

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

A IMPORTÂNCIA DA DELIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE PARA TUTELA PENAL

THE IMPORTANCE OF THE LIMITS OF THE GOOD LEGAL ENVIRONMENT FOR PROTECTION CRIMINAL

Ana Christina de Barros Ruschi Campbell Penna ¹
Nathalia Bastos do Vale Brito ²

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o conceito do bem jurídico meio ambiente a fim de delimitar o âmbito de abrangência para tutela pelo direito penal. O direito penal encontra-se em uma fase em que há uma releitura de seus elementos, consoante o surgimento de novos objetos de proteção com titularidade coletiva. Diante deste contexto o meio ambiente exsurge como bem jurídico dotado de dignidade penal. Assim, este trabalho, a partir do raciocínio lógico-dedutivo, aborda as configurações destes conceitos de forma a estabelecer a proteção pelo direito penal. A metodologia utilizada é a jurídico-teórica por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Bem jurídico, Meio ambiente, Tutela penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the concept of the legal right environment in order to delimit the scope of coverage for legal protection by the criminal law. The criminal law is at a stage where there is a reinterpretation of its elements, as the appearance of new objects of protection with collective ownership. Given this context the environment as well Exsurge legal endowed with dignity penal. Assim this work, from the logical-deductive reasoning, covers the configurations of these concepts in order to establish the protection by criminal law. The methodology used is the legal and theoretical through literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal good, Environmental, Criminal protection

¹ Mestranda em direito ambiental e desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, graduada pela PUC-MINAS, pós-graduação em direito privado e membro do grupo de pesquisa Pensar a cidade

² Mestranda em direito ambiental e desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, graduada em direito pela PUC-Minas, pesquisadora do CEBID Dom Helder

1 INTRODUÇÃO

A importância de delimitar a abrangência do conteúdo protetivo de uma norma perpassa pelo conceito de bem jurídico. E as indagações a respeito de qual bem jurídico quer se proteger. O direito penal é considerado a “ultima ratio”, portanto é utilizado quando todos os instrumentos do direito não estão aptos a resolver os problemas ou não possuem elementos para proteção de bens considerados importantes para sociedade.

Neste aspecto, adentra-se o conceito primordial de bem jurídico. Os valores mais importantes para sociedade são considerados bens jurídicos e, portanto, dignos de proteção pelo direito.

O direito floresce para regular as condutas dos indivíduos estabelecendo normas de convívio social. Não obstante, é fruto de políticas decorrentes do estágio evolutivo daquela sociedade. As relações são mutáveis, bem como os valores insculpidos em determinado tempo e lugar. O direito não pode ser engessado por mecanismos que não acompanhem a evolução social sob pena de não cumprir a função pela qual sobrevém, tornando-se obsoleto.

Neste mesmo contexto o direito penal tem a função de proteger os bens dotados de maior apreço no seio social. A função coercitiva inerente à própria espécie é um fator determinante para a tutela efetiva. O direito penal é constituído por princípios que delimitam a persecução penal, não obstante assim como os demais ramos do direito deve se adequar as mutações dos movimentos sociais a fim de manter-se sempre atual e apto a tutelar os bens mais caros da sociedade. Uma releitura destes princípios se faz necessária sem que precise ocorrer a modificação dos pilares que norteiam a proteção penal. Para que desempenhe a função de tutelar os bens mais importantes de determinada sociedade, há que se ter maior responsabilidade e cuidado para que não haja mácula no objetivo principal calcado na paz social. Contudo não se pode olvidar da necessidade de revisitar os elementos que compõem o direito penal a fim de adequar as novas expectativas decorrentes de uma sociedade em constante evolução.

O meio ambiente irrompe como um bem importante a ser tutelado. O homem após uma fase de destruição e fruição dos recursos como se fossem ilimitados, se conscientiza da finitude destes recursos naturais e da importância da proteção como forma de assegurar a própria vida humana.

Diante deste quadro constata-se que o meio ambiente se subsume no conceito de bem jurídico, já que dotado de interesse relevante para sociedade, portanto deve ser tutelado. O direito penal possui mecanismos para proteção. O meio ambiente consta no rol de direitos

difusos havendo que se considerar as peculiaridades para que a tutela seja efetiva. Os elementos clássicos do direito penal são aptos para esse desiderato, desde que haja certa flexibilização nos institutos adequando-os ao bem jurídico tutelado.

Pauta-se, neste sentido, que a tutela para ser efetiva deve ser preventiva, pois que reparatória, em grande parte dos casos, não consegue o retorno ao *status quo ante*. O crime de perigo abstrato é uma via que se propõe efetivar a proteção do bem ambiental de forma a prevenir eventuais danos.

Diante destas peculiaridades se insere o objeto deste trabalho, com a finalidade de estudar os institutos desde os primórdios, para proposição de adoção de uma releitura que municie o direito penal como objeto de tutela destes novos interesses sociais.

Por isso, a partir da investigação doutrinária penalista jurídica e de demais áreas que se dedicam a tutela penal e ao bem ambiental, por meio do raciocínio lógico-dedutivo, o texto apresenta questões a ser pensadas e debatidas, focando-se, principalmente, no objetivo de estudar e compreender um novo direito penal, apto a alcançar uma tutela efetiva relacionada aos bens mais importantes dentro do contexto social. Almeja-se desmistificar a noção de que o direito penal deve ser utilizado como instrumento coercitivo amplo abarcando todas as situações conflituosas. Ressalta-se a utilização da tutela penal sob uma perspectiva pragmática.

2 O BEM JURÍDICO AMBIENTE

O francês Geoffroy de Saint-Hilaire, na obra *Études progressives d'un naturaliste*, em 1835, utilizou-se, pela primeira vez, do termo “meio ambiente”, o qual possui um sentido amplo e intuitivo. Não há consenso, entre os doutrinadores, a respeito de sua abrangência exata (MILARÉ, 2014).

Milaré afirma “meio ambiente é uma palavra que, antes do mais, exprime paixões, esperanças, incompreensões” (MILARÉ, 2014, p. 136). O autor aduz inclusive que pode ser considerado um modismo dos países ricos.

Porém, em prol da segurança jurídica, é necessário o conceito legal do termo “meio ambiente”. A Lei nº 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), art. 3º, inciso I, estabelece que “meio ambiente é 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” (MILARÉ, 2014, p. 140).

Por outro lado, a Constituição da República de 1988 (CR/1988) dispõe, expressamente, em vários dispositivos, sobre a proteção do meio ambiente. O art. 225 dispõe que: “todos têm direito ao meio ambiente equilibrado”, adotou uma acepção antropocentrista universal, sem excluir ninguém, da mesma forma que invocou a particularidade do direito individual de cada em usufruir do ambiente equilibrado (MACHADO, 2015, p. 147).

O art. 170, inciso VI, por sua vez, estabelece a defesa do meio ambiente como um dos pilares da atividade econômica, em clara alusão a adoção da ideia de desenvolvimento sustentável.

As várias acepções da palavra ambiente decorrente das posições adotadas por diversos doutrinadores dificulta a delimitação do objeto de tutela no âmbito penal. Entrementes a roupagem do novo direito penal tem que estar apta a enfrentar estes desafios.

2.1 Digressão histórica do conceito bem jurídico

A digressão do estudo do bem jurídico e as diversas concepções ao longo do tempo, remonta do começo do século XIX com a concepção técnica do conteúdo material do injusto delitivo de lesão ou perigo de lesão, dada pela ciência jurídica penal. (AMARAL, 2005)

O movimento iluminista marcou o início da teoria do bem jurídico com a obra do Delito e das Penas de Beccaria. O bem jurídico tem que ser relevante e a resposta penal tem que ser proporcional. No início, o iluminismo não obteve sucesso em construir uma técnica jurídica relevante, pois tentou sistematizar os princípios e estudar os fundamentos filosóficos. (AMARAL, 2005)

O poder estatal era totalmente arbitrário até o iluminismo. Na França, assim como maior parte da Europa, o processo era secreto. O acusado não participava, não tinha conhecimento das acusações e provas que havia contra ele. No plano material, os delitos não eram antes determinados pela lei. Havia penas cruéis. O fundamento das incriminações era o direito natural desvinculado dos ideais éticos e religiosos. A punição do delito era decorrente da violação do contrato social. (AMARAL, 2005).

O movimento iluminista foi um marco para preocupação com a racionalidade do poder cujo fundamento era a categoria dos bens jurídicos. O conteúdo do injusto penal era os direitos subjetivos lesionados, sendo o titular o Estado ou o indivíduo. Não é delito o ataque ao sujeito ou ao objeto isolado, tem que haver lesão ao direito subjetivo para haver delito. (AMARAL, 2005).

Este posicionamento foi objeto de severas críticas, justificadas pelas figuras legais valoradas pelo legislador como objeto de tutela sem haver referência à ideia de direito subjetivo. Cita-se o exemplo dos delitos que protegem a segurança pública. Assim, surge a preocupação de encontrar um conceito no âmbito do direito penal para expressar o conteúdo material do injusto. (AMARAL, 2005).

No século XIX o objeto da tutela penal começa a se aproximar do direito objetivo como bem jurídico protegido. Coube a Binding a delimitação do objeto da tutela penal como injusto penal sendo a negação da vontade geral e do ordenamento jurídico. (AMARAL, 2005).

Birnbaum afirmava em 1834 que bem jurídico deve ser compreendido como todo valor considerado digno de tutela penal. Bem jurídico é aquele que se incorpora no concreto objeto material do crime (SOUZA, 2006).

A concepção de bem jurídico no neokantismo século XIX recupera o sentido de valor, afirmando que foi um equívoco construir um sistema baseado somente no empirismo. A diferença entre ciências naturais e ciências da cultura, é a introdução do conceito de valor. A norma penal contém conceito e descrição de valor que serve de parâmetro. Elege o relativismo axiológico como instrumento necessário. Toda norma é essencial para regulamentar um problema social. A legitimidade do *ius puniendi* do Estado é a necessidade de proteção dos valores mais importantes para sociedade, que são congruentes com a norma penal incriminadora. (AMARAL, 2005).

Zaffaroni e Pierangeli (2002) acentuam que o legislador se interessa por certos bens que, quando tutelados pela norma, passam a ser considerados como bens jurídicos, havendo punição por meio de uma pena quando violados. Toda conduta típica afeta o bem jurídico. Por isso o bem jurídico estabelece o verdadeiro sentido teleológico à lei penal, desempenhando um papel fulcral na teoria do tipo.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.462) definem que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”

Sendo assim Zaffaroni e Pierangeli entendem bem jurídicos como relação de disponibilidade. Para o autor há um paralelismo com a concepção do Direito e do Estado adotada. O bem jurídico cumpre duas funções: a função garantidora que advém do princípio republicano e a função teleológico-sistemática. Ambas são responsáveis para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo imanados do princípio republicano. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002)

Para Jakobs (2009, p.68) “um bem é um fato positivamente valorado.” O fato engloba objetos, situações e processos. A proteção jurídica é prova suficiente e determina a valoração positiva do fato. Assim o bem jurídico deve ser um valor vital antes mesmo de seu reconhecimento jurídico. (JAKOBS, 2009).

Jakobs afirma que ao conceituar o bem jurídico como unidade funcional, ou seja, objetos relacionais com pessoas gerando a possibilidade de participar da interação social torna-se claro que “nem todo objeto de regulação de uma norma constitui um bem jurídico, mas, ao contrário, apenas aquele que tem que desempenhar uma função para a sociedade.” (JAKOBS, 2009, p.71).

2.2 O bem jurídico

Régis Prado (2009, p.98) conceitua bem jurídico como ente material ou imaterial de titularidade individual ou metaindividual, essencial para o desenvolvimento do homem e por isso penalmente protegido. Esses valores estão dispostos na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de direito.

Prado do Amaral (2005, p.70) determina que bem é definido por tudo que tem valor para a sociedade, sendo valor como a capacidade de satisfação das necessidades humanas. A partir deste conceitua bem jurídico como sendo “atribuição de utilidade feita pela sociedade ou pela pessoa para suprir as necessidades do ser humano, assegurando ou melhorando o bem estar físico e psíquico do homem.” (AMARAL, 2005, p.71).

Para Amaral (2005) essa distinção é importante porque bem, antes de ser jurídico, é um bem da vida, é um conceito sociológico. O bem só se torna jurídico quando objeto de proteção pelo ordenamento jurídico-penal.

O bem jurídico penal possui uma autonomia axiológica, tais bens devem ser dotados de relevância social, ou seja, a sociedade deve considerá-los fundamentais. No Estado Democrático de Direito coexistem os bens jurídicos supra-individuais e os individuais. (PRADO, 2009).

O Estado liberal rompeu com o poder ilimitado da monarquia. Nesta época a luta correspondia a assunção da liberdade consentânea a 1ª dimensão dos direitos fundamentais. O Estado se imiscuia nos negócios entre particulares, deixando a regulação por conta do mercado. Entretanto, vigia uma enorme disparidade entre as classes, causando uma disparidade nas relações. A classe dominante ficava bem fortalecida, enquanto a classe

proletariada encontrava-se na miserabilidade. Era objeto de exploração sem qualquer intervenção.

Diante deste contexto emerge o Estado Social, como uma forma de intervenção estatal para assegurar a igualdade, dando ensejo a 2ª dimensão de direitos fundamentais. O Estado exsurge por meio dos direitos sociais para que a classe operária tivesse direitos que assegurassem condições dignas de vida. O Estado democrático de direito surge para conciliar os propósitos do Estado liberal e do Estado social. O direito é regido pela Constituição Federal que determina os direitos e garantias fundamentais. Neste momento consagram-se os direitos de 3ª dimensão, cuja titularidade é difusa apto a proteger a coletividade.

Os bens jurídicos próprios do Estado social são essenciais para desenvolver as potencialidades do ser humano como pessoa e como integrante da coletividade.

Em um Estado democrático de direito a tutela penal é considerada legítima, sob a ótica constitucional quando socialmente necessária. Quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado da dignidade da pessoa humana (CRUZ, 2008).

Os bens jurídicos tem como parâmetro o conceito de dignidade humana. Cristiane dos Santos, citada por Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz (2008), observa que a seleção da proteção dos bens jurídicos objeto de tutela são identificados a partir de três correntes: as teorias sociológico-funcionalista, as teorias constitucionalistas e as teorias ecléticas. A primeira teoria considera o bem jurídico na sua dimensão social adotando o critério da danosidade social, assim a atuação é um limitador do poder punitivo estatal. A teoria constitucionalista que tem como fundamento a Constituição. A sanção penal se justifica quando há violação de um bem que tem relevância constitucional, ou seja, o bem é protegido pelo texto constitucional ou para os adeptos de uma concepção mais ampla, a norma fundamental é a referência e o limite do bem constitucionalmente assegurado. A última teoria é a eclética em que concebe a Constituição e seus princípios como o parâmetro, mas sem desprezar a danosidade social. (CRUZ, 2008)

O ponto fulcral é delimitar o conteúdo substancial do bem jurídico coletivo ou difuso, como forma de delimitar a individualização clara e objetiva. Os bens jurídicos coletivos possuem um número determinável de pessoas, enquanto que os bens difusos possuem caráter plural e indeterminado. Mas tanto em um quanto no outro a referência é o indivíduo. (PRADO, 2009).

2.3 O bem jurídico meio ambiente

O bem jurídico possui diversos conceitos, como visto acima, mas todos conduzem a uma ideia de que constituem os valores mais importantes destacados pela sociedade para serem tutelados pelo ordenamento jurídico. Os valores até então apenas individuais, transmudam-se acrescentando os valores transindividuais dotados também de objeto de tutela.

Esta ideia se coaduna, afirma Cruz (2008, p.23) com a nova concepção de um Direito penal democrático fundamentado no Estado democrático de direito que tem como norte a Constituição Federal de 1988. O direito penal protegerá bens jurídicos que forem lesados ou estiverem sob ameaça de lesão em medida insuportável para a sociedade. Neste diapasão faz-se necessário a adoção de uma tutela preventiva, como reforço de uma confiança da tutela penal. (CRUZ, 2008).

A sociedade de risco salienta Ribeiro e Costa (2015), é propulsora da nova política criminal, não há como ignorar as mazelas do desenvolvimento tecnológico e científico, bem como o papel do direito penal mesmo que subsidiário e fragmentário, na proteção de bens jurídicos de natureza difusa.

“Assim, as nuances da vida moderna, ou pós-moderna, são demandas que se impõem aos Estados como aptas a ser regulamentadas em vista da própria manutenção da pacificação social, o que não pode fugir ao campo de ação de novas políticas criminais.” (RIBEIRO; COSTA, 2015, p.57).

O direito penal se diferencia das demais disciplinas pelo fato de ser menos indulgente, e ter a pena privativa de liberdade, por isso protege os interesses mais importantes da sociedade. Nesse contexto de importância do bem a ser tutelado não podem ser ignorados os bens que dizem respeito à própria subsistência da vida planetária, e, por conseguinte, os bens indispensáveis à subsistência do próprio homem. (RIBEIRO; COSTA, 2015).

O meio ambiente, enquanto bem jurídico, não é privado nem público, e não pode ser protegido sob uma ótica individual, por tratar-se de bem difuso. (CRUZ, 2008).

Os bens difusos fazem parte de uma nova dimensão de direitos, embora transindividuais, são tão lesivos quanto aqueles que afetam apenas o indivíduo. A função do direito é se modernizar e criar mecanismos para adequação a este novo contexto. A responsabilidade de uma tutela efetiva é maior, já que a lesão afeta vários bens jurídicos. Por exemplo, no caso de um dano ambiental, afeta a saúde, a vida, os recursos naturais, entre outros.

A grande questão diz respeito ao fato de que a magnitude do bem jurídico difuso reclama ações prognósticas e não retrospectivas, o que significa dizer que o direito penal deve renunciar a ideia de lesividade como um princípio basilar que reclama dano efetivo – e, assim, pretérito - ao bem jurídico tutelado. (RIBEIRO e COSTA, 2015, p.58).

A natureza do bem jurídico, afirma Cruz (2008), o torna um bem indisponível e dirigido a todos. O artigo 225 da Constituição Federal determina o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, dispondo claramente que ninguém pode impedir este gozo, de modo direto ou de modo indireto em forma de degradação.

A Constituição Federal demonstrou a importância da tutela jurídica para assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Por todo texto constitucional é nítida a *mens legis* em determinar o meio ambiente como um direito para as presentes e futuras gerações. É função dos demais ramos do direito criar mecanismos para esta proteção. Diante deste contexto cabe ao direito penal a adoção de mecanismos para efetivação desse comando constitucional de forma a velar sempre por uma tutela maior e mais efetiva.

O meio ambiente como um bem difuso e intangível, possui uma série de peculiaridades que torna esta tarefa árdua. A dificuldade em conceituar e delimitar sua abrangência é um dos entraves que se deve superar.

Milaré (2014, p.135) aduz que “o meio ambiente pertence aquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível.” Justamente devido a complexidade de tudo que o cerca. A fundamentação é antropocêntrica, pois a natureza só tem valor quando atende aos interesses do homem. Apenas os seres humanos são sujeitos de direitos e deveres. “Assim o mundo natural, como patrimônio da coletividade, é objeto de tutela da lei e do Poder Público, bem como da solicitude da sociedade.” (MILARÉ, 2014, p.141).

Machado (2015, p.147) afirma que “o uso do pronome indefinido todos, alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja.”

Machado (2015, p.149,150) informa que o Supremo Tribunal Federal também conceituou o “direito ao meio ambiente” como um direito de 3ª geração que assiste todo gênero humano, situação que justifica a incumbência do Estado e à coletividade para defender e preservar em benefício das gerações presentes e futuras”.

Tanto o autor quanto o Supremo Tribunal Federal deixam claro a posição antropocêntrica, já que colocam apenas o homem como detentor de direitos. A doutrina debate a respeito da visão ecocêntrica ou antropocêntrica.

Posição diversa advém de Fiorillo, citado por Cruz (2008, p.27), que adverte que os “bens ambientais abrangem todas as formas de vida, inclusive as não humanas.” Para este autor o fundamento da tutela constitucional do meio ambiente está na cultura enquanto proteção que garante um desenvolvimento equilibrado da pessoa humana, não apenas nos aspectos bioquímicos e biofísicos, mas também de forma a assegurar o seu amadurecimento psíquico-físico, pois auxiliam na preservação de valores que significam sentimento cultural de pertencimento.

As opiniões são diferentes, fruto das interpretações realizadas conforme as convicções filosóficas e jurídicas adotadas. Devido a essas divergências, eclode a necessidade de uma releitura dos institutos do direito penal a fim de resguardar a proteção de um bem difuso e não objetivamente determinado, quanto os demais bens objetos de tutela penal.

Ribeiro e Costa (2015) estabelecem que é um grande desafio para o direito penal a tutela do bem difuso. Assim dispõem, a respeito:

Essa realidade proporciona, no campo do direito como um todo, e mais especificamente no campo do direito penal, terreno fértil para que a dogmática seja posta à prova e para que uma nova política criminal oriente a produção legislativa num campo que, tradicionalmente, encontra-se preso a raízes garantistas muito fortes, apropriadas, todavia, ao trato das relações interpessoais e não difusas. (RIBEIRO; COSTA, 2015, p.54).

Cruz (2008) afirma que o direito a vida foi garantido historicamente no período do liberalismo em face do absolutismo. Na contemporaneidade as garantias são em relação ao poderio econômico, não basta mais garantir a existência, mas sim o direito a um mínimo de qualidade, visando a dignidade da pessoa humana.

A autora suscita que os direitos fundamentais são variáveis histórica e culturalmente, mas na atualidade com a Constituição Federal de 1988, o meio ambiente integra este conceito por se tratar de manutenção da vida saudável e com qualidade. (CRUZ, 2008)

3 TUTELA PENAL

A tutela penal está imbricada no objeto do direito penal. Zaffaroni e Pierangeli (2002) contextualiza que alguns autores estabelecem como meta a segurança jurídica, enquanto outros entendem que é a proteção da sociedade ou defesa social.

A segurança jurídica sendo o norte do direito penal deve estabelecer a pena como prevenção geral. Se a meta for a proteção da sociedade, o efeito da pena é a prevenção

especial. A prevenção geral gera efeitos para aqueles que não delinquiram, enquanto que a prevenção especial para os delinquentes. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Zaffaroni e Pierangeli (2002) desenvolvem um pensamento de que a meta do direito penal é a segurança jurídica, não podendo ser vista apenas como mera satisfação das exigências formais.

O direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser [...] A existência humana não pode haver senão na forma da coexistência, de existir com outros que também existem. (ZAFFARONI; PIERANGELI 2002, p.94)

A função de garantir a coexistência ocorre na medida em que se garanta que cada um possa dispor do que é necessário para auto-realização. Isto não significa que o autor se distancia da meta do direito penal como defesa social. Zaffaroni e Pierangeli (2002) afirma que esses conceitos se sobrepõem visto que “a segurança jurídica é o asseguramento da coexistência e a coexistência é o social.” (ZAFFARONI; PIERANGELI 2002, p.96).

A partir destes conceitos, Zaffaroni e Pierangeli (2002) constroem o objeto da tutela de bens jurídicos a partir da função que deve cumprir o direito penal no Estado de Direito. Com a aspiração ética, o direito penal aproxima-se de sua meta asseguradora, cumprindo a função formadora do cidadão. A coerção penal então materializa esta aspiração ética como forma de prevenir futuras afetações ao bem jurídico. “O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.98).

3.1 Meio ambiente como sujeito passivo

O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais, ao lado da comunidade e da coletividade é titular de bens jurídicos ambientais ou ecológicos. Essa posição é defendida por Paulo Vinicius Sporleder de Souza.

O meio ambiente é dividido para fins didáticos em três classes: meio ambiente artificial, cultural e natural. O meio ambiente natural é formado por componentes bióticos e abióticos, integra esta noção o ecossistema. Neste sentido Souza informa que a Associação Internacional de Direito Penal no XV Congresso definiu o termo ambiente:

Ambiente engloba todos os componentes do planeta, bióticos, abióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, a água, a terra, incluído o solo e os recursos

minerais, a flora e a fauna e todas as interações ecológicas entre estes componentes. (SOUZA, 2006, p.249).

Neste desiderato parte da doutrina defende a proteção individualizada dos componentes ambientais. Mas deve-se ater para não confundir bem jurídico com sujeito passivo. Bem jurídico é o que se incorpora no concreto objeto material do crime, é o valor digno de tutela; enquanto que sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesado ou colocado em perigo de lesão. (SOUZA, 2006).

O sujeito passivo pode ser: o indivíduo (ser humano), o Estado e a sociedade (coletividade). Na contemporaneidade sugerem outros sujeitos passivos, tais como: a pessoa jurídica, nascituro, dentre outras.

Lado outro, o bem jurídico pode ter natureza individual ou supra-individual, conforme o titular ou sujeito passivo do crime. As teorias monistas: monista-pessoal, monista não-pessoal e dualistas explicam a natureza dos bens jurídicos penais. (SOUZA, 2006).

A Teoria monista-pessoal determina o titular do bem jurídico através de um único referencial: a pessoa individual e o seu livre desenvolvimento. Essa teoria possui como substrato a visão antropocêntrica. Entre os autores que defendem essa posição, encontra-se Hassemer. Os bens supra-individuais são colocados em uma posição inferior, não possuem autonomia. Eles só são passíveis de proteção desde que sirvam aos interesses do homem. O titular imediato é sempre a pessoa. (SOUZA, 2006)

A Teoria monista não-pessoal tem Binding como precursor. Os objetos de tutela o Estado e a coletividade formam um todo indivisível. Só tem valor jurídico o todo. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade. A categoria de objetos eleitos pelo Estado para proteger são aqueles indispensáveis à preservação e funcionamento da vida comunitária. A vontade da comunidade que é o objeto da tutela penal. (SOUZA, 2006).

Para a Teoria dualista, afirma Souza (2006), os bens jurídicos penais tutelam tanto o indivíduo quanto a coletividade, o Estado e a própria humanidade. Os bens supra-individuais possuem três modalidades: institucionais, coletivos e difusos; e independem dos bens individuais. O Estado é o titular dos bens institucionais, por exemplo, a fé pública. A coletividade é titular dos bens coletivos, como, a paz pública e a ordem. A humanidade é titular da paz, da ordem internacional.

Isto também se aplica no paradigmático exemplo do meio ambiente, pois não restam dúvidas de que este se constitui co-titular – ao lado da coletividade – por exemplo, do bem jurídico supra-individual difuso equilíbrio ecológico ou equilíbrio do ecossistema, cujos seres vivos (humanos e não humanos) dele dependem para sua

(co) existência. Assim verifica-se que todos os bens jurídicos supra-individuais (institucionais, coletivos e difusos) são tutelados por si mesmos, mas, todavia, não deixam de ter em último caso uma “relação constitutiva com o ser humano”, tendo em vista a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento enquanto ser social. (SOUZA, 2006, p. 267,268).

Souza (2006) ressalta que como adoção da teoria dualista é perfeitamente possível defender a existência de bens jurídicos supra-individuais. Tanto os bens individuais quanto os bens supra-individuais são dignos da tutela penal; não há uma hierarquia de valores a serem protegidos. Essa questão respalda a controvérsia sobre a titularidade do meio ambiente nos crimes ambientais. A teoria antropocêntrica-ecocêntrica reconhece o meio ambiente como co-titular, havendo compartilhamento com a coletividade e a humanidade.

3.2 A dignidade penal do ambiente

A finalidade do Direito Penal é garantir a vida em sociedade de forma digna e, para tanto, protege os valores elementares e fundamentais da comunidade, inclusive resguardando a paz social. Esses valores consubstanciam os bens jurídicos penais. (CRUZ, 2008).

A criminalização de condutas, de acordo com Cruz (2008), possui como parâmetro os valores insertos no texto constitucional e nos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima.

Outro princípio caro ao direito penal é o da lesividade que somente incide nas ações e omissões aptas a causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Decorre deste o princípio da proporcionalidade, que é a resposta proporcional ao agravo.

Amaral (2005) afirma que o princípio da proporcionalidade tem quatro dimensões: a primeira é que a incriminação de uma conduta tenha como objetivo proteger o bem jurídico, a segunda que a intervenção penal seja a menor possível em relação aos direitos dos indivíduos, a terceira é que a adequação requer que a incriminação da conduta seja apta a alcançar o fim proposto, e a quarta e última se desdobra no juízo de ponderação entre a privação ou restrição do direito com o objetivo da incriminação e das penas.

O princípio da lesividade, de acordo com Amaral (2005), segue os seguintes desdobramentos: nem todo ataque ao bem jurídico terá a intervenção do direito penal, apenas aqueles mais graves; as atitudes internas que não passam da esfera psíquica, não são alvos de proteção; não é crime comportamentos que alcançam apenas o próprio autor, por exemplo, a autolesão. Os atos preparatórios não são punidos. No crime impossível o agente utiliza meio que jamais o levará a alcançar o objetivo. Da mesma forma não se pune o mero ajuste,

instigação, auxílio. Não se pune o modo de ser do indivíduo. O homem é punido pelo que ele faz, e não pelo que ele é.

Assim, a incidência da tutela penal em um bem jurídico é a sua dignidade penal. O bem jurídico tem que ter relevância para sociedade e “sua proteção é pressuposto para o desenvolvimento da pessoa humana sob as condições mínimas de uma existência digna.” (CRUZ, 2008, p.49).

O meio ambiente é de fundamental importância por estar ligado a vida de todos os seres, só isso já justifica a tutela penal, pois o seu aniquilamento é um perigo a própria vida e continuidade das espécies, já que nenhum ser vive sem um equilíbrio ecológico. (WEBER, 2014).

A Constituição Federal de 1988 alçou o meio ambiente como valor essencial para a vida humana, dotando-o assim de dignidade penal. A lei 9.605/98 sistematizou a tutela penal do meio ambiente dispondo especificamente sobre as condutas e atividades lesivas e as correspondentes sanções administrativas e penais. Ressalta Cruz (2008) que o diploma legal considerou as peculiaridades do objeto de proteção.

O diploma legal em apreço levou em consideração o caráter diferenciado do criminoso ambiental e o aspecto difuso dos bens ambientais, preferindo as penas restritivas de direitos e de prestação de serviços para a punição dos crimes ambientais, entendendo que elas seriam mais eficazes para reprimir as condutas lesivas aos bens ambientais, principalmente por atuarem como estimulantes negativos dessas condutas, sempre atendendo aos princípios da reparação integral do dano e da prevenção da lesão. (CRUZ, 2008, p.50).

A dignidade penal de um bem jurídico em um Estado Democrático de Direito encontra-se fundamentada na Constituição que explicitamente ou implicitamente estabelece um rol de direitos fundamentais, que, portanto são dignos de tutela penal. Esse rol de direitos constituem os valores mais importantes da sociedade.

3.3 Estrutura do tipo penal ambiental

A dificuldade em estabelecer o nexo causal dos delitos ambientais, consagra na doutrina a forma de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato, mediante uma tipificação entre o bem protegido e a conduta perigosa. O perigo nos delitos de perigo abstrato refere-se ao próprio bem de natureza difusa.(PRADO, 2009).

Os delitos de perigo são divididos em: delitos de perigo concreto e de perigo abstrato. No perigo concreto o perigo faz parte do tipo, é elemento normativo, então o delito só ocorre

com a consumação do perigo. É um delito de resultado de perigo. Estes delitos são considerados delitos de resultado. O perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo objetivo, o delito se consuma ainda que não tenha concretamente havido qualquer perigo para o bem tutelado. Estes delitos são de mera atividade. (PRADO, 2009).

Prado (2009) ainda informa a existência de mais uma modalidade de delito de perigo, o perigo abstrato-concreto ou de perigo hipotético. “Esta nova categoria se refere à entidade do perigo relativamente à proximidade da lesão, não sendo, como o delito de perigo concreto, delito de resultado de perigo.” (PRADO, 2009, p. 114). O autor aduz que esta não passa de uma modalidade de perigo abstrato, que só exige a comprovação anterior do caráter de perigo do comportamento com aptidão para causar dano ou lesão.

O juiz não avalia no caso concreto a noção de perigo nos delitos de perigo abstrato, pois esta noção está na própria lei incriminadora. Situação diversa ocorre nos delitos de perigo concreto e abstrato-concreto em que o magistrado deve verificar a periculosidade. (PRADO, 2009).

Prado (2009) estabelece o tipo de injusto penal ambiental calcado nos seguintes elementos: conduta ilícita, forma de delito de perigo (em detrimento do delito de resultado ou lesão), bens jurídicos transindividuais, necessidade da técnica legislativa de perigo para proteção dos bens difusos e delitos de perigo concreto, abstrato e abstrato-concreto. Sendo que os delitos de perigo são aqueles com alta probabilidade de dano. No perigo concreto o juiz verifica se realmente o perigo consumou, são dos delitos de resultado. No abstrato não precisa dessa comprovação, basta a mera atividade. No delito de perigo abstrato-concreto o perigo é hipotético, há uma probabilidade do dano. O perigo é relativo com a proximidade da lesão.

A forma da tutela ambiental deve ser efetiva devido a sua importância social. A forma preventiva imanada dos delitos de perigo cumpre este papel com maestria. A punição do agente deve sempre tentar preceder a conduta danosa para que não ocorra o dano, já que os delitos ambientais em grande parte são irreversíveis. Sendo assim o legislador acertou na forma repressiva.

4 O PAPEL DO DIREITO SECUNDÁRIO

O direito penal encontra-se em uma fase de mutação, adaptando-se aos novos desafios da sociedade moderna, cujos bens e valores são acrescidos com as inovações tecnológicas. Os

bens afetados são diferentes daqueles que o direito penal clássico tutelava. Não que estes tenham desaparecido, apenas surgiu novos bens que também necessitam de uma tutela efetiva.

O direito penal secundário ou direito penal administrativo, de acordo com Júnior (2006), é fruto de uma mudança dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, e surge neste diapasão como uma readaptação dos conceitos penalistas para adequar a estas novas situações.

Dias (2003) afirma que o Direito como criador de normas e de orientação social do comportamento do indivíduo, é fundamental para o desenvolvimento de qualquer sociedade. Mas assume que é difícil ao direito penal conter os fenômenos globais e de massa, por meio de seus instrumentos de atuação: as penas e as medidas de segurança. Some-se a isso a forma de individualização da responsabilidade.

Por isso – diz-se – há que conferir a outros ramos de direito a tarefa de oferecer às gerações vindouras hipóteses acrescidas de subsistência e de progresso. Logo ao direito civil, muito mais indulgente que o direito penal na aferição da responsabilidade e muito menos exigente na sua individualização; e de resto, como direito privado, particularmente adequado ao tratamento de questões que, na sua grande maioria, emergem do «mercado» e têm nele a sua origem. Mas sobretudo ao direito administrativo – porventura intensificado na sua vertente sancionatória, em nome de um Interventionsrecht, a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares de situações conflitantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados; e que por isso estará em posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais. (DIAS, 2003, p.48)

Entretanto, o autor afirma que confere a estes ramos do direito a tentativa de resolver o problema. O direito civil e o direito administrativo, embora tenham mecanismos de coerção, possuem menos força do que o direito penal. E com isso diminui a força estabilizadora das expectativas da comunidade. Dias (2003) afirma que na repressão das violações ocorridas a intervenção civil e administrativa surge desajustada, e até mesmo inútil.

Assim não se pode olvidar da quota de responsabilidade do direito penal para assunção deste papel de tutela. De acordo com Dias (2003) não faltam argumentos que afirmem que o direito penal não está apto a este desafio. Porém, o autor afirma que

Não pode ser propósito da intervenção penal alcançar uma protecção dos riscos globais em si mesmos e como um todo, nem, ainda menos, lograr a «resolução» do problema da subsistência da vida planetária. Não é nada este o problema da intervenção penal, antes sim, muito mais modestamente, um problema de ordenação (e de defesa) social; concretamente, o de oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis e, em definitivo, não ponham em causa os fundamentos naturais da vida. (DIAS, 2003, p.50).

Há uma gama de ações que se inserem nos riscos globais. Para o direito penal cabem as ações inadmissíveis, conforme o dogma da ultima ratio. Na definição das ações admissíveis e inadmissíveis, socorre-se ao direito administrativo que é o ramo competente para esta definição. Logo, é necessária essa acessoriedade administrativa. (DIAS, 2003).

Neste contexto surge a tutela coletiva do bem transindividual. Estes devem ser aceitos como autênticos bens jurídicos universais. Dias (2003) afirma que embora o princípio fundamental seja proteção do homem, não se pode olvidar que se uma catástrofe ambiental atinge determinadas aves marinhas, levando a extinção daquela espécie, independente das consequências para o homem que podem ser nenhuma, a tutela é obrigatória.

A tutela penal para que seja efetiva necessita então de uma acessoriedade administrativa. A doutrina denomina de direito penal secundário ou de direito penal administrativo. Justamente porque o direito penal precisa utilizar-se de mecanismos do direito administrativo como forma de adaptação de seus próprios institutos para tutelar esses novos bens transindividuais, fruto do progresso tecnológico.

Fruto da necessidade de que, para preservação da ordem jurídica, se erijam certos bens imateriais e sem portadores individuais (...) em bens jurídicos secundários, destinados a servir de proteção antecipada dos bens jurídicos primários, defendidos pelo direito penal de justiça e ancorados em portadores individuais. (JÚNIOR, 2006, p.282).

Neste rol inclui os delitos do meio ambiente que são delitos de perigo abstrato, cujo titular é transindividual. Bem jurídico difuso, cuja tutela é o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A multiplicidade de condutas perigosas para as condições fundamentais de vida das gerações futuras, na complexidade que podem chegar a assumir e na constante modificação a que, por força da evolução tecnológica, estão submetidas, conduz efectivamente a que os delitos colectivos, como quer que em definitivo tipicamente se construam, se encontrem submetidos a uma cláusula de acessoriedade administrativa. O que vale por dizer que o conteúdo integral do ilícito só pode revelar-se, em última análise, também em função de normas sem dignidade penal. (DIAS, 2003, p. 55).

A par desta construção doutrinária, não restam dúvidas que é um desafio para o Direito Penal se adaptar a novos contextos. Entretanto é necessário essa modificação para que este ramo não se torne obsoleto, e ineficaz. O direito penal como integrante do arcabouço jurídico deve estar disposto a se adequar as novas realidades sociais. O direito penal secundário surge como uma nova roupagem com a finalidade de adequar os institutos e

proporcionar a tutela necessária para proteção dos bens que devem ser protegidos preventivamente por meio de tipos de perigo abstrato.

4.1 Ofensividade e direito penal secundário

A ofensividade é uma exigência da Constituição Federal 1988 para legitimar os ilícitos penais, neste ponto convém analisar se também tem importância também na delimitação do direito penal secundário.

D'Avila (2009) cita Mantovani que é um dos principais estudiosos da ofensividade. Mantovani reconhece a ofensividade valorizada pela Constituição, entretanto relativiza tal atributo diante dos crimes sem ofensividade em que são criados por políticas criminais para prevenção de ofensas a bens primários, coletivos, institucionais como espécie de prevenção geral. Assim a política criminal justifica a existência de categorias penais desprovidas de ofensividade.

D'Avila (2009) tem posicionamento divergente, entende ser equivocada a ideia de crime sem ofensividade. Para este a alegação de interesses políticos não legitima o afastamento do preceito constitucional que requer a ofensividade para legitimar a punição. D'Avila (2009) sustenta que a norma constitucional ao dispor sobre a necessidade da ofensividade, limitou a liberdade do legislador infraconstitucional.

A ofensividade delimita o conteúdo material do ilícito nos novos campos de incriminação, opondo-se às atuais tendências de orientação meramente formal. D'Avila (2009, p.74) sustenta que “o motivo que Mantovani apresenta para justificar o afastamento da ofensividade é o exato motivo que nos leva a acreditar que ela deve ter sua aplicação intensificada.” A preocupação é chegar ao ponto de justificar a punição de atos preparatórios, buscando justificativa possível ocorrência de um evento futuro e incerto.

O autor é enfático ao proclamar que “esses argumentos apenas reforçam a noção de ilícito penal de base necessariamente objetiva.” (D'AVILA, 2009, p.74). A garantia constitucional em determinar de forma enfática a ofensividade, é por si só, um critério de orientação legislativa e de validade e delimitação do ilícito. Assim caberá ao intérprete a aplicação constitucional da ofensividade no momento de analisar a conduta como delitiva.

D'Avila (2009) aduz que a exigência constitucional da ofensividade deve ser bem mais incisiva no direito penal secundário em que envolvem bens supra-individuais, muitas vezes através de crimes de perigo abstrato.

Não se pode olvidar que a proteção dos bens jurídicos difusos possuem instrumentos diferentes de tutela dos bens individuais. Sendo assim os elementos que sustentam o arcabouço do direito penal devem ser vistos e interpretados de maneira que possam abarcar novas demandas. Os conceitos devem receber uma nova roupagem sem desconsiderar a importância e finalidades de sua aplicação.

Neste contexto, D'Avila (2009) sustenta que a ofensividade nestes ilícitos se subsume em uma relação matricial que estrutura o modo do ser humano. "A ofensividade como ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado de perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo." (D'Avila, 2009, p.76). A ofensividade torna-se capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, independente de outros desvalores que estejam ou não relacionados.

O ilícito penal é o desvalor do resultado, a ofensa ao bem jurídico. O primeiro nível de valoração é que o bem jurídico como valor é a base axiológica que condensa a intenção da norma. O segundo nível é a ofensividade. O ilícito estabelecido a partir do resultado salienta que

É o desvalor de resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro. (D'AVILA, 2009, p.77).

O autor não limita o direito penal aos crimes de dano e aos crimes de perigo concreto. Os crimes de perigo abstrato podem ser resgatados através da hermenêutica em que não os relega a ilícitos meramente formais. D'Avila (2009) cita vários autores que já assumiram essa proposta de releitura dos crimes de perigo abstrato. Tendo ele próprio desenvolvido na tese de doutorado como ofensa de cuidado de perigo. São eles:

Como presunção relativa de perigo (Schroder), ao perigo abstrato como perigosidade(Gefarlichkeit) (Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendoza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Horn, Brehm, Schunemann e Roxin) ou ainda, como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin)." (D'AVILA, 2009, p.78).

Interessante as ponderações do autor em que a inadequação dos institutos tradicionais não deve ser utilizado para afastar a incidência de outras categorias controvertidas do direito penal, especialmente do direito penal secundário. Sem olvidar que os limites existem e devem ser respeitados. Entrementes, é lançado o desafio de encontrar mecanismos para buscar

soluções que está na base do saber científico. Na capacidade de superar, aprimorar e se adequar aos novos desafios. (D'AVILA, 2009).

5 CONCLUSÃO

O bem jurídico é um fator preponderante para aferição das condutas delituosas e aplicação do direito penal. Como visto neste estudo, o conteúdo material do instituto transformou-se ao longo do tempo paralelo às conquistas e lutas sociais. Desde o iluminismo até o atual Estado Democrático de Direito, o bem jurídico sofreu reajustes mas sempre cumpriu seu papel como fator importante para fundamentação da pena.

A par das correntes defendidas, entrementes de dúvidas, o Estado Democrático de Direito tem como norte a Constituição Federal, que estabelece um extenso rol de direitos e garantias. Corolário deste entendimento suscita-se que o direito penal é um instrumento essencial para efetivação destas garantias. Os bens mais importantes para sociedade são também os que merecem maior grau de proteção. Assim os bens jurídicos dotados de dignidade penal aptos a esta proteção estão insertos no texto constitucional.

Neste diapasão, surgem direitos coletivos, difusos; os denominados transindividuais, aptos a merecer esta tutela. O meio ambiente surge, neste contexto, em apreço a valoração feita pela Constituição que estabeleceu um capítulo próprio para sua proteção. Da mesma forma, os crimes de perigo abstrato, a tutela preventiva, fundamental para os delitos ambientais.

Novos bens jurídicos, novos desafios para o antigo direito penal. Mas os institutos não envelhecem. São flexíveis para poderem ser revisitados, relidos e reavaliados. O direito penal secundário, também chamado de direito penal administrativo, surge com a tarefa de tutelar essas novas necessidades.

Não são necessários novos instrumentos para estabelecer esta tutela, basta uma abertura para que sejam encontradas soluções para adaptação destes novos bens jurídicos.

O direito para ser efetivo deve acompanhar as mudanças sociais para que cumpra seu papel de estabelecer regras e limites para a vida em sociedade. O direito penal, da mesma forma, deve encontrar formas de se modernizar e acompanhar a evolução dos novos tempos. A missão do direito penal é ser o instrumento de proteção quando todos os demais são inaptos.

Diante de todo o exposto, restou incontestado que o direito penal possui meios para adequar seus institutos e dar continuidade desempenhando o papel esperado pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via.** Leme: JH Mizuno, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral.** CONJUR. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>> Acesso em: 29/05/2016.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal.** Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. Disponível no site: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>> Acesso em: 15/06/2016.

JAKOBS, Gunther. Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte,: Del Rey, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 9ª ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente.** 2 ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; COSTA Beatriz Souza, 2015. **A tutela penal como instrumento de dignidade ambiental na perspectiva do direito iberoamericana.** In CONPEDI. Disponível no site: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-10-Madrid.pdf>> Acesso em 14/06/2016.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo: RT, 2006.

WEBER, Cristiano. A política ambiental e criminal no estado ambiental. **Revista Veredas.** Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/354/419>> Acesso em: 29/05/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal: parte geral. 4 ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.