessidade de pena para a proteção de bens jurídicos e a subsidiariedade do Direito Penal (*ultima ratio*/fragmentariedade). Desta maneira, Santiago Mir Puig (2009, p. 1363 e 1364) informa que os requisitos de idoneidade e necessidade tem relação com a finalidade de proteção dos interesses dos cidadãos mediante a prevenção de delitos. Estes subprincípios são congruentes com uma fundamentação utilitarista do Direito Penal. Parte-se do pressuposto que a intervenção penal seja idônea no sentido de ser capaz de conseguir o fim de proteção pretendido. Percebe-se, diante disso, que o Direito Penal tem que ser útil e capaz de impedir crimes. Não é legítimo um Estado que faz uso do Direito Penal para limitar seus cidadãos sem que haja uma proteção de um bem jurídico. Ademais, não é suficiente que haja somente um fim de proteção (bem jurídico). Além disso, é requisito também que para que se proteja este fim que seja levado em consideração o menor custo possível de afetação de direitos. Não deve haver alternativas menos lesivas que a intervenção penal. É a observância do princípio da intervenção mínima. É ser o Direito Penal o último recurso a ser empregado dentre as várias opções de tutela presentes dentro do ordenamento jurídico.[382]

---

[381] "Todo esto es Derecho penal. y todo esto es también coacción, fraude, represión; en una palabra: violencia. Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye um ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal". (MUÑOZ CONDE, 1985, p.16.)

[382] "o princípio da adequação e o princípio da necessidade têm por objeto a otimização das possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos, formulados em forma interrogativa: 1) a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o fim de proteger um bem jurídico? 2) a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?" (SANTOS, 2008, p.27)

> Em síntese, a ideia de idoneidade exige a avaliação da utilidade da pena à prevenção de delitos, determinando previamente quais os interesses a serem protegidos. Se não há finalidade a atingir é impossível afirmar a idoneidade da intervenção penal. (...) O requisito da necessidade prescreve, por sua vez, a exigência de que a intervenção penal seja dada de forma menos agressiva possível, com o maior grau de eficácia, evitando-se restrições de liberdade desnecessárias. (BECHARA, 2014, p.194 e 195).

Por sua vez a proporcionalidade em sentido estrito tem relação com a exigência de proporção entre a gravidade do delito e a gravidade da pena. (MIR PUIG, 2009, 1363).

> El tercer subprincipio, el de *proporcionalidad en sentido estricto*, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección) de la intervención penal, aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (proteción) que com ella se puede conseguir. Aquí cabrá exigir que el interés que se espera proteger sea proporcionado a la gravedad de la intervención penal de modo que ésta no sea más grave que el mal que trata de evitar. Em la medida em que la intervención penal afecte derechos fundamentales, solo resultará proporcionada si trata de evitar lesiones de derechos igualmente fundamentales o por lo menos de interesses fundamentales para la vida social que, además de ser en abstracto merecedores de tutela penal (bienes jurídicos-penales), afecten com suficiente intensidad a dichos bienes. (MIR PUIG, 2009, p.1364).

Pelo exposto, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* remota a ideia de uma harmonia entre os instrumentos utilizados pelo Direito Penal (pena) e os bens jurídicos que a Constituição estabelece como basilares do indivíduo e da coletividade. É uma ponderação entre a lesão ao bem jurídico e a sanção. A doutrina geralmente trata este princípio por duas perspectivas: abstrata e concreta. A proporcionalidade abstrata remete-se ao legislador. É a coerência entre a pena e a importância do bem jurídico que se deseja proteger.[383] Por sua vez, a proporcionalidade concreta dirige-se ao juiz. É a ponderação entre gravidade do injusto e da pena a ser aplicada no caso material.

> A proporcionalidade em sentido estrito, como terceiro requisito do critério da proporcionalidade, exige que os meios de atuação estatal, idôneos e necessários,

[383] "O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou princípio da avaliação) tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da criminalização primária e da criminalização secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos meios (pena criminal) em relação aos fins propostos (proteção de bens jurídicos), também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico? Em síntese, a otimização das possibilidades reais e jurídicas objeto do Verhältnismässigkeitsgrundsatz —para continuar empregando a terminologia de Alexy — tem por objetivo integrar princípios, meios e fins em unidades jurídicas e reais coerentes — ou seja, harmonizar os meios e os fins da realidade com os princípios jurídicos fundamentais do povo. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal coincide com análises da Criminologia Crítica — como Sociologia do Direito Penal —, que estuda a adequação e a necessidade da pena criminal para proteção de bens jurídicos, do ponto de vista dos princípios jurídicos do discurso punitivo". (SANTOS, 2008, p.27 e 28)

> guardem uma relação necessária com o fim perseguido, a partir da ponderação entre a privação ou restrição de direitos que comporta a pena e o fim perseguido com a incriminação. Por isso, seu conteúdo está vinculado também à concreção da finalidade do Direito Penal, a permitir avaliar os benefícios derivados da intervenção. Na medida em que a intervenção penal afete direitos fundamentais, somente resultará concretamente proporcional se for dirigida a evitar lesões de direitos e interesses igualmente fundamentais para a vida social, os quais, além de serem em abstrato merecedores de tutela penal, sejam afetados com suficiente intensidade. (BECHARA, 2014, p.195)

Diante do exposto, nota-se que por intermédio do Princípio da Proporcionalidade pode-se fazer uma ponderação entre princípios e direitos fundamentais conflitantes. Dificuldades não existem em reconhecer que o Direito Penal é a maior forma de intervenção estatal no âmbito de liberdade do cidadão. Aliás, como já relatado nos tópicos anteriores, toda sanção penal é uma restrição/perda de direitos fundamentais. Com o Direito Penal atinge-se direitos fundamentais mais precisamente o patrimônio, a liberdade e, até mesmo, a vida. Desta feita, percebe-se que o fim da restrição/privação imposto pela pena somente se justifica se estiver alicerçado em um bem tutelado com dignidade de direito fundamental. Não se justifica ou não é proporcional limitar direito fundamental (geralmente liberdade) se não for para salvaguardar outro direito igualmente fundamental. "Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional". (SANTAMARIA, 2008, p.318).

Por esta perspectiva, como salienta Ramiro Ávila Santamaría (2008), o legislador quando cria os tipos penais encontra-se em um verdadeiro paradoxo. Por um lado, deve proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, os bens jurídicos constitucionais e por outro não pode perder de vista que esta proteção não deixa ser uma própria lesão de direitos fundamentais do infrator. Assim, o dano que se produz com a sanção penal não pode ser maior que o dano ocasionado ao bem jurídico pela infração penal.

> La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. El legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos, que enunciamos a continuación. (SANTAMARIA, 2008, p.319).

Como se observou, a ponderação estabelecida pelo Princípio da Proporcionalidade exige um conflito entre direitos fundamentais. Este é verificável, sem muitas dificuldades, ao se

analisar do Direito Penal Ambiental. Parafraseando Ramiro Ávila Santamaría (2008) encontra-se o legislador ordinário em um dilema ou paradoxo. A Constituição Federal de 1988 estabelece dois valores fundamentais que necessitam ser promovidos e respeitados: liberdade e meio ambiente.

Constatou-se a pouco que o Direito Penal é uma intervenção grave ao direito de liberdade dos cidadãos. A questão que se impõe é saber se é legítimo a um Estado Democrático de Direito (Brasil) utilizar-se do sistema penal para a tutela do bem jurídico meio ambiente.

Gloria Lopera Mesa relata que a reflexão sobre o princípio da proporcionalidade, como instrumento argumentativo, permite ao Tribunal Constitucional uma interpretação e aplicação dos direitos fundamentais da maneira mais racional possível, sem invadir a competência do legislador. A utilização desta estrutura argumentativa proporciona um controle de constitucionalidade de um tipo de intervenção nos direitos fundamentais como é o caso dos delitos e das penas. (MESA, 2008, p.174) Desta maneira, como o meio ambiente igualmente é um direito humano a utilização deste instrumento argumentativo é pertinente para uma busca solução entre o conflito liberdade/meio ambiente.

> El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por la penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes. (SATAMARIA, 2008, p.333)

Gloria Lopera Mesa (2008, p.177) ainda salienta, inicialmente, que o pressuposto para a aplicação do princípio da proporcionalidade é a verificação de uma colisão entre princípios constitucionais. Inicialmente observa-se que toda lei penal atinge direitos fundamentais como a liberdade, a propriedade e até mesmo a vida. Ademais, apesar de não estar expressamente previsto, não há como negar que a aplicação da pena é estigmatizante produzindo danos à honra e a imagem do sentenciado. Assim, percebe-se a limitação (dano) provocada pelo poder estatal ao utilizar o direito penal para determinados fins.

Ao se perceber essa violência da pena, imperioso examinar que a colisão se verifica com o fim perseguido pelo Direito Penal que é a proteção de bens jurídicos. Estes bens jurídicos devem ser fundamentais para a sociedade para justificar a tutela penal sob o risco de lesão ao princípio

da fragmentariedade. Dentre estes bens jurídicos essenciais destaca-se aqui a importância do bem jurídico meio ambiente. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental para a perpetuação da vida no planeta e sua proteção merece a atenção do Direito e, dentre seus ramos, do Direito Penal. Como já verificado no Capítulo 6, o meio ambiente é um dos Direitos Humanos de terceira dimensão e, no âmbito interno, é um direito fundamental material previsto no art. 225, *caput*, da Constituição da República de 1998.

Pelo exposto verifica-se que o pressuposto apontado por Gloria Lopera Mesa para a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra-se preenchido, ou seja, o conflito de direitos/princípios constitucionais. Assim, passa-se para um segundo passo que consiste em indagar se a intervenção penal para a proteção do bem jurídico meio ambiente respeita os outros requisitos[384] apresentados por Lopera:

> Para resolver este tipo de colisiones los Tribunales Constitucionales suelen emplear uma estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad, y 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa. (MESA, 2008, p. 175 e 176).

O primeiro requisito constitui em aferir se a criminalização de condutas que lesam ou coloquem em perigo o meio ambiente constituem fins constitucionalmente legítimos. Pelo já exposto no decorrer deste texto percebe-se que dúvidas não há da importância de proteção do bem jurídico meio ambiente. O próprio mandado expresso constitucional da tríplice responsabilização pelos danos ambientais é um alicerce seguro para a afirmação da obrigação da tutela penal ambiental.

> Com todo esto no queremos decir, em absoluto, que los bienes jurídicos colectivos em general, y medio ambiente em particular, no deban ser protegidos penalmente. Muy al contrario, como hemos manifestado ya, el medio ambiente es um interés cuya importancia no cabe discutir en la actualidad, merecedor y necesitado de proctección penal. Lo que sí habrá de exigirse es una valoración caso a caso para determinar en cada figura delictiva si realmente estamos ante un objeto dotado de contenido material digno de tutela penal. Y habrá, además, que prestar una especial atención al estabelecimento de los criterios y las técnicas de tipificación: aceptada la necessidade de intervención penal em la defensa del medio ambiente, habrán de considerarse delito solamante aquellas conductas que tengan potencialidade lesiva real para el equilíbrio de los sistema naturales, evitando la sanción de meras desobediencias a un concreto modelo de funcionamento institucional. (MUÑOZ CONDE, 2015, p.238).

[384] Gloria Lopera Mesa relata quatro pontos a serem observados, mas estes nada mais são do que os três subprincípios da proporcionalidade já mencionados.

O segundo quesito a ser analisado consiste no subprincípio da idoneidade. A idoneidade é um exame se a medida empregada para determinado fim é apta para a sua consecução. Apesar das críticas que possam ser feitas ao emprego do *jus puniendi*, a tutela do meio ambiente pelo Direito Penal ganha maior robustez. É próprio ao Direito Penal trazer "maior força normativa" e, em tese, maior proteção ao bem jurídico. A pena, com todas as críticas que merece, ainda é o instrumento mais extremado que dispõe o ordenamento jurídico. Assim, o meio empregado é idôneo a realização do fim.

Requisito que também não pode deixar de ser aferido quando se verifica a proporcionalidade em sentido amplo é a necessidade. Como salientando anteriormente imprescindível é a necessidade, ou seja, que não haja outro meio menos danosos e igualmente aptos para que seja realizada a tutela do meio ambiente frente aquelas condutas tipificadas pela Lei n° 9.605/98.

O subprincípio da necessidade guarda identificação com o princípio penal da intervenção mínima ou *ultima ratio.* O Direito Penal somente deve ser utilizado quando outro ramo do ordenamento jurídico não possui suficiente força para tutela do bem jurídico. É o que comumente chama-se de subsidiariedade. Quando se constata que o Direito Administrativo traz disposições semelhantes e igualmente eficazes para a proteção de situações penalizadas pela Lei dos Crimes Ambientais desperta-se a atenção para a falta de necessidade penal de vários tipos. Esta falta de necessidade de tutela penal torna ilegítimo o tipo pela análise deste segundo subprincípio do Princípio da Proporcionalidade. Para não cair em uma generalização perigosa, deve-se analisar tipo a tipo da Lei 9.605/98 para se auferir a sua necessidade de limitação de condutas por insuficiência de proteção por outros ramos do Direito.

Por fim ao se analisar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também é imperativo uma verificação tipo a tipo da Lei dos Crimes Ambientais pátria. Ao se fazer uma generalização e ao acompanhar a "lei da ponderação" exarada aqui pelos ensinamentos de Robert Alexy, a princípio, é possível o cumprimento deste último subprincípio. Nota-se que para haver a proporcionalidade em sentido estrito é necessário comparar os graus de intervenção ou não satisfação com a importância ou relevância do outro direito fundamental. Todo tipo penal ambiental limita ou restringe a liberdade do cidadão e esta é a intervenção mais grave do ordenamento jurídico, pois surge a possibilidade de aplicação de uma pena. Assim, a tutela do bem jurídico por intermédio do Direito Penal constitui uma limitação grave do direito de

liberdade. Por outro lado, o bem jurídico meio ambiente é fundamental para a perpetuação da vida na Terra. Justifica-se, em uma análise primeira e ainda superficial, a limitação de certas condutas que possam lesioná-lo. Uma restrição a uma conduta que provoque uma grave ameaça ou lesão ao meio ambiente (grande importância) justifica uma grave intervenção ao âmbito de liberdade do cidadão (Direito Penal). Uma grave intervenção é justificada frente a uma grande importância de proteção.

Feitas estas considerações é interessante trazer alguns exemplos de como utilizar-se do Princípio da Proporcionalidade para mensurar os tipos presentes na Lei dos Crimes Ambientais pátria.

No tópico passado apresentou-se ao leitor as impertinências presentes no artigo 32 da Lei 9.605/98. Faça-se agora as mesmas observações, contudo tendo-se como referência argumentativa de legitimidade o Princípio da Proporcionalidade, ou seja, faça-se a verificação dos seus subprincípios.

O art. 32 da Lei n° 9.605/98 descreve a conduta típica da seguinte maneira: "Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos". A primeira permissa que se deve observar, nos termos Gloria Lopera Mesa (2008), é se a norma tem um fim constitucionalmente válido. Deve-se perquirir se há uma promoção ou proteção de um direito fundamental.

Desta maneira, o artigo 32 da Lei dos Crimes ambientais tem como escopo a tutela do meio ambiente. Quando se criminaliza estas condutas de praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestre, domésticos ou domesticados objetiva-se proteger o valor meio ambiente. Assim, repita-se, que diante destes comportamentos, entende o legislador que com estes objetos materiais lesionados fere-se o bem jurídico meio ambiente. Aqui já se encontra uma dificuldade para o preenchimento deste requisito, pois estes atos enumerados quando referente aos animais domésticos não são susceptíveis de lesionar o bem jurídico meio ambiente. Pode-se argumentar que se tutela outro valor, mas o meio ambiente não é lesionado pelo comportamento de maltratar, por exemplo, um cachorro de estimação. Nota-se, neste tocante, que não há o conflito entre direitos fundamentais (liberdade x meio ambiente). Não há aqui, desde já, o cumprimento do Princípio da Proporcionalidade.

Feita esta primeira observação, analise-se o subprincípio da idoneidade com as disposições do artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais. Indaga-se, neste instante, se o Direito

Penal seria apto para se conseguir a proteção do meio ambiente diante a vedação daqueles comportamentos. Para aqueles que não compartilham de um teoria agnóstica, o Direito Penal é apto para a proteção do bem jurídico meio ambiente. A sua força cogente inibiria estes comportamentos e, por sua vez, seria estabelecida a sua proteção. Aliás é esta grande capacidade de tutela que, no mais da vezes, provoca uma expansão desarrazoada do Direito Penal.

Deve-se verificar em seguida se o artigo 32 da Lei 9.605/98 cumpre o subprincípio da necessidade. Investiga-se se o Direito Penal, com a proibição daqueles comportamentos, é a *ultima ratio*. Objetiva-se pesquisar se não haveria outros meios para promover a tutela do meio ambiente, com vedação daquelas condutas, que fossem igualmente eficazes. Assim, é imprescindível a necessidade, ou seja, que não haja outros meios menos danosos e igualmente aptos para que seja realizada a tutela do meio ambiente frente aquelas condutas tipificadas no artigo 32 da Lei n° 9.605/98.

Ao se analisar a legislação pátria, constata-se que o artigo. 29 do Decreto n° 6.514/08 traz uma norma administrativa que tem redação idêntica ao crime tipificado no artigo 32 da Lei n° 9.605/98. Abaixo ambos os dispositivos legais:

> Art. 29. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo.
> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Observa-se que o Direito Administrativo, com suas multas, já seria suficiente para inibir as condutas previstas no artigo 32 da Lei 9.605/98. Dispensável é o Direito Penal. Uma efetiva aplicação de multas diante daqueles comportamentos atenderia suficientemente a tutela do meio ambiente sem a obrigação de aplicação do Direito Penal. Mostra-se, inclusive, que a aplicação da sanção do Direito Penal é demasiadamente severa diante de outro meio perfeitamente sancionador.

Por fim, o mais flagrante desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade cometido pelo artigo 32 da Lei 9.605/98 verifica-se no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como relatado no tópico anterior, o artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais tem pena superior ao artigo 129, *caput*, e 136 do Código Penal (lesão corporal simples e maus-tratos)[385]. Não há uma

[385] "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob

proporcionalidade entre o delito e as penas. Se criminaliza mais gravemente, por exemplo, maltratar um gato do que deixar sem alimento um filho. Há uma nítida inversão de valores na quantificação das penas. As proibições dos comportamentos diretamente vinculados à integridade dos indivíduos são mais relevantes do que dos bens jurídicos coletivos ou difusos. Ao se utilizar a lógica dos graus exposta por Robert Alexy chega a mesma conclusão: Como justificar uma intervenção mais grave a um direito fundamental (pena do delito do artigo 32 da Lei 9.605/98) para um bem jurídico menos importante (meio ambiente). É mais uma consideração que demonstra a falta de técnica do legislador em franco desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade.

Quando se analisou o delito de incêndio em mata ou floresta (artigo 41 da Lei 9.605/98) notou-se, igualmente, uma falta de ponderação do legislador. Ao se fazer o mesmo exercício avaliativo do tipo com os subprincípios do Princípio da Proporcionalidade, percebe-se o erro legislativo.

Ao se vedar a conduta de provocar incêndio em mata ou floresta, nos termos do artigo 41 da Lei 9.605/98, objetiva-se tutelar o meio ambiente por intermédio do Direito Penal. Tem neste dispositivo um fim constitucionalmente legítimo e o Direito Penal é um meio idôneo ou apto para esta proteção. Percebe-se aqui o atendimento dos primeiros critérios estabelecidos pelo Princípio da Proporcionalidade (fim constitucional e subprincípio da idoneidade).

No tocante a necessidade, percebe-se que a conduta sancionada apresenta alto grau de desvalor. Um dos maiores problemas vivenciados na questão ambiental são os incêndios florestais que objetivam criar espaços para áreas de pastagens e de agricultura. Encontra-se no Decreto 6.514/98 (artigo 59[386]) disposições que permitem a aplicação de multas para este comportamento, todavia o que se percebe é que estas não sem mostram suficientes para inibir as práticas incendiárias.[387] Nota-se que a sanção administrativa não é bastante para dissuasão sendo

---

sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa." (grifo meu).

[386] Artigo 59 do Decreto 6.514/98: "Art. 58. Fazer uso de fogo em áreas agropastoris sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida: Multa de R$ 1.000,00 (mil reais), por hectare ou fração."

[387] "Os incêndios florestais no Brasil cresceram de forma vertiginosa ao longo de 2020 em quase todos os biomas, de acordo com informações registradas pelo Programa Queimadas, do Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (Inpe). De 1º de janeiro a 12 de setembro, o órgão contabilizou 125.031 queimadas no país, o maior registro para o período desde 2010, quando 182.170 focos de calor foram mapeados no mesmo intervalo". Fonte: https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2020/09/incendios-no-pantanal-cresceram-210-neste-ano-mostram-dados-do-inpe.html acesso em 15 de janeiro de 2021.

imperativo a intervenção *do jus puniendi*.[388] Presente está, nesta tipificação, o subprincípio da necessidade da restrição do comportamento.

A maior polêmica no tocante ao delito de provocar incêndio em mata ou floresta encontra-se, também, no atendimento do requisito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Diferentemente do artigo 32 da Lei 9.605/98 que tipifica com sanções penais mais graves onde deveria trazer sanções mais brandas, no artigo 41 da Lei dos Crimes Ambientais ocorre o inverso. Ao se cotejar o incêndio florestal com seu equivalente previsto pelo Código Penal (artigo 250), percebe-se que aquele possui pena menor.[389]

Esclareça-se melhor a questão. Pode até ser justificável que o crime de incêndio previsto no artigo 250 do Código Penal possa ter pena maior que seu equivalente previso na Lei dos Crimes Ambientais se o fato versar sobre expor com o incêndio perigo a integridade física ou a vida das pessoas. Os bens jurídicos vida e integridade física são os mais importantes dentro do ordenamento jurídico e, sendo assim, colocá-los em perigo por intermédio de um incêndio pode ser considerado mais grave do que o crime de dano provocado nos termos do artigo 41 da Lei 9.605/98. O que é totalmente incoerente é a circunstância do tipo 250 do Código Penal, também, criminalizar com a mesma pena a conduta de causar incêndio expondo a perigo o patrimônio de alguém. Questão polêmica é estabelecer uma hierarquia entre os valores patrimônio e meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 considera ambos como direitos fundamentais, todavia as repercussões da violação destes geram, materialmente, consequências em graus diferentes para a proteção da vida. Se se tem a vida humana como o bem jurídico mais importante na escala de valores, os bens jurídicos mais a ela vinculados tem primazia. Desta feita, entre um choque inevitável entre o meio ambiente e o patrimônio, este deve ceder. O crime de incêndio florestal deve ter sanção maior que o crime de incêndio que atinja somente o patrimônio para que se possa falar, assim, numa proporcionalidade. Por fim, e o que é mais grave ainda ao se comparar os tipos penais, é que o delito de dano ao meio ambiente previsto no artigo 41 da Lei dos Crimes

---

[388] Nota-se que a prática de incêndio em mata ou floresta vem aumentando mesmo com a sanção penal combinada com a sanção administrativa. Se ambos os ramos do direito já apresentam dificuldades para inibir a conduta imagine-se se a tutela fosse somente administrativa.

[389] "Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa. Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. § 2º - Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos."

Ambientais tem pena menor que o crime de perigo previsto no artigo 250 do Código Penal. Ocorre o absurdo de um crime de perigo tem sanção maior que um crime de dano.

Destas observações sobre os crimes de incêndio e o critério da proporcionalidade chega-se à seguinte conclusão: ou há uma necessidade de aumento da pena para o crime do delito do artigo 41 da Lei 9.605/98 ou existe a necessidade de redução da pena de perigo de incêndio do artigo 250 do Código Penal pelo menos no tocante ao perigo ao patrimônio.

Outro delito que já foi aqui analisado e que igualmente pode ser criticado utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade é o previsto no artigo 52 da Leis do Crimes Ambientais. Este tipo penal criminaliza a conduta de penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente e estabelece como pena a detenção de seis meses a um ano e multa.

Como os demais tipos presentes na Lei dos Crimes Ambientais, objetiva-se um fim de proteção legítimo com esta tipificação que é a salvaguarda do valor meio ambiente. A crítica aqui a ser feita e se a simples conduta de penetrar nas unidades de conservação com substâncias ou instrumentos é apta a lesionar o bem jurídico meio ambiente. Trata-se de um crime de perigo, mais precisamente de perigo abstrato. O tipo criminaliza um simples ato preparatório onde não há a uma lesão e nem mesmo um perigo concreto de lesão ao bem jurídico meio ambiente. É uma regressão na punibilidade do *iter criminis* altamente perigosa. Permite-se, com isso, ao legislador uma antecipação para limitação de condutas que não apresentam ofensividade ao bem jurídico. Sendo assim, se o comportamento tipificado não lesa ou coloca concretamente o bem jurídico em perigo, o meio (Direito Penal) não é apto para a consecução do fim (tutela do bem jurídico meio ambiente). Falta ao artigo 52 da Lei 9.605/98 o subprincípio da idoneidade.

O próximo passo a ser dado seria conferir se tipificação prevista no artigo 52 é de grande importância para a proteção do meio ambiente. É investigar sobre a sua necessidade e ausência de outros meios suficientemente eficazes (subprincípio da necessidade) para a tutela ambiental. Observa-se, igualmente, que o preenchimento deste requisito é bem questionável frente a idêntica tutela administrativa prevista no artigo 92 do Decreto 6.514/98.

> Art. 92. Penetrar em unidade de conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça, pesca ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais e minerais, sem licença da autoridade competente, quando esta for exigível:
> Multa de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

> Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem penetrar em unidade de conservação cuja visitação pública ou permanência sejam vedadas pelas normas aplicáveis ou ocorram em desacordo com a licença da autoridade competente.

Nota-se que o Direito Administrativo traz uma multa de valor elevado para quem realiza a atividade de adentrar em unidade de conservação conduzindo aquelas substâncias e instrumentos. Entende-se aqui que a multa administrativa cumpre perfeitamente a função de inibir aquele comportamento sendo totalmente dispensável uma, também, sanção penal. O subprincípio da necessidade, desta maneira, não é atendido por haver meio que suficientemente iniba a conduta.

Por fim a análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito perde o sentido. Como fazer a ponderação entre a restrição ou não satisfação se não há a idoneidade e a necessidade da conduta tipificada pelo artigo 52 da Lei 9.605/08?

Questão importante neste instante é verificar como utilizar-se do Princípio da Proporcionalidade para aferir o conflito entre o Princípio da Legalidade e o imperativo de tutela do bem jurídico meio ambiente. Observou-se, em tópico anterior, que alguns tipos penais da Lei dos Crimes Ambientais são apontados como desrespeitadores do Princípio da Legalidade. São todos ilegítimos? O Princípio da Proporcionalidade pode ajudar nesta verificação.

Neste trabalho mencionou-se que a taxatividade prevista no Princípio da Legalidade pode ser violada em duas circunstâncias: 1) por elementos do tipo penal extremamente normativos e 2) por utilização das normas penais em branco heterogêneas.

A primeira crítica a Lei dos Crimes Ambientais pátria que viria a desrespeitar a taxatividade estabelecida pelo Princípio da Legalidade seria pela utilização de elementos normativos que trazem uma enorme abertura para o tipo não permitindo-se, desta maneira, um delimitação da conduta proibida. A segunda crítica, por sua vez, faz referência a utilização da técnica denominada normais penais em branco heterogêneas.

Nota-se que existe um conflito entre dois direitos (princípios) fundamentais nestas circunstâncias, qual sejam: a taxatividade exigida dos tipos penais (segurança jurídica) e o imperativo de tutela ambiental. O que se propõe aqui, ao acompanhar os ensinamentos de Robert Alexy (2008), é: a flexibilização da taxatividade dos tipos penais ambientais deve vincular-se a capacidade de compreensão do âmbito do proibido. Em outras palavras, os elementos normativos e as complementações introduzidas pelas normas penais em branco heterogêneas presentes no tipo devem ser hábeis para a compreensão e trazer segurança do âmbito de alcance da vedação. Ademais, também, a flexibilização da taxatividade (restrição de segurança jurídica) deverá ser

ponderada com a importância da vedação da conduta para a proteção ambiental. Volte-se aos exemplos dados e faça-se uma análise utilizando-se do Princípio da Proporcionalidade.

O artigo 54 da Lei dos Crimes Ambientais tipifica o crime de poluição. O tipo sanciona todo aquele que causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Como já verificado, percebeu-se que este artigo da Lei dos Crimes Ambientais é pródigo em elementos normativos. A compreensão do conteúdo da proibição é extremamente difícil de encontrar determinação frente a abertura do tipo. Pode-se dizer que dentro do conceito de poluição[390] estão contidas todas as condutas violadoras do bem jurídico meio ambiente. Com esta tipificação enquadra-se qualquer conduta prevista no artigo 3º, III, da Lei 6.938/81 desde que qualquer uma destas possam causar danos à saúde humana ou provoque a mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Não se verifica aqui uma flexibilização do Princípio da Legalidade. Não há um conflito entre direitos ou princípios dentro desta criminalização, pois a taxatividade foi totalmente alijada com a justificativa de proteção ao meio ambiente.

Ao se utilizar o critério determinado pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito esta ilegitimidade do delito de poluição fica mais evidente. Robert Alexy (2008) relata que existem três graus para restrição ou não satisfação de um princípio ou direito fundamental: leve, média e grave. Quando não há nenhum parâmetro para a determinação das condutas que porventura possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, a ausência da satisfação à garantia de taxatividade é total. Não existe uma flexibilização e sim um aniquilamento de um princípio em prol do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Vai-se além de uma intervenção grave no princípio da Taxatividade, pois este mesmo deixa de existir.

Saliente-se que outro elemento normativo ainda ajuda a tornar mais nebuloso o âmbito do injusto desta tipificação prevista no artigo 54 da Lei 9.605/98. Difícil é, também, compreender o

[390] Artigo 3º, III, da Lei 6.938/08: "Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

conceito de "significativa destruição da flora". Quanto pode-se considerar que uma destruição é significativa ou não?

Percebe-se, então, que a ponderação exigida pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito não pode ser realizada. A falta de total taxatividade do artigo 54 de Lei 9.605/98 macula de forma irremediável esta disposição legal sendo o Princípio da Proporcionalidade claramente afrontado.

As críticas realizadas para o artigo 54 da Lei dos Crimes Ambientais se amoldam igualmente as disposições expressas no artigo 68[391] do mesmo diploma legal. Este tipo criminaliza a circunstância de "deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental."

Faça-se a crítica começando pelo final da descrição típica. O que se pode entender por "relevante interesse ambiental"? Este elemento normativo, por si só, já gera uma discussão bastante grande sobre a falta de delimitação do tipo e, por conseguinte, de ausência de taxatividade. Ao se usar a "lei da ponderação" no tocante a este elemento do tipo, deve-se indagar se esta flexibilização da taxatividade se justificaria frente a vedação de uma conduta (restrição da liberdade) que tenha importante relevância para o bem jurídico meio ambiente. Neste instante depara-se com um grande problema. Esta conduta, também, não é delimitada no tipo. A falta de precisão do legislador não se limitou somente ao "relevante interesse ambiental". O núcleo do tipo penal, ou seja, o comportamento proibido é totalmente impreciso. Criminaliza qualquer conduta que corresponda a falta de um dever legal ou contratual desde que ela tenha relevante interesse ambiental. Ao se trocar o bem jurídico tutelado percebe-se claramente o descalabro que constitui esta tipificação. É como se incriminasse, por exemplo, qualquer comportamento que deixasse de cumprir um dever legal ou contratual de relevante interesse para o patrimônio. Não há flexibilização da taxatividade, mas sim sua total ausência. A abertura do tipo permite qualquer adequação típica. Ao se fazer a ponderação em sentido estrito percebe-se que por mais importante que seja o bem jurídico meio ambiente não se justifica um total aniquilamento do princípio da taxatividade. A tipificação do artigo 68 da Lei 9.605/98 não respeita, assim, o processo de ponderação determinado pelo Princípio da Proporcionalidade.

[391] Artigo 68 da Lei 9.605/98: "Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa."

Outro delito que também apresenta elemento normativo problemático para a definição do tipo penal é o artigo 32 da Lei 9.605/98. Este tão questionado artigo traz como conduta a ser passível de sanção penal o ato de abuso ou maus-tratos.[392] Nota-se, pelo exposto, que são condutas que dependerão de um valoração do intérprete para a fixação do conteúdo do tipo penal. Neste ponto surgem dúvidas sobre a legitimidade do dispositivo frente a exigência de taxatividade determinada pelo Princípio da Legalidade. A ideia do que se entende por abuso e maus-tratos é variável no tempo e no espaço sendo desta maneira contingente. Existe uma flexibilização da taxatividade do tipo, pois não há uma "perfeita" determinação destes comportamentos.[393]

Ao se fazer um cotejamento entre a flexibilização do Princípio da Taxatividade com a importância da vedação de atos de abuso e maus tratos para a proteção do bem jurídico meio ambiente percebe-se que existe uma grave não satisfação do Princípio da Taxatividade tendo como escopo evitar uma conduta que lesiona "levemente" o meio ambiente. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade de sentido estrito constata-se que a grave lesão à taxatividade não se encontra justificada em uma vedação de uma grave possível lesão ao meio ambiente. Sendo, assim, no tocante a estes verbos do tipo (ato de abuso e maus-tratos) não há proporcionalidade em sentido estrito e, consequentemente, não atendimento as determinações do Princípio da Proporcionalidade.

Estas mesmas observações tem validade para a tipificação prevista no artigo 49[394] da Lei 9.605/98 com referência ao seu núcleo "maltratar". As críticas acima realizadas podem ser igualmente feitas.

A tipificação do artigo 69[395] da Lei 9.605/98, igualmente não apresenta comportamentos perfeitamente precisos. Determina que quem obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público, no trato das questões ambientais, fica sujeito a uma pena de detenção de um a três anos e multa. Ao se partir da premissa que a idoneidade e a necessidade estão presentes nesta norma,

---

[392] Artigo 32 da Lei 9.605/98: "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa."

[393] Exigir tipos penais perfeitamente determinados é uma tarefa impossível. O direito com ciência cultural difere das "certezas" das ciências naturais existindo em maior ou menor grau sempre um ponto valorativo.

[394] Artigo 49 da Lei 9.605/98: "Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia"

[395] Artigo 69 da Lei 9.605/98: "Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais: Pena - detenção, de um a três anos, e multa."

faça a verificação do ponto que neste instante chama mais a atenção que corresponde a flexibilização da taxatividade pela abertura possível de compreensão dos verbos.

Aqui é preciso fazer uma observação importante. A norma penal prevista no artigo 69 da Lei dos Crimes Ambientais não tem como bem jurídico de tutela o meio ambiente. Para se fazer a ponderação utilizando-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve-se ter em mente que o bem jurídico protegido neste tipo é a administração pública. Deve-se, então, fazer uma ponderação sobre se a flexibilidade da taxatividade neste caso se justifica frente a um sério dano a este bem jurídico.

Quando se tipifica no artigo 69 da Lei 9.605/98 as condutas de obstar ou dificultar, apesar de assumirem as mais variadas possibilidades, tem-se uma compreensão do que se almeja vedar. Pode-se obstar ou dificultar de diversas maneiras, mas o intérprete consegue perceber o sentido da norma. Tem-se o intuito de vedar as condutas que causam impedimento à ação fiscalizadora do Poder Público. Existem várias maneiras de dificultar, mas a percepção do sentido de causar embaraço pode ser aferida. Se existe um elemento normativo aqui é de fácil valoração. Por isso, pode-se dizer que é uma limitação leve ao Princípio da Taxatividade, uma vez que o sentido do verbo, com um pequeno esforço, pode ser apreendido. Assim, tendo-se em vista que proibir as condutas que dificultem a ação fiscalizadora do Poder Público constitui uma importante limitação para a proteção da administração pública, este tipo penal previsto no artigo 69 da Lei 9.605/98 encontra-se em sintonia com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A questão da ausência da taxatividade pela utilização da técnica da normal penal em branco heterogênea e sua ponderação pelo Princípio da Proporcionalidade exige uma reflexão sobre a mutabilidade dos elementos do tipo. Algumas tipificações versam sobre situações que são transitórias ou sazonais. Por mais que queria o legislador fixar os elementos do tipo por termos precisos por intermédio da lei observa-se que a própria natureza do termo ou situação é mutante. O engessamento do tipo por uma exigência de lei formal é contraproducente. Edita-se uma lei com o risco de em poucos meses, ela se tornar obsoleta diante da situação fática. A técnica da norma penal em branco heterogênea permite ao Poder Público uma margem de valoração para o complemento da norma que acompanha a situações que operam com rápida mobilidade. Há uma fragilização da taxatividade, mas ganha-se em eficiência para a tutela do bem jurídico. Aliás, não se deve ver esta liberalidade dada ao Poder Público apenas pelo viés da restrição da liberdade. O

processo tem duas vias, ou seja, esta mesma "facilidade", também permite ao Poder Público mais facilmente promover uma descriminalização de uma situação que não mais afete o bem jurídico.

Isto posto, percebe-se um choque entre a flexibilidade da taxatividade pelas normas penais em branco heterogêneas e a eficiência para a proteção do bem jurídico. No âmbito ambiental, como já visto, pode-se perceber claramente em duas figuras típicas esta situação:

> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
> Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. (...)
> § 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:
> I - Contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;"
> II- Em período proibido à caça.
> Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
> Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. (grifo meu)

Percebe-se em ambas as situações destacadas nos tipos acima a necessidade de complementação para que se compreenda as espécies ameaçadas de extinção e os períodos vedados à pesca. A complementação provém da administração pública que por intermédio geralmente de portaria completa o alcance do tipo. As espécies silvestres ameaçadas de extinção encontram-se elencadas na Portaria 1.522/89 do IBAMA e o "período que a pesca seja proibida" depende da análise da Portaria do IBAMA nº 48/17. Percebe-se em ambos os tipos penais que a utilização da norma penal em branco heterogênea não é somente útil, mas necessária. A mutabilidade da situação fática é constante. Animais que estão em extinção hoje, podem não estar em seis meses. Existem períodos em que a pesca não prejudica o meio ambiente em outros, sim (piracema, por exemplo). Assim se a situação fática exigir esta técnica de elaboração típica para uma proteção importante de um bem jurídico justificada esta a flexibilidade do Princípio da Taxatividade. Pode-se dizer que em ambas as situações os tipos respeitam o princípio da proporcionalidade.

Situação diferente é se a situação fática não apresentar um viés de mutabilidade constante. A complementação com a utilização da técnica da norma penal em branco heterogênea demonstraria uma latente ilegitimidade. Não se justificaria um mitigamento da taxatividade, pois há a plena possibilidade de seu cumprimento. Seria uma transferência do conteúdo do tipo sem

nenhum fundamento. Assim, por exemplo, se a norma do tipo penal do artigo 40[396] da Lei 9.605/98 fosse complementada por uma norma penal em branco heterogênea estaria frente a um patente desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade. Isso não se verifica, pois a complementação do que se entende por Unidade de Conservação se dá por outra lei (Lei. 9.985/00).

Diante do exposto, o Princípio da Proporcionalidade é um excelente instrumento argumentativo que permite conferir a legitimidade ou não das normas penais ambientais. Por intermédio dos seus subprincípios diversas questões sobre os princípios penais protetores do cidadão podem ser observados. A lei penal ambiental pátria é farta em contradições com os princípios penais e o Princípio da Proporcionalidade auxilia a evidenciá-las.

[396] Artigo 40 da Lei 9.605/98: "Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena - reclusão, de um a cinco anos."

8 CONCLUSÃO

Vive-se em um mundo em disparada. O mundo contemporâneo que se iniciou com as revoluções industriais e burguesas tinha como utopia libertar o homem da opressão política e material. Tal desiderato não se realizou. Constatou-se o contrário. A história não é linear: a ciência newtoniana ruiu, a "belle époque" banhou-se no sangue da guerra, a tecnologia criou a bomba atômica. A trajetória da ciência e da tecnologia não se fez acompanhar com um pensamento crítico de seu uso e de suas consequências.

Neste texto observou-se as afirmações acima principalmente pelas constatações de Ulrich Beck. O sociólogo alemão em 1986 definiu a sociedade do final do século XX como a Sociedade do Risco. É a sociedade que experimenta o desenrolar do projeto da modernidade iniciado com o mercantilismo e que perpassa pelo capitalismo/industrialismo. São as consequências da modernidade apontadas por Anthony Giddens.

A sociedade do risco tem suas peculiaridades. O risco sempre existiu, todavia os riscos atuais têm seus traços diferenciadores. Não são mais riscos locais e quantificáveis como no passado. Os riscos do tempo presente são indivisíveis, invisíveis, transfronteiriços, transgeracionais. Ademais, seu potencial de destruição é incomensurável.

Dentre os riscos de alta magnitude da sociedade hodierna destaca-se os danos ambientais. Verifica-se que o homem sempre se relacionou com seu meio, contudo a problematização desta relação deu-se somente em meados do século XX. Foi a partir deste instante que surge a percepção da utilização deletéria dos recursos ambientais frente a vários problemas. Cite-se a termos de exemplo a depleção da camada de ozônio e o aumento exponencial da emissão de gases de efeito estufa. Ademais, os acidentes frutos da conduta humana atingiram um potencial destruidor capaz da arrasar regiões inteiras: rompimento de barragens, derramamento de petroleiros e, o mais grave de todos, a explosão da usina de Chernobyl.

A situação ambiental periclitante trouxe uma nova aspiração social: a proteção do meio ambiente. Sociedade e Estado não podiam mais ficar inertes diante da insegurança de ausência de um futuro. Nasce o Direito Ambiental. Na ordem internacional em 1972 com a Convenção de Estocolmo e no âmbito interno com a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Em 1988 a Constituição Federal do Brasil assegurou a todos o direito fundamental a um meio

ambiente ecologicamente equilibrado e determinou sua proteção civil, administrativa e, também, penal.

A Lei 9.605/98 veio cumprir o imperativo constitucional para uma proteção penal do meio ambiente. Procurou unificar em um diploma legal os crimes que afetassem a flora, a fauna, o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. É denominada por alguns como o "Código Penal do Meio Ambiente". Objetivou-se com esta legislação trazer uma ampla proteção ao bem jurídico meio ambiente ao disciplinar condutas que atinjam vários recursos ambientais, urbanos e culturais. Estabeleceu-se uma parte geral que versa sobre a aplicação da pena e, sua maior inovação dentro do ordenamento jurídico pátrio, a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais.

Apesar da nobre finalidade de promoção de defesa do meio ambiente pela Lei 9.605/98 observa-se que em muitos pontos ela se afasta dos paradigmas tradicionais determinados pelos princípios limitadores do Direito Penal. Ao se fazer uma leitura do seu texto nota-se um excesso de crimes de perigo, normas penais em branco, elementos normativos. Se para o Direito Ambiental a utilização destes expedientes é salutar e permite ampliar a esfera de tutela, para o Direito Penal tal situação é extremamente problemática frente à natureza dos seus princípios reguladores e por sua sanção envolver a violência (mesmo que justificada).

Dentre estes afastamentos promovidos pela Lei dos Crimes Ambientais primou-se por observar a flexibilização realizada pela lei frente ao Princípio da Legalidade. Nota-se que o bem jurídico meio ambiente e, principalmente, suas formas de violação são institutos "novos" que tem dificuldade de adaptação para uma dogmática penal que foi construída no século XIX e XX. É necessário conciliar essa nova necessidade do presente (meio ambiente) sem, contudo, renunciar às conquistas que garantem o cidadão da potestade do Estado. A pergunta é como conciliar e com qual critério conciliar o Princípio da Legalidade (taxatividade) com a construção de tipos abertos que a natureza do meio ambiente exige?

Para esta resposta foram desenvolvidos seis capítulos de desenvolvimento. O primeiro demonstrou a Sociedade e o Estado da atualidade com suas características. Compreender a Sociedade e Estado permite identificar a natureza do Direito: democrático ou autoritário. Somente faz sentido discutir uma possível violação do Princípio da Legalidade em virtude de um Estado Democrático. O segundo capítulo realizou breves apontamentos da trajetória do método penal. Saliente-se que este conhecimento que permite perceber que as garantias penais são

recentes na história do Direito Penal. O método penal e a própria Legalidade somente surgiram em 1801 com Anselm Feuerbach. O terceiro capítulo versou sobre o bem jurídico. O bem jurídico é o objeto de tutela do Direito Penal. Compreender o bem jurídico é fundamental para a perfeita identificação dos demais institutos penais. O quarto capítulo tratou propriamente do Princípio da Legalidade. Necessário era delimitar o conceito e as garantias desta tão importante garantia com suas consequências em todo ordenamento jurídico penal. O quinto capítulo faz um relato dos problemas ambientais e do surgimento do Direito Ambiental. Posteriormente, no último capítulo trata-se sobre a Lei dos Crimes Ambientais e alguns de seus conflitos com os princípios penais garantidores. Chega-se, assim, ao final e ao âmago do presente trabalho que demonstra uma (in)compatibilidade com a Lei dos Crimes Ambientais com alguns princípios penais, em especial com o Princípio da Legalidade em dois pontos centrais: excesso de elementos normativos e normas penais em branco heterogêneas. Indaga-se: Como conciliar a exigência de tutela do bem jurídico meio ambiente com a taxatividade exigida pelo Princípio da Legalidade.

A conciliação somente será possível por intermédio do princípio da proporcionalidade. Somente cotejando o tipo pela ótica deste princípio pode-se verificar sua legitimidade ou não. Nota-se que se verifica um conflito importante de direitos fundamentais e uma resposta é necessária. Esta resposta nos é dada por tal princípio. Por um lado, temos o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado doutro temos os imperativos dos outros princípios penais, em destaque, o de taxatividade que é determinado pelo Princípio da Legalidade que, também, é um direito fundamental. Pelo critério da ponderação (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o embate entre estas duas necessidades pode ser solucionado. Conclui-se que se deve analisar tipo a tipo para que se possa constatar ou não a necessidade e a legitimidade da flexibilização da taxatividade em benefício de uma tutela penal do meio ambiente.

Isto posto, realçam deste trabalho as seguintes reflexões:

1. O Direito Penal tem como característica intrínseca a violência. Tanto a conduta incriminada reflete uma violência quanto a resposta estatal dada. Desta maneira, a pena, que é a consequência jurídica do crime, é uma limitação ou supressão de direitos fundamentais e constitui a mais grave sanção do ordenamento jurídico. A pena, como violência, só se justifica legitimamente frente então a esta violência prévia, o crime. Por sua gravidade, a pena dentro do Estado Democrático de Direito dependerá da existência

de um crime e este, por sua vez, dependerá de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

2. O contexto social presente é retratado pela expressão cunhada por Ulrich Beck de sociedade de risco. É uma sociedade em transição pós-industrial. Vivencia-se as carências materiais do passado com as consequências das revoluções industriais. As descobertas da ciência e da técnica trouxeram problemas novos e/ou antigos potencializados. Surgem novos riscos que são invisíveis, transfronteiriços, transgeracionais e de caráter altamente deletério.
3. Diante de tal grave situação, os meios de controle social necessitam atender as aspirações por segurança, dentre eles o Direito e, seu braço mais forte, o Direito Penal. O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que protege os bens jurídicos fundamentais da sociedade sempre que outro ramo se mostre insuficiente. Sua sanção extremamente severa exige o respeito às garantias fundamentais do cidadão dentro de um Estado Democrático de Direito. Verifica-se, no entanto, que, dentro da história, o Direito Penal já foi utilizado para outros fins que não a proteção dos valores basilares da sociedade. A busca de cientificidade e humanidade confunde-se com a própria história do Direito Penal e é um desafio constante.
4. A proteção do bem jurídico é a pedra fundamental de um direito penal democrático. Destaca-se que não existe somente uma ideia ou definição de bem judicio. Seu conceito modificou-se no tempo e no espaço. Neste trabalho concebe-se o bem jurídico como os valores fundamentais da sociedade que se encontram consubstanciados na Constituição da República. A exclusiva proteção de bens jurídicos afasta o Direito Penal do arbítrio estatal e constitui uma limitação fundamental ao *jus puniendi*.
5. O Princípio da Legalidade é o baluarte do indivíduo frente a potestade estatal. É a base da construção científica de um direito penal liberal e respeitador dos Direitos Humanos. A proteção dos bens jurídicos é uma atribuição do Estado Democrático e Social de Direito, todavia este escopo encontra limitações nos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, especialmente, o mencionado princípio.
6. Extrai-se do Princípio da Legalidade quatro imperativos que merecem o respeito estatal e constituem subprincípios: *nullum crimen sine lege scripta*, *nullum crimen sine lege stricta*, *nullum crime sine lege praevia e nullum crimen sine lege certa*. Dentre estas

determinações salienta-se neste trabalho a obrigatoriedade da taxatividade como garantia do cidadão de leis penais claras, precisas e de âmbito de alcance determinado.

7. Dentre os valores básicos protegidos constitucionalmente sobressai-se o meio ambiente. A Constituição Federal eleva o direito a um meio ambiente equilibrado a um direito fundamental material e determina sua tutela nas esferas civil, administrativa e penal. Ao se objetivar cumprir o mandado de incriminação, o legislador ordinário editou a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).
8. Destaca-se que o caráter difuso do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ocasiona uma dificuldade de tutela penal dentro dos paradigmas tradicionais. Os instrumentos utilizados como exceção viram regra na proteção do valor meio ambiente. Cite-se, por exemplo, os excessos de leis penais em branco, crimes de perigo abstrato, responsabilidade da penal da pessoal jurídica, excesso de elementos normativos na descrição típica etc.
9. Dentre as flexibilizações verificadas na Lei dos Crimes Ambientais chama a atenção a flexibilização da taxatividade de vários tipos penais. A Lei 9.605/98 é pródiga em tipos penais abertos e utiliza-se sem parcimônia das leis penais em branco. Tais técnicas de produção legislativa são flexibilizações do Princípio da Legalidade, pois mitigam a precisão da definição dos tipos penais. A questão que se impõe é saber se estas flexibilizações são legitimas e até que ponto se pode renunciar à segurança jurídica em prol da proteção do valor meio ambiente.
10. O Princípio da Proporcionalidade constitui um instrumento argumentativo que possibilita auferir até quanto pode-se flexibilizar a taxatividade em virtude da necessidade de proteção do meio ambiente. Seus subprincípios (idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) permitem realizar uma ponderação entre o choque destes direitos fundamentais. Constata-se, principalmente, que a flexibilização da taxatividade deve-se fazer acompanhar pela importância da vedação da conduta sem, no entanto, permitir uma total supressão da taxatividade. Saliente-se, no entanto, que se permite uma flexibilização da taxatividade e não a construção de tipos penais totalmente indeterminados. A definição da conduta desvaliosa não pode ser totalmente desvinculada de uma possibilidade de compreensão dos limites da norma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberty. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (coord.) **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado.** 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal:** parte general. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BALESTRA, Carlos Fontan. **Derecho Penal:** Introducción e parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo**.** In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 299-333.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Critica y Critica de Derecho Penal**: introducción a. la sociologia jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos.** Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **Bem Jurídico-Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito penal contemporâneo:** questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X.de A. Borges. 1 ed.Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la poderación. In: CARBONELL, Miguel (coord.) **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales.** El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BESARES, Marco A. **Derecho Penal del Medio Ambiente**. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura., 2006.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONESANA, CÉSAR. **Tratado dos delitos e das penas**. Argentina: Editonnl Heliasta S.R.L, 1993.

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

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 controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal:** análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime.** Revista Delictae. vol 3, 2018, n.4, p.7-45, 2 de julho de 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. **Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo.** Revista de Estudos Criminais, São Paulo, v. 15, n. 61, p. 43-65, abr./jun. 2016.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. **Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Direitos humanos e corrupção**: a interface entre poder e desenvolvimento na convenção interamericana contra a corrupção. Ciências Criminais em Perspectiva, vol. 1, nº 1 jul-dez. 2020.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. **Lecciones de derecho penal:** volune II. Madrid: Editora Trotta, 1999.

CAMACHO, Gustavo Malo. **Derecho Penal Mexicano** :teoría general de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable teoría de la pena. 5. ed. México: Editorial Porruá, 2003.

CÂMARA, Guilherme Costa. O direito penal secundário e a tutela das futuras gerações. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7. ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal da pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade**

penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COPOLA, Gina. **A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo.** 2. ed. rev. e atua. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal:** parte general. 3. ed. atual y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral 7. ed. rev. ampl. e atul. Salvador: JusPodivm, 2019.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DE LA CUESTA, José Luís. El derecho al ambiente:su protección por el derecho penal In: DE LA CUESTA, José Luís. N**uevas fronteras del derecho penal.** Madri: ediciones juridicas olejnik, 2018.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico** 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 200B.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in Se e Delicta mere Prohibita:** uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma clássica distinção. Lisboa: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoria del delito y de la pena**: Fundamentación de las sanciones penalesy de la culpabilidad. 2. ed. atual e ampl. Buenos Aires: Editoria Asltrea de alfredo y ricardo de palma, 1996.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.** São Paulo: Almedina, 2001.

FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y principio de culpabilidad. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. **El Derecho Penal Hoy.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**: común vigente en Alemania. 14. ed. traducción al castellano de la 14 edición alemana (Giessen, 1847)por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental.** 6. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIGUEROA, Alejandro Ochoa. MEDIOAMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, ¿VISIÓN ANTROPOCÉNTRICA O ECOCÉNTRICA? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 3, n. 11, p. 253-294. Jan. 2014 Disponível em < http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5030/Ochoa_Figueroa.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRISCH, Wolfgang. **Franz von Liszt** – Obra e influencia. Revista para análisis del derecho. 2017, p. 1-30, abril de 2017.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; SILVA. Romeu Faria Thomé da. **Direito Ambiental**. 9. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016.

GARCIA RIVAS, Nicolas. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. **Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales.** p. 1-18 out. 2016 Disponível em http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/3delitos-contra-el-medio-ambiente.pdf Acesso em 23 set. 2020.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais:** comentários à Lei 9.605/1998 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. **Crime Organizado:** crítica da definição da matéria da proibição e o requisito da taxatividade nas organizações criminosas- Coleção Ciência Criminal Contemporânea-vol. 9. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

HARVEY, David. **Condição Pós-moderna.** Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Critica al derecho penal de hoy.** 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosh, 1984.

HEFENDEHL, Roland. **¿POR QUÉ O CÓMO?** Centro de Estudios Públicos Chile, 2008. Hefendehl.p65 (cepchile.cl) acesso em: 02 de outubro de 2020.

JAKOBS, Gunther. **Qué Protégé el Derecho Penal:** Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma. Santiago: Talhares, 1991.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal:** parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Sserrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas, s. a., 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte especial. Trad: S.Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. ren. ampl. Granada: Biblioteca Gomares de Ciencia Jurídica, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoría del derecho ambiental. México: Editora Porrúa, 2008.

LUNA, Everado. Estrutura Jurídicca do Crime. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MALAREE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992.

MAYER, Max Ernest. **Filosofia del Derecho.** 2.ed. Traducción Luis Legaz Lacambra. Madri: Editorial Labor S.A., 1937.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de direito penal.** Barcelona: Ariel, 1962.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

MESA, Gloria Patricia Lopera. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: CARBONELL, Miguel (coord.) **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

MEZGER, Edmund. **Direito penal:** parte geral. 6 ed. Traducción Conrado A. Finiz. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1955.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción José Arturo Rodriguez Muñoz Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**.7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. **Reação Jurídica a danosidade ambiental**: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – PUC/SP. São Paulo, p. 362, 2016. Disponível em https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%c3%89dis%20Milar%c3%a9.pdf. Acesso: 26 de outubro de 2020.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2.ed. Montevideo: B de F, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. El principio da proporcionalidad como fundamento constitucinal de limites materiales de Derecho Penal. In: ARNAU, M. L. CUERDA (Coord.). **Constituicón, derechos fundamentales y sistema penal.** Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (coord.) **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social.** Jerez: Gráficas del Exportador, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco**. Introducción al Derecho Penal.** 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal:** Parte General 8. ed. rev. Valência: Tirant lo blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; PEREGRÍN, Carmen López; ÁLVAREZ, Pastora Garcia, **Manual de Derecho Penal Medio Ambiental**. 2.ed. rev. atual. Valencia: Tirant loblanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo**. (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano). 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Eco 92**. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento). 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2020.

NINO, Carlos Santiago.C**onsideraciones sobre la dogmática jurídica**: con referencia particular a la dogmática pena.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NORONHA, Adolfo Vasconcelos. **Sociologia**. 4. ed. Guarulhos: Soge, 2001.

NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal: parte general 4. ed. Córdova: Marcos Lener Editora, 1999.

PIETRO SANCHÍS, Luiz. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (coord.) **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

PIÑERO, Rafael Márquez. **Derecho Penal:** parte general. 4. ed. México: Editorial Trillas, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente.** 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente.** 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente:** crimes ambientais (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual, e ampl. São Raulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMIREZ, Juan Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. **Lecciones de derecho penal**. Vol 1. Madrid: Editora Trotta, 1997.

RAMIREZ, Juan Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. **Lecciones de derecho penal**. Vol 2. Madrid: Editora Trotta, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. MEIO AMBIENTE E DIREITO PENAL BRASILEIRO. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.** vol. 2, n.2, p. 67-83. Jan./jun.2005. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/1meio-ambiente-e-direito-penal-brasileiro.pdf acesso em: 10 nov. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general tomo I, fundamentos. la estructura de la teoría del delito. traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Editorial Civitas, S. A, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução: Luís Grego. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAMPAIO, Adércio Leite. Direito fundamental ao meio ambiente saudável, adequado e ecologicamente equilibrado. In: SAMPAIO, Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental:** na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental:** doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier : FGV, 2011.

SANTAMARIA, Ramiro Ávila El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidade. In: CARBONELL, Miguel (coord.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional** Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal:** parte geral. 3. ed. rev. ampl. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008.

SARLET, lngo Wolfgang. **Direito ambiental:** introdução, fundamentos e teoria geral / lngo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. - São Paulo: Saraiva, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilização penal da pessoa jurídica**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHUNEMANN, Bernad. **El sistema moderno del Derecho penal**: cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia ativa e didática:** um convite ao estudo da ciência do mundo moderno. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. L**a expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2. ed. rev. ampl. Madri: Civitas, 2001.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito.** Buenos Aires: Editores del Porto, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. 5. ed. 10 reimpressão. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito Ambiental**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução: Fernando Couto Porto: Rés, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal:** parte general. Trad: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma editor, 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema de derecho penal**: una introducción a la doutrina de la actión finalista. Trad: Jose Cerezo Mir. Montevideo: B de F, 2004.

WELZEL, HANS. Teoría de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal:** parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general/ 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro***:* parte geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro***:* parte geral. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.