

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO**

FILIPPE ROCHA RICARDO

O Direito de Intervenção como alternativa ao Direito Penal Ambiental

**CAXIAS DO SUL
2018**

FILIPPE ROCHA RICARDO

O Direito de Intervenção como alternativa ao Direito Penal Ambiental.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito – PPGDir., Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Caxias do Sul, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Dr. Sérgio Francisco Graziano Sobrinho
Coorientador: Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

CAXIAS DO SUL
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

R488d Ricardo, Filipe Rocha, 1990-
O direito de intervenção como alternativa ao direito penal ambiental /
Filipe Rocha Ricardo. – 2018.
149 f. : il. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Sérgio Francisco Graziano Sobrinho.
Coorientação: Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira.

1. Direito ambiental. 2. Direito penal. 3. Crime contra o meio
ambiente. I. Graziano Sobrinho, Sérgio Francisco, orient. II. Silveira,
Clóvis Eduardo Malinverni da, coorient. III. Título.

CDU 2. ed.: 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Direito penal	343.2
3. Crime contra o meio ambiente	349.6
4. Proteção ambiental	502

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236.

“O Direito de Intervenção como Alternativa ao Direito Penal Ambiente”

Filipe Rocha Ricardo

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Caxias do Sul, 23 de março de 2018.

Prof. Dr. Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Maliverni da Silveira (Coorientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Airton Guilherme Berger Filho
Universidade de Caxias do Sul

Profª. Dra. Ana Maria Paim Camardelo
Universidade de Caxias do Sul

Para Mariana e Norma Lúcia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador Dr. Sérgio Graziano Sobrinho, que depositou confiança em minha capacidade. Foram dois anos de muita convivência e aprendizado. És um grande exemplo de professor.

Ao meu coorientador Dr. Clóvis Eduardo Maliverni da Silveira, grande intelectual e acadêmico, cujo auxílio em conversas descontraídas e sugestões de bibliografia foi essencial para elaboração do trabalho.

Aos meus colegas de mestrado, Alexandre, Álvaro, André, Bruna, Carem, Carolina, Cristiane, Diego, Fernanda, Gerson, Jamile, Léo, Louise, Luiza, Marcelo, Max, Patrícia e Rodrigo, verdadeiros companheiros de caminhada, que muito contribuíram na concretização desse mestrado.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial, Dra. Cleide Calgaro, Dr. Leonardo da Rocha de Souza, Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira, pelas aulas e conversas que colaboraram com essa monografia. Também aos professores e amigos Dr. Airton Guilherme Berger Filho, e Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira.

Aos colegas do grupo de pesquisa e amigos: Caroline Ferri, Vagner Machado, Allana DallaSanta, Karine Grassi e Renata Mascarello.

Não poderia deixar de agradecer a meus pais e irmãos por todo apoio prestado nessa caminhada. Ao meu tio Osório Rocha e Sandra Isabel que auxiliaram em minha vinda para Caxias do Sul. Aos meus amados sobrinhos pela alegria que proporcionam em minha vida.

A Universidade de Caxias do Sul, e a CAPES pelo financiamento de meu estudo. Agradeço a Francielly Pattis e a Tatiane Lourenço, indispensáveis para o bom andamento do mestrado. A simpatia e presteza de vocês auxiliam-nos nesse período de idas e vindas ao bloco 58.

Por fim, agradeço a minha amada companheira, Mariana, por saber lidar com minhas ansiedades durante essa caminhada. Esse trabalho é dedicado a ti, que sempre contribuiu para eu encontrar a melhor versão de mim.

RESUMO

Tendo em vista a utilização do direito penal como instrumento de proteção ambiental, a partir do referencial teórico da dogmática penal e da sociologia do risco, neste estudo objetiva-se analisar a possibilidade de criação do direito de intervenção, proposta de Winfried Hassemer, como alternativa ao direito penal ambiental. Parte-se da análise das teorias do bem jurídico penal, reconhecendo o direito penal como instrumento de moldura clássica, que deve respeitar as garantias individuais e atuar de forma subsidiária. Entretanto, o modelo penal ambiental se apresenta com uma moldura moderna evadindo-se da tradição penal. Feito isso, desenvolve-se o estudo da teoria da sociedade de risco, com o reconhecimento de que na esfera penal ambiental há um contexto de irresponsabilidade organizada, em consequência do direito penal simbólico. Em razão disso, foram estudados os elementos que indicam a falta de efetividade da lei 9605/98, e a sua utilização simbólica. Com esse objetivo foram examinadas as apelações em crimes ambientais julgadas pelo TJRS no ano de 2016, que apontam para um baixo resultado prático com quase 70% de absolvições e prescrições. Nesse sentido, se reconhece que o direito penal ambiental tem sido contraproducente à efetiva tutela do meio ambiente, sendo necessário a utilização de meios alternativos. Foram estudadas duas opções, o direito penal de segunda velocidade e o direito de intervenção. Entre os dois modelos, o direito de intervenção foi considerado mais adequado por estar fora da esfera penal, o que evita sua utilização simbólica e o aumento da expansão criminal. Entretanto, para a sua implementação dentro sistema brasileiro, seria necessária a criação de um novo ramo jurídico, por isso, cogitou-se a sistematização do direito de intervenção, a partir da aproximação com a esfera administrativa sancionadora. O método de abordagem utilizado é o analítico, tendo como procedimento metodológico a análise bibliográfica e documental. Com os resultados obtidos é possível reconhecer que o direito administrativo sancionador reestruturado a partir do direito de intervenção idealizado por Hassemer, pode ser um instrumento alternativo a tutela penal, que apresenta vantagens, pois sua atuação antecipada é legítima, não está atrelando as garantias penais, e possui penas graves, em especial na responsabilização da pessoa jurídica. Não obstante, a utilização de outro instrumento pode afastar as sequelas da irresponsabilidade organizada que um direito penal simbólico apresenta, abrindo espaço para a discussão de políticas públicas mais eficientes na proteção ambiental.

Palavras-chave: Direito de Intervenção; Sociedade de Risco; Crimes ambientais; irresponsabilidade organizada; Direito Administrativo Sancionador;

ABSTRACT

In order to use the criminal law as an instrument of environmental protection, based on the theoretical framework of penal dogma and the sociology of risk, this study aims to analyze the possibility of creating the right of intervention, proposed by Winfried Hassemer, as an alternative environmental criminal law. It begins with the analysis of theories of the criminal legal interest, recognizing criminal law as a classical framework, which must respect individual guarantees and act in a subsidiary manner. However, the environmental criminal model presents itself with a modern framework evading criminal tradition. Once this is done, the study of the theory of risk society is developed, with the recognition that in the environmental criminal sphere there is a context of organized irresponsibility, as a consequence of symbolic criminal law. As a result, the elements that indicate the ineffectiveness of Law 9605/98 and its symbolic use have been studied. With this objective, the appeals for environmental crimes judged by the TJRS in 2016 were examined, which point to a low practical result with almost 70% of acquittals and prescriptions. In this sense, it is recognized that environmental criminal law has been counterproductive to the effective protection of the environment, and it is necessary to use alternative means. Two options have been studied: second speed criminal law and the right to intervene. Between the two models, the right to intervene was considered more appropriate because it was outside the criminal sphere, which avoids its symbolic use and increased criminal expansion. However, for its implementation within the Brazilian system, it would be necessary to create a new legal branch, so we considered the systematization of the right of intervention, from the approximation with the sanctioning administrative sphere. The method used is the analytical one, having as methodological procedure the bibliographical and documentary analysis. With the results obtained it is possible to recognize that the sanctioning administrative law restructured from the right of intervention devised by Hassemer, can be an alternative instrument to criminal tutelage, which presents advantages, since its anticipated action is legitimate, it is not binding the criminal guarantees, and has serious penalties, especially in the liability of the legal entity. Nevertheless, the use of another instrument can avoid the consequences of the organized irresponsibility that a symbolic criminal law presents, opening space for the discussion of more efficient public policies in the environmental protection.

Palavras-chave: Right of Intervention; Society of Risk; Environmental crimes; Organizational irresponsibility; Administrative Law Sanctioning;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

DEC. – Decreto

INPE - Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais

JECRIM – Juizado Especial Criminal

MMA – Ministério do Meio Ambiente

PPCDAm – Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal

PSC – Prestação de Serviços à Comunidade

SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente

SM – Salário mínimo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 – Gráfico Desmatamento da Amazônia Legal	78
Figura 2 – Quadro números de crimes julgados por ano pelo TJRS, recorte dos crimes ambientais	81
Figura 3 - Tabela numérica com as decisões dos crimes analisados pelo TJRS no ano de 2016	83
Figura 4. Gráfico pizza dos crimes ambientais julgados pela 4ª Câmara Criminal do TJRS	83

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. O DIREITO PENAL E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE: CONCEITOS E FUNDAMENTOS	15
2.1. BEM JURÍDICO PENAL: A CONCEPÇÃO PESSOAL DE BEM JURÍDICO COMO LIMITE PARA ATUAÇÃO ESTATAL.	15
2.2. BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS: A POSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE.	26
2.3. DIREITO PENAL CLÁSSICO E DIREITO PENAL MODERNO: O CHAMAMENTO DE UM OUTRO DIREITO PENAL.	35
2.4. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE MODERNA: A ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE.	40
3. SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL: O FENÔMENO DA IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA E O MODELO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL	46
3.1 CONTEXTUALIZANDO A SOCIEDADE DO RISCO: MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA E OS RISCOS;.....	46
3.2 OS NOVOS RISCOS MODERNOS: A QUESTÃO AMBIENTAL E A INEFICÁCIA DOS SISTEMAS DE SEGURANÇA.	51
3.3 A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA:	55
3.4 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: DEMANDA SOCIAL POR MAIS PUNIÇÃO.....	61
3.5 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: O FENÔMENO DA IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA NA ESFERA PENAL AMBIENTAL.	69
3.6 A LEI 9.605/98: CARACTERÍSTICAS DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O FOMENTO À IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA	76
3.6.1 Inefetividade instrumental da norma	77
3.6.1.1 <i>Análise de Julgados de Crimes Ambientais do TJRS:</i>	79
3.6.2 – A incapacidade manifesta de produzir resultados instrumentais .	83
3.6.3 - As circunstâncias em que a lei foi criada	84
3.6.4 – O engano contido na norma	85

4. O DIREITO DE INTERVENÇÃO COMO ALTERNATIVA AO DIREITO PENAL AMBIENTAL: A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	88
4.1 PROPOSTAS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO;	88
4.1.1. Proposta de Silva Sánchez: Direito Penal de Segunda Velocidade	89
4.1.2. Proposta de Hassemer: Direito de Intervenção;	94
4.1.3 Críticas ao Direito de Intervenção e ao Modelo de Direito Penal Frankfurtiano.....	101
4.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE INTERVENÇÃO:	105
4.3 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE INTERVENÇÃO;	111
4.4 A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL A PARTIR DO MODELO DE DIREITO DE INTERVENÇÃO;	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS.....	133
ANEXO.....	143

1 INTRODUÇÃO

A lei 9.605/98 que regula os crimes ambientais no Brasil completou vinte anos de publicação no dia 12 de fevereiro de 2018, contudo, passado esses anos, se torna importante analisar a interferência dessa legislação à proteção do meio ambiente e das políticas penais diretamente relacionados com a questão ambiental, sendo importante a avaliação de elementos teóricos e empíricos que possam indicar os efeitos objetivos da referida legislação ao longo dos anos.

Neste sentido, a pesquisa estudará o direito penal aplicável aos ilícitos ambientais de acordo com a lei 9.605/98, a qual foi responsável pela criação de normas gerais e especiais aplicáveis aos crimes ambientais, bem como, de estabelecer às infrações administrativas ambientais. Nesse contexto, o tema central da pesquisa é a análise de alternativas ao direito penal ambiental brasileiro, que possam minimizar a atuação da esfera criminal, e ao mesmo tempo, serem mais efetivas.

Sabe-se que a proteção ambiental é tema imprescindível à sociedade contemporânea, na qual o direito penal tem sido utilizado com o fim de evitar danos ambientais, tentando punir antecipadamente à lesão do bem jurídico. Contudo, para Winfried Hassemer este modelo estaria desrespeitando teorias clássicas do direito penal e, em razão disso, sustenta o autor a criação de um novo ramo jurídico, chamado de Direito de Intervenção, que se encontraria entre o direito administrativo e o direito penal, atuando de forma diferenciada, busca evitar a lesão ao bem jurídico. Assim, diante da construção de Hassemer, a pesquisa se desenvolve a partir do seguinte problema: é possível criar um direito de intervenção como modelo de proteção ambiental?

Justifica-se o presente estudo diante da aparente incompatibilidade da lei de crimes ambientais, com os princípios e regras clássicas do direito penal. Tal situação pode levar a dois inconvenientes: a) falta de legitimidade, por estar desrespeitando conceitos indissociáveis da atuação penal; b) falta de efetividade, uma vez que a atuação penal ambiental pode ser meramente simbólica, não objetivando a real proteção.

Desse modo, sem desconsiderar a necessidade de uma tutela jurídica do meio ambiente, a hipótese desenvolvida no trabalho é de que o Direito de

Intervenção pode ser um instrumento alternativo na tutela do meio ambiente.

Nesse contexto e a partir do Direito de Intervenção, proposto por Winfried Hassemer, o objetivo central do estudo é encontrar instrumentos alternativos ao direito penal ambiental, mais aproximados dos fins preventivos do direito ambiental. Serão trabalhados, também, dois temas específicos para atingir o objetivo acima descritos: a) a teoria dos bens jurídicos e a forma de atuação penal moderna; b) a noção de direito penal simbólico com o aporte da teoria da sociedade de risco.

Para cumprir a finalidade dessa pesquisa foi adotado o método analítico¹. O procedimento metodológico se estabelece por meio da pesquisa qualitativa, exploratória, estruturada mediante análise bibliográfica e documental. Também na análise quantitativa, realizada na forma de observação assistemática² e por meio de coleta documental.

Com o intuito de alcançar os objetivos do presente estudo, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será estudada a teoria do bem jurídico como fundamento e limite do direito penal, em que seus princípios não podem ser descartados na apreciação de qualquer bem jurídico de interesse penal.

Será verificado a historicidade do conceito de bem jurídico que se apresenta como critério limitador à atuação do direito penal, imprescindível dentro do Estado Democrático de Direito. Em especial, será apresentada a noção monista pessoal de bem jurídico como forma de limitar a atuação penal ajustada aos interesses humanos.

Dentro dos marcos teóricos analisados busca-se compreender se o meio ambiente pode ser um bem jurídico tutelado pelo direito penal e, além disso, conhecer características do direito penal ambiental posto, em especial na lei 9.605/98, aproximando-o do conceito “direito penal moderno” de Hassemer, e de “direito penal administrativizado” de Silva Sanchez.

Dentro dessa análise será verificado se o direito penal ambiental é um instrumento legítimo, e se tem respeitado os princípios e as garantias clássicas

¹ Segundo Paviani (2013, p. 77) o método analítico “ocupa-se da elucidação de discursos, de proposições, de conceitos e de argumentos”.

² Segundo Lakatos e Marconi (2003, p. 193) “Consiste em recolher e registrar os fatos da realidade sem que o pesquisador utilize meios técnicos especiais ou precise fazer perguntas diretas”

do direito penal, em especial, se está tutelando interesses ambientais (bem jurídicos) ou meras funções administrativas.

No segundo capítulo será estudada a aplicabilidade do direito penal ambiental brasileiro, com o fim de verificar sua possível falta de produtividade, como instrumento meramente simbólico. Nesse sentido, estudar-se-ão conceitos da teoria da sociedade de risco (Ulrich Beck) e suas influências na discussão do direito penal contemporâneo, como modelo penal de risco. A partir desses conceitos, será verificada a forma como o direito penal atua em uma sociedade de risco e o clamor social por mais criminalização, por meio da chamada cultura do medo. A partir dos fundamentos da teoria de risco, pretende-se compreender o fenômeno da irresponsabilidade organizada e a relação com o direito penal simbólico.

Dentro da esfera penal ambiental, será analisado o modelo penal simbólico e seus objetivos, com o fim de verificar se a tutela penal é, apenas, uma resposta rápida e superficial para a complexa proteção ambiental. Com isso, será cotejado direito penal e o fenômeno da irresponsabilidade organizada na esfera ambiental, a fim de verificar se o direito penal ambiental pode ser considerado instrumento simbólico e contraprodutivo a real proteção do meio ambiente.

Com o objetivo de examinar a efetiva aplicação da legislação penal ambiental, ao final do capítulo, será verificada a atuação penal ambiental como instrumento simbólico na lei 9.605/98. Para isso, além do estudo bibliográfico, será realizada uma pesquisa quantitativa, na qual serão avaliados os acórdãos proferidos pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano 2016, em apelações envolvendo crimes ambientais.

Justifica-se a escolha dessa câmara, pois é responsável pelo julgamento dos crimes ambientais de maior gravidade, que não se enquadram em infrações de menor potencial ofensivo, responsabilidade das Turmas Recursais. Além disso, como o objetivo é verificar decisões de mérito (absolvição, prescrição e condenação) a pesquisa se limitou aos recursos de apelação, que não existem nas turmas recursais.

A pesquisa busca colaborar na verificação do modelo penal ambiental como instrumento simbólico. O que indica a necessidade de se buscar alternativas ao direito penal ambiental, que pode estar sendo mais prejudicial que benéfico ao meio ambiente.

Dessa forma, no terceiro capítulo serão estudadas propostas alternativas ao direito penal, em especial, a opção “direito de intervenção” desenvolvida por Hassemer, e a proposta “direito penal de segunda velocidade” de Silva Sánchez. Ambos autores têm buscado limitar a expansão penal dos últimos anos que estaria desnaturalizando o direito penal e suas garantias em busca de efetividade.

Por fim, tendo em vista a existência de estudos no Brasil que aproximam o direito de intervenção com o direito administrativo sancionador, será estudada se as infrações administrativas, contidas na lei 9.605/98 e decreto 6.514/08, assemelham-se ao direito de intervenção. Nesse sentido, o objetivo é verificar se o direito administrativo sancionador ambiental pode ser uma manifestação do direito de intervenção.

Dessa forma, serão analisadas as infrações administrativas ambientais comparando-as com o direito de intervenção, a fim de verificar a possibilidade de utilização do direito administrativo sancionador como instrumento alternativo a tutela penal ambiental. Não obstante, com o fim de legitimar tal atuação serão apontadas características essenciais para reestruturação da atuação administrativa sancionadora, a fim de que se possa criar um modelo jurídico próximo ao direito de intervenção nos moldes propostos por Hassemer.

2. O DIREITO PENAL E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE: CONCEITOS E FUNDAMENTOS.

O propósito deste capítulo é examinar a teoria do bem jurídico como fundamento do direito penal, a qual não pode ser descartada na análise da tutela penal do ambiental. Inicialmente, será estudada a origem e a evolução do conceito de bem jurídico, que se apresenta como limite à atuação do direito penal. Objetiva-se também, compreender o meio ambiente como um bem jurídico “protegível”³ pelos institutos jurídicos penais. Entre os marcos teóricos utilizados, destacam-se a dicotomia entre Direito Penal Moderno e o Clássico, e o conceito de direito penal administrativizado⁴.

Além disso, será realizado o estudo dos bens jurídicos coletivos tutelados pelo direito penal contemporâneo. Em especial, para expor os desencontros do direito penal moderno em relação a teoria dos bens jurídicos desenvolvida pelos autores estudados. Entre eles destacam-se a acessoriedade administrativa e os crimes de perigo abstrato na lei 9605/98.

O estudo da teoria do bem jurídico é fundamental para a compreensão do direito penal como ferramenta de proteção de valores sociais, sendo indispensável para a análise da incriminação de condutas. Neste estudo, especificadamente, na tipificação de condutas pelo direito penal ambiental. Ademais, a partir da noção de bem jurídico pode-se reconhecer os objetivos do direito penal dentro de um estado democrático de direitos.

2.1. BEM JURÍDICO PENAL: A CONCEPÇÃO PESSOAL DE BEM JURÍDICO COMO LIMITE PARA ATUAÇÃO ESTATAL.

A noção de bem jurídico é basilar para a compreensão do direito penal, sendo reconhecida como fundamento e limite da sua atuação. Deve ficar claro, inicialmente, que o direito penal não é fruto de uma lei suprema, mas consiste em instrumento normativo, produzido por um agrupamento de pessoas dentro de uma

³ A opção pela expressão “protegível” ao invés da expressão “protegido”, visa deixar claro que o objetivo do trabalho é responder, entre outras questões, se o meio ambiente deve ou não ser tutelado pelo direito penal. Embora seja uma realidade, a proteção penal do meio ambiente é controversa, tanto para a doutrina como na prática jurídica, e por isso, é necessário partir da hipótese de não-proteção.

⁴ Nomenclatura encontrada em diversos Autores, como em: Silva Sánchez, Miguel Reale Junior, Mir Puig, Guilherme Gouvêa Figueiredo, entre outros.

sociedade, na qual ele se reproduz para cumprir determinadas funções (BATISTA, 1996, p. 18-19). Entre essas, a dogmática penal reconhece, primordialmente, a missão de tutelar de bens jurídicos.

Nesse contexto, para Hassemer e Muñoz Conde podem ser identificadas três linhas doutrinárias com relação à função do direito penal. Há uma primeira corrente, reconhecida por diversos autores que aponta como sendo missão do direito penal a proteção de bens jurídicos. A segunda posição doutrinária é a de Hans Welzel, que não nega à proteção dos bens jurídicos, mas os relaciona a um contexto social mais amplo, em que o direito penal não protege um mero “bem”, mas valores ético-sociais de grande importância (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 101). Por fim, a terceira posição doutrinária é a de Jakobs⁵, que vê no direito penal, o objetivo de enfatizar o reconhecimento normativo da lei penal, ou seja, demonstrar a força da lei (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 100).

Entretanto, embora haja distinção entre essas três linhas de pensamento, para Hassemer e Conde, tanto Welzel quanto Jakobs, não abstraem da noção de bem jurídico, uma vez que buscam a proteção de valores sociais. Welzel está preocupado em limitar a atuação do direito penal, pois teme que o discurso de proteção de bens jurídicos possa ser utilizado para a ampliação de tipos penais. Enquanto, Jakobs está preocupado com a eficiência do direito penal, almejando que o responsável pela lesão ao bem jurídico definido na norma seja penalizado (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 100 -103).

A aproximação dessas linhas teóricas realizada por Hassemer e Conde, demonstra o quão primordial é a compreensão do conceito de bem jurídico para o direito penal. Contudo, é uma análise que se dá apenas no plano teórico, como fundamento do direito penal. Assim, a proteção de bens jurídicos não se dá de forma real. É, apenas uma referência material, que deve servir como instrumento de garantia, e não de manutenção de uma ordem estabelecida (TAVARES, 2000, p. 176).

Por isso, a criminologia tem denunciado que o direito penal, no mundo dos fatos, pode estar vinculado a outros interesses. Assim, o conceito de bem

⁵ Günther Jakobs é um Autor alemão que tem concepções muito particulares a respeito das funções do direito penal, concebido a partir da ideia de que o direito penal, em especial a pena tem a função resguardar a própria validade da norma (JAKOBS, 2000). Além disso é um dos autores que trabalha com a ideia de direito penal do inimigo (JAKOBS e MELIÁ, 2005)

jurídico é estudado nesse capítulo a partir do próprio discurso dogmático, dentro da chamada função declarada⁶ do direito penal.

Ainda que reconhecida à proteção de bens jurídicos como missão do direito penal, dentro do discurso declarado, existem pontos controversos nessa análise, uma vez que o próprio conceito de bem jurídico e sua origem é discutível. Além disso, não são todos os bens jurídicos que a dogmática considera “protegíveis” pelo direito penal, havendo muitos questionamentos no que deve ser reconhecido como bem jurídico, e quais os limites desse reconhecimento.

A noção de bem jurídico como interesse protegido, está associada ao ideal privatista, que se inseriu na teoria do injusto de *Von Jhering*, para essa concepção a norma penal tem como base uma realidade, protegendo-se interesses individuais perceptíveis como a vida, a integridade corporal, o patrimônio, a reputação, entre outros. Dependendo da importância desse interesse, haverá a proteção pelo Estado. (TAVARES, 2000, p. 177).

Desde o seu surgimento, o bem jurídico tem em sua concepção um viés crítico, *Paul Johann Anselm Feuerbach* durante o século XIX utilizou-se desse conceito como arma à concepção moralista de Direito Penal. Nessa concepção, uma infração à norma não seria suficiente para considerar a conduta como criminosa, deve haver uma lesão aos interesses reais da humanidade (HASSEMER, 2005, p. 57).

Feuerbach antecedeu a noção de bem jurídico, para ele o direito penal teria a função de conservação de *direitos subjetivos*. Essa proposta busca ser crítica ao referir que meros objetivos políticos não podem ser criminalizados. Dessa forma, exige-se que o crime contenha uma lesão ao direito subjetivo individual (BOZZA, 2015, p. 110). Feuerbach constrói suas premissas da “derivação de um princípio básico Kantiano: o exercício da liberdade de um ser racional não pode contradizer a liberdade de nenhum outro ser racional” (MALAREE, 1992, p. 14)⁷. A lógica contida nessa forma de perceber o direito penal, aponta para a criminalização da conduta originada do excesso de

⁶ Juarez Cirino dos Santos trabalha com ideia de *função declarada* do direito penal, a qual seria à proteção de bens jurídicos. Em contrapartida, há uma *função real* atribuída ao direito penal, que estaria no controle social das classes dominadas em uma relação capitalista. (SANTOS, 2008, p. 5-9). Cirino é influenciado pela criminologia crítica, que vê o sistema penal como instrumento de controle e de falsa segurança jurídica (FAYET JUNIOR, 2000, p. 189).

⁷ Tradução livre, texto original: “un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional”

liberdade, que venha a ofender o direito subjetivo de outrem.

Essa primeira concepção crítica à utilização do direito penal, não originou o conceito de bem jurídico, mas dá substrato para o seu desenvolvimento. O qual está relacionado com o período histórico posterior ao iluminismo, chamado de restauração. Naquela época, após as revoluções burguesas, que conquistam sua hegemonia, há uma busca pela consolidação de seu poder, deixando de agir de forma revolucionária, e passando a agir de forma conservadora⁸ (BOZZA, 2015, p. 111).

Nesse período o direito sofre influências da escola histórica do direito, a qual se opõe à ideia de direito natural, em contrapartida, prega o direito positivo, que passa a ser a única realidade e objeto de estudo do direito. Essa escola tem entre seus objetivos reconectar-se com a tradição jurídica. Dessa forma, as teses de Feuerbach não podiam se sustentar, pois era inconcebível que ações historicamente consideradas criminosas fossem transformadas em meras infrações administrativas. O modelo de delito da época tinha como fundamento a lesão consciente em face da vontade geral, assim, poderiam ser incriminadas condutas que não afetavam a direitos subjetivos (MALAREE, 1992, p. 23-25).

Em 1834 Johann Michael Franz Birnbaum publica uma obra⁹ na qual aponta que o fundamento do *ius puniendi* do estado não é a lesão a direitos subjetivos, mas a lesão a “bens”. O delito não lesiona direitos, mas bens, objetos do direito, nesse sentido, o direito em si permanece incólume. (MALAREE, 1992, p. 26-27)

(...) se a ideia é a de entender o delito com uma lesão essa não deve ser referida a direitos, mas sim a bens dos cidadãos, e que o Estado é chamado a tutelar, pois somente bens podem sofrer lesões, e não os direitos. Com essa forma de pensar, entende os bens jurídicos como algo para além do Estado e do Direito, sendo que não são bens criados pelo Direito, mas sim que o Estado deve os reconhecer e garantir a todos igualmente (BOZZA, 2015, p. 114)

Nesse sentido, há uma clara ampliação do que deve ser protegido pelo

⁸ O conservador e o revolucionário estão ligados à proteção das garantias individuais, em especial em face da incriminação pelo estado. O conservador seria à utilização do conceito de bem jurídico, permitindo a ampliação do direito penal, enquanto a forma revolucionária está atrelada a ideia de limitação da incriminação do Estado.

⁹ Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens Archiv des Criminalrechts – 1834. O autor teria sido o primeiro a utilizar a expressão “bem”, que veio a originar o termo “bem jurídico”.

direito penal. A partir de Birnbaum não há necessidade de lesar um direito subjetivo, basta a lesão a bens que interessam à sociedade em geral. Cria-se um conceito abstrato e de difícil definição. Em razão disso, a função crítica da teoria de Feuerbach perde força diante da ideia de bem jurídico trazida por Birnbaum.

A partir dos conceitos trazidos por Birbaum, Karl Binding define como bem jurídico tudo aquilo que o Estado considerar em lei. Aqueles bens dotados de relevância jurídica, que foram escolhidos pelo legislador para tutela pelo direito penal, possuíam em si o bem jurídico (BOZZA, 2015, p. 115). Desse modo, ficaria vinculado a escolha do legislador o que é bem jurídico, permitindo uma escolha aleatório ou arbitrária (BECHARA, 2009, p. 18).

Afastando-se desse pensamento, Franz Von Liszt, “afirma que não é o ordenamento jurídico que cria o interesse, mas sim que as necessidades de vida dão origem à proteção penal” (BOZZA, 2015, p. 117). Liszt divide política-criminal e direito penal como disciplinas independentes.

(...) bem jurídico é um conceito pertencente a teoria geral do direito que expressa no campo jurídico o que representam os interesses dos indivíduos e suas relações vitais, relações que do mesmo modo que os interesses, quando são assumidas pelo direito, se transformam em relações jurídicas (MALAREE, 1992, tradução nossa, p. 48)¹⁰

Com a expressão de que o bem jurídico está fora do âmbito do direito, para Liszt uma conduta pode ser formalmente ilícita, mas que nem sempre será materialmente ilícita, quando não ofender ao bem tutelado¹¹. O conceito material de ilícito está na análise social, e a norma deve encontrá-lo (FIGUEIREDO, 2008, p. 57)

Em sua fundamentação Liszt se afasta do positivismo puro de Binding, tendo em vista a necessidade da referência social. Contudo, a teoria de Von Liszt perde sua capacidade crítica, pois o autor entende que os bens individuais se tornam interesse do Estado ao serem protegidos. Essa hipótese permite uma

¹⁰ Tradução livre do Autor, texto original: “Bien jurídico es un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas”

¹¹ Dessa concepção pode-se compreender, por exemplo, o princípio da insignificância dentro do direito penal, quando o autor realiza uma conduta, que materialmente não pode ser considerada como lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Também, pode-se reconhecer que um determinado tipo penal não cumpre a ilicitude material ao não ofender qualquer bem jurídico.

singularização entre interesses públicos e privados. Assim, Von Liszt permite a criação de delitos, mesmo quando a ofensa seja apenas a um interesse estatal. Por isso, que tanto Von Liszt quanto Binding dão substrato teórico para a política criminal de sua época (MALAREE, 1992, p. 56-58). Embora pudessem fornecer um caráter crítico a política criminal de seu tempo, ambas teorias não limitavam a atuação estatal, que punia condutas que lesavam apenas a moral e religião por exemplo.

Com isso, deve-se ter em mente que sob o véu do conceito de bem jurídico, muitas concepções de direito penal foram sustentadas. Esse fenômeno ainda ocorre em nossa sociedade, em especial, na expansão penal das últimas décadas, que se aproxima da teoria da Sociedade Risco (BECK, 2010.). Fabio Bossa aponta que o conceito foi apropriado por diversas concepções ideológicas:

(...) O fato de a ideia de bem jurídico representar um vazio conceitual diante da multiplicidade de concepções permitiu que qualquer postura ideológica se apropriasse do conceito para legitimar o poder estatal de punir (BOZZA, 2015, p. 121)

A partir do pensamento de Fábio Bozza, pode-se averiguar a utilização do conceito de bem jurídico sendo apropriado para fundamentar uma expansão penal. Entretanto, abandonar a ideia de bem jurídico pode ser ainda mais grave, concebendo o delito como mera violação de um dever legal, não havendo limitação crítica ao poder sancionador do estado. Nesse modo de pensar destaca-se o funcionalismo de Jakobs.

Na concepção desse autor, o “funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o direito penal está orientado a garantir a identidade da norma, a constituição e a sociedade” (JAKOBS, 2000, tradução nossa, p. 15)¹². Jakobs utiliza-se da teoria de Luhman para reconhecer a sociedade como um sistema, que não depende de indivíduos. São as funções que mantém o sistema, assim o delito é uma afirmação que contradiz a norma, e a pena é a resposta que irá confirmar a norma. O direito penal atua para contradizer à contradição de quem descumpra a norma, confirmando assim, a identidade

¹² Tradução livre do Autor. Texto original: “(...)desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”

social. (JAKOBS, 2000, p. 17-19). Com essa postura, o direito penal para Jakobs visa a afirmação positiva da norma, a pena como demonstração de força do sistema e de vigência da legal.

O modelo proposto por Jakobs tem características conservadoras uma vez que a preocupação de seu funcionalismo é com a manutenção da ordem social, por meio do fortalecimento dos mecanismos penais (BOZZA, 2015, p. 138). Assim, não há a necessidade de lesionar um bem jurídico, basta uma lesão a um dever (norma). É esse tipo de atitude que se busca evitar com a teoria do bem jurídico, pois na análise do conceito de bem jurídico “é a própria questão da função e legitimidade do direito penal que está em jogo” (FIGUEIREDO, 2008, p. 39).

Entretanto, numa análise mais aprimorada da proposta de Jakobs, pode-se conceber que o autor não deixa de buscar fundamentos no bem jurídico para atividade penal. Contudo, o bem jurídico é analisado pelo legislador na construção do tipo, sendo a “força da norma” o embasamento para legitimar a imputação criminal. Nessa concepção, o que se tem criticado é à ausência da função crítica desempenhada pela *exclusiva tutela dos bens jurídicos*, que limitaria a atuação do direito penal materialmente na análise da ofensividade de uma conduta ao bem jurídico em um caso concreto¹³.

Desde o surgimento em Feuerbach e Birbaum, a ideia de bem jurídico como um fundamento para o direito penal está presente. Da mesma forma, busca limites ao poder estatal, garantindo a liberdade do indivíduo. Entretanto, é na Alemanha dos anos 60 que o conceito de bem jurídico passa a ser analisado como uma referência material necessária para o tipo penal. Nesse âmbito, Claus Roxin e Jäger¹⁴ definem o bem jurídico como parâmetro ao legislador, em que só é possível criminalizar comportamentos por meio de critérios estritos de racionalidade, segundo os quais só devem ser protegidos pelo direito penal aqueles elementos que toda a sociedade reconhece como valor. Com isso, exclui-

¹³ Para Silva-Sanchez a perspectiva funcionalista de Jakobs não é tão relevante na expansão do direito penal das últimas décadas, pois não implica a eliminação de uma legitimação material da tutela penal, reconhecendo que os problemas são relacionados com a definição do núcleo da identidade normativa, que se assemelha aos problemas de definição dos bens jurídicos penalmente tutelados (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 136).

¹⁴ Conforme aponta Claus Roxin essa ideia de bem jurídico como limite surgiu apenas depois da segunda guerra mundial, com Jäger em 1957 a respeito dos crimes contra os costumes, e com Roxin no livro sobre a teoria do domínio do fato em 1963 (ROXIN, 2016)

se da esfera penal a proteção de interesses religiosos e morais. O objetivo da pena é reprimir condutas lesivas à comunidade, que lesem ou exponham a perigo bens jurídicos (FIGUEIREDO, 2008, p. 61-62)

Deve-se entender o bem jurídico como algo que a sociedade visa proteger, bens sem os quais não se poderia viver em sociedade. Ou seja, o Direito não é um fim em si mesmo, caracteriza-se por uma construção dinâmica derivada da experiência humana, por conseguinte, não se pode analisar o tipo penal como simples norma expressa, deve-se considerá-lo como um todo, em que o direito está nas pessoas (AMARAL, 2010, p. 181).

No entendimento de Claus Roxin, o Estado deve garantir por meio dos instrumentos jurídico-penais condições individuais para manter-se em sociedade. Constituiriam-se como elementos de proteção, o corpo, à vida, à liberdade, e, ao mesmo tempo, às instituições estatais necessárias, como administração eficiente e livre de corrupção, impostos saudáveis, e o sistema monetário. Todos caracterizados como elementos essenciais para o exercício da vida em sociedade (ROXIN, 2009, p. 17).

Embora toda a construção doutrinária a respeito da teoria de bem jurídico, esse conceito continua sendo considerado muito aberto, e, por vezes, não cumpre o papel de limite à incriminação de condutas não ofensivas aos bens jurídicos. O que ocorreu, por exemplo, na decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 26 de fevereiro de 2008, em que foi discutida a constitucionalidade do crime de conjunção carnal entre parentes¹⁵. Nesse debate, foi aventada a teoria dos bens jurídicos como limitador de crimes que ofendem apenas a moral. Nessa decisão, o Tribunal alegou não haver consenso sobre o tema, entendendo que o conceito de bem jurídico é mero elemento de *ratio legis*¹⁶. Logo, não seria possível para o judiciário limitar o legislador de tipificar condutas por meio do conceito de bem jurídico. O tribunal alegou, ainda, que seria contrária à tarefa democrática do

¹⁵ O Crime Descrito por Luis Greco esta previsto no §173 do Código Penal Alemão, com a seguinte descrição típica: “Conjunção Carnal entre parentes. (1) Aquele que mantiver conjunção carnal com descendente consanguíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Aquele que mantiver conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa, o disposto permanece válido ainda que a relação de parentesco esteja extinta. Da mesma forma serão punidos irmãos consanguíneos que mantiverem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão punidos de acordo com esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não possuírem 18 anos” (GRECO, 2010, p. 166).

¹⁶ A razão da lei que inspira o legislador.

legislativo uma limitação por meio da ideia de bem jurídico penal. Nessa decisão, o tribunal constitucional alemão reconheceu que é tarefa do direito penal a manutenção e o fortalecimento de convicções morais (GRECO, 2010, p. 169 - 172).

Da análise da decisão do tribunal alemão, constata-se a necessidade de uma concepção material de bem-jurídico que exerce maior função crítica relacionada às liberdades individuais. Desse modo, é necessário reconhecer o conceito de bem jurídico como essencialmente crítico, em que

(...) a ideia de bem jurídico, conduz, portanto, a uma política criminal racional: o legislador penal deve medir suas decisões com critérios justos e claros, utilizando-os, ao mesmo tempo, para sua justificação e crítica. Tudo aquilo que nada tenha a ver com a proteção dos bens jurídicos deve ser excluído do âmbito do direito penal¹⁷ (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 105)

Segundo Hassemer a proteção de bens jurídicos sempre se apresentou como “uma demanda por descriminalização: o legislador penal só poderia criminalizar aquilo que “realmente” ameaçasse um bem jurídico” (HASSEMER, 2016, p. 12). Para ele o princípio do bem jurídico é ambivalente, podendo ser favorável ou desfavorável a uma criminalização. Contudo, a lesão ou ameaça ao bem jurídico é um pressuposto, que deve estar acompanhada dos princípios limitadores do direito penal, quais sejam: subsidiariedade, “danosidade”¹⁸ social, tolerância e dignidade humana. Enfim, só é possível garantir a proteção de bens jurídicos dentro dos limites de atuação do direito penal, assim, os princípios e garantias do direito penal devem limitar ao legislador, dificultando à aproximação com os interesses político-criminais (HASSEMER, 2016, p. 13)

No mesmo sentido, Fábio Bozza reconhece o bem jurídico não como princípio, mas como um valor que deve servir de limite à atuação do direito penal, sempre reconhecido como proteção do indivíduo frente ao Estado. “Se a norma penal não tiver um bem-jurídico como fundamento, simplesmente não será válida, não sendo possível aplicá-la parcialmente” (BOZZA, 2015, p. 194).

Hassemer e Muñoz Conde afirmam que seria ótimo se o bem jurídico

¹⁷ Tradução livre do autor, texto original: “(...)La idea del bien jurídico conduce, portanto, a una Política criminal racional: o legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos deber ser excluído del ámbito del Derecho penal”

¹⁸ Termo utilizado pelo autor.

fosse algo concreto, realmente existente, bastaria que o legislador remetesse a algo visível, facilitando o controle e a decisão. Para os autores, deve-se reconhecer a diferenciação entre bem jurídico e o objeto de ação. Por exemplo, no crime de furto, a propriedade é o bem jurídico, que não se confunde com a coisa móvel de terceiros (objeto furtado). Logo, o direito penal não se preocupa tanto com o objeto “concreto”, mas com o “interesse” que se materializa nesse algo. (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 105)

Para Hassemer, dentro dessa discussão, o direito penal deve ser visto como instrumento de controle social mais formalizado, que tem função subsidiária, visando reforçar outros instrumentos¹⁹. Nesse contexto, o direito penal é, apenas, mais uma ferramenta de controle social preocupado com os valores éticos mais importantes da sociedade, por isso, é necessário que o comportamento seja considerado proibido pela grande maioria dos cidadãos antes de ser tipificado (OLIVEIRA, 2013, p. 51). Consequente a conduta deve ser considerada ilícita socialmente, antes de ser tipificada penalmente, sendo o direito penal a última esfera na estrutura do controle social, o instrumento mais formalizado. Em razão disso, em muitos casos, é desnecessária a atuação do direito penal.

Nesse sentido, Hassemer materializa o bem jurídico de forma diferente, reconhecendo que assim como outros princípios, não pode ser entendido como algo matemático e claro, mas que deve ser percebido como argumento a ser sustentado em uma controvérsia jurídica. Em sua proposta, só é possível materializar o bem jurídico a partir de uma concepção pessoal, que será verificada na escolha de objetos protegidos pelo direito penal (HASSEMER, 2016, p. 18).

Embora se trate de uma concepção pessoal de bem jurídico, não se nega a possibilidade de bens jurídicos coletivos, que apenas são funcionalizados a partir da pessoa humana (HASSEMER, 2016, p. 19). Essa é a forma encontrada para que o conceito de bem jurídico seja um limitador da ação do estado no direito penal, em especial num contexto de expansão penal contemporânea:

(...) em tempos como estes, deve justamente o Direito Penal proteger e resguardar com ênfase os elementos pessoais, pois sua tarefa não é afinal a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas a imputação de um crime a uma pessoa, e com isso, a individualização de um problema que sempre é também social. (HASSEMER, 2016, p. 17)

¹⁹ O autor se refere aos mais variados instrumentos desde família, moral, filosofia, mas dentro do direito, a área civil e administrativa, que devem atuar de forma antecipada a tutela penal.

Desse significado, a opção pela forma pessoal de bem jurídico é essencial, e visa combater o aumento de incriminação por parte do legislador, que está individualizando problemas sociais, a partir da responsabilização de apenas uma pessoa.

Como o direito penal é apenas mais um dos ramos de controle social, Hassemer busca resguardar a ideia de *ultima ratio*, não excluindo outras hipóteses de proteção. O direito penal deve ser entendido de maneira nuclear, limitado aos bens jurídicos referentes aos seres humanos, reconhecidos pela coletividade mas que tenham a pessoa como pano de fundo. O direito penal ampliado se assemelha ao direito administrativo e perde suas características, mais do que isso, não serve tão bem para a prevenção de perigos como se espera (HASSEMER, 2007, p. 96).

Na visão de Hassemer o bem jurídico deve cumprir duas funções essenciais: a imanente-sistêmica (intrassistêmico) e a extrassistêmica (ou crítico-sistêmica). A primeira função trabalha dentro do sistema jurídico, traçando parâmetros interpretativos com dados já consolidados pelo legislador como objeto de tutela penal. A segunda função analisa a *ratio essendi* do legislador penal, é uma tentativa de definir parâmetros externos às decisões legislativas, sendo uma medida crítica de limitação (COSTA, 2010, p. 3-4).

Para conseguir cumprir essas funções limitadoras de forma mais efetiva, Hassemer utiliza do vínculo entre bem jurídico e pessoa humana. Diferente de outros autores, a conexão à pessoa humana é uma essencialidade do bem jurídico. Em razão disso, é severamente criticado, considerado um autor conservador que não recepcionaria os novos interesses da sociedade moderna entre os bens jurídicos, como a economia, o meio ambiente, enfim, os bens jurídicos de caráter universal ou coletivos.

Na realidade, a teoria do autor faz uma crítica à desconfiguração do direito penal clássico, o qual deve ser reconhecido como garantidor das liberdades individuais, de atuação subsidiária, em *ultima ratio*. Nessa concepção, a tutela penal de bens jurídicos é utilizada, tão somente, em relação aos bens de conteúdo pessoal, pautados na pessoa humana.

As influências de Hassemer podem ser verificadas em diversos autores brasileiros, como Helena Regina Lobo da Costa, Miguel Reale Jr, Ana Carolina

Carlos de Oliveira e Juarez Tavares. Em especial, Juarez Tavares reconhece a importância da teoria do bem jurídico como um elemento de crítica e limitação do direito penal em um estado democrático, em suas palavras:

(...) a legitimidade da atuação estatal, no sentido de um exercício protetivo, está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência de outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo à determinada condição de garantia. Isto não implica, porém, o uso da pena criminal, pois a função de garantia, impulsionada pelo exercício de um direito subjetivo do cidadão à proteção jurídica, deve estar de qualquer modo condicionada à preservação dos direitos humanos, que têm como princípio primordial a solução pacífica dos conflitos o que conduz à conclusão de que a pena não é dotada por si mesma de qualquer legitimidade e só se justifica na medida de sua extrema necessidade. Quer dizer, inexistente um dever absoluto de punir. A punição criminal é unicamente uma contingência de *ultima ratio*. Deve-se concluir então que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua limitação. (TAVARES, 2000, p. 181)

Dessa forma, para a análise de qualquer valor a ser protegido pelo direito penal, deve haver a compatibilidade com a teoria pessoal do bem jurídico (COSTA, 2010, p. 18). Por consequência, dentro do estado democrático de direitos, o direito penal deve ter atuação mínima e subsidiária em relação aos outros ramos, atuando sempre em *ultima ratio*.

A partir da noção pessoal de bem jurídico como um modelo crítico ao aparato punitivo estatal é possível desenvolver o exame da legitimidade de atuação dos instrumentos penais frente aos novos interesses, verificando se podem ou não ser tutelados pelo direito penal. Essa compreensão deve ser empregada, também, na análise do meio ambiente como novo interesse protegido pelo estado.

2.2. BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS: A POSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

Na análise dos bens jurídicos encontra-se a divisão entre individuais e coletivos. Essa separação tem fundamento lógico a partir do titular do bem jurídico, se for o indivíduo será considerado bem jurídico individual, já se o bem possuir titularidade coletiva ou difusa será coletivo (COSTA, 2010, p. 18).

A partir dessa divisão, neste tópico, será estudado a forma com que é

concebida a atuação penal a partir do vínculo de interesses, tanto coletivos como individuais. E a partir dessa relação verificar a existência de autonomia ou dependência entre bens universais e individuais, a fim de perceber como se dá a atuação penal em relação a ambos. A partir da correlação entre bens individuais e coletivo pode-se verificar duas concepções doutrinárias: os monistas e os dualistas.

Os dualistas entendem que os bens jurídicos individuais e os coletivos são autônomos entre si. Desse modo, os bens coletivos não necessitam ser reconduzidos aos bens jurídicos individuais para terem legitimidade, ao passo em que, os bens jurídicos individuais também não necessitam de uma origem coletiva (COSTA, 2010, p. 19). Para os dualistas as duas espécies de bens, tem natureza completamente independentes.

Entre os dualistas destacamos Shünemann, o qual analisa o bem jurídico ambiental. Para ele atualmente exige-se a realização de um novo contrato social em que sejam incluídas as gerações futuras, ou seja, um contrato em que o principal valor é a sobrevivência da espécie humana, que carrega ponto de vista universal e não individual das pessoas que vivem nessa geração (BOZZA, 2015, p. 154).

Para Hassemer e Muñoz Conde a concepção dualista é insatisfatória, entretanto, possui a vantagem de não ser necessário encontrar um conceito comum ligado a ambas espécies de bem jurídico. (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 107) Ao não identificar um substrato comum entre bens jurídicos, individual e coletivo, também aponta funções diferentes (COSTA, 2010, p. 19). Nesse modo de pensar, o bem jurídico coletivo exerce outras funções, vinculadas à ampliação da tutela penal, deixando de exercer um caráter crítico para o legislador, o que contribui com a expansão criminal.

Já a concepção monista não reconhece duas possibilidades de fundamento. O alicerce da proteção penal está na pessoa ou na coletividade. Definindo o fundamento, ambas as modalidades de bem jurídico são funcionalizadas a partir daquele ponto de vista. Por isso, é um modelo mais complexo, em que a visão fundamentadora deve ser aplicada tanto em relação ao bem jurídico individual como ao coletivo, não fazendo diferenciação na forma de teorizar as duas modalidades.

Importante destacar, às teorias monistas não excluem a existência de

bens jurídicos coletivo e individuais, apenas à funcionalização será de forma única. Entre as concepções monistas encontramos duas classificações: o monismo social (ou estadista) e o monismo individual (pessoal). (BOZZA, 2015, p. 150)

O monismo social/estatal tem presente à noção de que todos os bens jurídicos emanam da coletividade, estado ou sociedade. Nesse contexto, os bens individuais são decorrência dos bens jurídicos coletivos, assim, há uma relevância inferior ou igual aos bens individuais (COSTA, 2010, p. 20). Essa forma de conceber os bens jurídicos foge da tradição de reconhecer o direito penal a partir da pessoa humana, considera que os bens individuais são derivados do estado. Tendo em vista que essa teoria não necessita do vínculo à pessoa humana, essa modalidade pode colaborar com a “modernização do direito penal” (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 108), permitindo uma atuação arbitrária, a partir dos interesses estatais.

Por outro lado, temos a concepção monista pessoal de bem jurídico a qual pretende “funcionalizar os interesses gerais pelo ponto de vista da pessoa, deduzindo os bens jurídicos sociais e estatais do indivíduo” (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 109)²⁰. De modo que os interesses coletivos só podem ser legitimados a partir da pessoa, e devem servir para o desenvolvimento do indivíduo. Os bens jurídicos coletivos nessa concepção são decorrentes da sociabilidade do ser humano, tendo o fundamento nas necessidades pessoais (COSTA, 2010, p. 20).

Esse modelo monista individual seguido por Hassemer sustenta que não cabe ao direito penal tutelar todos os problemas que surgem com a modernidade, devendo ser mantida à subsidiariedade, atuando apenas quando há violação de direitos fundamentais da pessoa humana, de forma individual. Para o autor há uma imprecisão do conceito de bem jurídico nas outras concepções, o que acarreta a ineficácia das teorias (HASSEMER, 2016, p. 15). Na análise dos textos produzidos por Hassemer, a concepção monista pessoal de bem jurídico aparece como proposta teórica eficiente, com capacidade crítica para contrapor a carga legislativa do direito penal moderno.

A concepção monista pessoal se dá por meio da tensão existente entre o

²⁰ Tradução livre do Autor, texto original: “(...) funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo”

indivíduo, sociedade e Estado, tendo como opção clara a proteção ao indivíduo em face dos demais. Assim, a proteção de instituições ou funções pelo direito penal só pode ocorrer se for uma condição para a proteção das pessoas (HASSEMER, 2016, p. 18).

Embora possa parecer, a concepção monista pessoal não nega a proteção de bens jurídicos da coletividade e do estado, apenas funcionaliza a sua interpretação a partir da pessoa humana. Nessa perspectiva, três consequências são apontadas por Hassemer na política criminal no âmbito dos bens jurídicos universais, quais sejam: a) *hierarquia de bens jurídicos*; b) *percepção valorativa da sociedade*; e c) *ideologia social e subsidiariedade do direito penal*. (HASSEMER, 2016, p. 19)

a) *Hierarquia de bens jurídicos*: como o bem jurídico universal está localizado distante do indivíduo, sua fundamentação deve ter uma especial legitimação, sujeitando-os a critérios de moderação hierarquicamente superiores e excepcionais (HASSEMER, 2016, p. 19). Ou seja, quanto mais longe está dos interesses humanos, mais cuidadosa deve ser a legitimação da atuação penal, para não perder o vínculo com os bens individuais. Diante dessa hierarquização é possível estabelecer limites, sendo essencial na análise de bens coletivos o respeito aos princípios e garantias clássicas do direito penal, que protegem a pessoa humana. Dessa maneira, o bem jurídico cumpre o seu papel argumentativo descrito por Hassemer.

b) *percepção valorativa da sociedade*: os bens jurídicos não podem ser percebidos apenas em uma análise teórica, é necessária a verificação de que aquele valor é reconhecido pelo meio social. Sendo desenvolvida, a partir de três fatores: frequência de lesão; o grau de necessidade do bem jurídico; e, a intensidade da ameaça compreendida pela sociedade. Nessa dimensão, bens jurídicos universais estão fortalecidos (meio ambiente, economia, saúde pública e etc), pois são bens valorizados pela sociedade, até mesmo porque sofrem a influência dos meios de comunicação. Embora estabeleça limites ao legislador, a teoria pessoal não nega a atuação do direito penal nesses campos, apenas especifica que os bens jurídicos universais devem possuir referência com os interesses da pessoa humana (HASSEMER, 2016, p. 20).

c) *ideologia social*²¹ e *subsidiariedade do direito penal*: se refere ao enriquecimento do discurso político criminal, de duas formas: em primeiro lugar, demonstrando a necessidade de proteção penal de bens jurídicos, desde que fundamentado no tradicional princípio da subsidiariedade; em segundo, evitando que ideologizações relacionadas aos bens jurídicos universais, puramente morais, sejam protegidos pelo direito penal, como a sexualidade e religião (HASSEMER, 2016, p. 21). Nesse sentido:

Uma teoria pessoal do bem jurídico é mais cética. Do seu arsenal teórico faz parte o questionamento crítico no sentido de se e de que maneira a proteção jurídico-penal poderia realmente assegurar interesses do ser humano. Somente uma teoria pessoal do bem jurídico exigirá uma verificação prévia rigorosa a respeito da criminalização de uma conduta, no caso de bens jurídicos coletivos. (HASSEMER, 2016, p. 21)

Dessa forma, diferentemente das teorias dualistas, a concepção pessoal de bem jurídico possui um parâmetro único na análise tanto dos bens individuais como coletivos: a pessoa humana. Mesmo os bens jurídicos coletivos ou estatais não retiram a natureza estritamente pessoal desses bens (TAVARES, 2000, p. 182). Dessa forma, um interesse fiscal do estado até poderá ser convertido em bem jurídico, entretanto, “não simplesmente, por causa do poder público, mas como condição de sobrevivência ou melhor padrão de vida da pessoa humana” (TAVARES, 2000, p. 182).

Somente uma concepção pessoal de bem jurídico penal pode ser legítima num estado democrático de direito pautado pela liberdade, garantias individuais e dignidade da pessoa humana. Conforme Helena Regina da Costa (2010, p. 21) “Num estado Democrático de direito que tem na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos, não pode prevalecer uma orientação que relega a segundo plano valores da pessoa humana”.

Essa concepção pode e deve ser aplicada também em relação à proteção penal do meio ambiente, em especial, para tomar uma concepção crítica na verificação do direito penal como instrumento de salvaguarda. Por conta disso,

²¹ É difícil trabalhar com termo ideologia, pois pode se tornar uma fórmula vazia, arbitrariamente manejável. Para Marx o conceito de ideologia é a expressão necessária dos dados econômicos e políticos, que são produzidos socialmente. Em razão disso, muda historicamente, mas sua função é sempre a mesma: estabilização das relações políticas e econômicas determinantes, e o fechamento frente as ideias que podem romper com essas relações, tudo em favor da manutenção do *status quo* (BASOCO, 1995, p. 12). A partir dessa definição, a proposta de Hassemer busca evitar a ideologização do direito penal.

indaga-se como deve ser entendido o meio ambiente como bem jurídico penal, dentro de uma concepção monista pessoal.

Para entender essa questão a doutrina costuma abordar a discussão filosófica entre a concepção ecocêntrica e antropocêntrica, a qual influenciaria na análise do meio ambiente como bem jurídico tutelável pelo direito penal.

O modelo ecocêntrico parte do pressuposto de que a natureza tem valor intrínseco, independentemente de sua utilidade ou importância ao ser humano, mais do que isso, o ecocentrismo visa conferir igual valor ético entre o ser humano e os demais elementos da natureza. No entanto, essa visão é incompatível com a própria noção de direito, que é produzido e aplicado ao ser humano, por isso, não há como fundar o direito a partir de uma ética que não seja humana (COSTA, 2010, p. 25).

Na visão antropocêntrica a proteção jurídica está atrelada a bens jurídicos individuais, como a vida e a saúde do homem (MACHADO, 2008. , p. 149). Nessa forma de pensar, o meio ambiente é visto apenas pelo viés da utilidade, só importa ao ser humano se útil e não possui valor em si, ao ponto de não se reconhecer-lhe autonomia como bem jurídico (RIEGER, 2011, p. 39). Numa concepção antropocêntrica clássica, mais do que o critério da utilidade, o meio ambiente é visto como mero objeto, “o homem, medida de todas as coisas, instala-se no centro do Universo, apropria-se dele e prepara-se para o transformar” (OST, 1995, p. 53).

Essa discussão que envolve as duas concepções filosóficas transcorre das crises de vínculo e limites: “Crise do Vínculo: já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza; crise do limite: já não conseguimos discernir o que deles nos distingue” (OST, 1995, p. 9). Podendo-se utilizar dessa compreensão de Ost para reconhecer os problemas inerentes a adoção de teorias puramente ecocêntricas ou antropocêntricas.

A análise dessas concepções para o direito não se esgota nessas poucas linhas, havendo uma série de obras sobre o tema²². Esses conceitos dão embasamento indispensável para verificar o modelo a ser adotado pelo direito penal ambiental, o qual não se encaixa dentro dessas concepções.

Na discussão penal, considera-se que o bem jurídico deve estar atrelado

²² Sobre a análise social dessas concepções (ALMINO, 2004), (OST, 1995), (LEFF, 2009), entre outros.

a uma concepção monista pessoal, logo, tanto a análise de bens individuais ou coletivos deve ter substrato na pessoa humana, visando proteger valores para o desenvolvimento pessoal do indivíduo. Dessa análise, pode-se pensar que o modelo adotado é antropocêntrico.

No entanto, a concepção pessoal de bem jurídico permite à proteção de interesses coletivos de forma autônoma. Assim, a teoria pessoal do bem jurídico não pode ser considerada antropocêntrica, pois, embora o interesse parta do ser humano, sua proteção se realiza de forma autônoma. Nesse sentido:

O meio ambiente pode ser tutelado como bem jurídico autônomo, isto é, como um bem jurídico diverso da saúde, vida ou integridade física. Essa autonomia não significa, entretanto, que o meio ambiente possa ser concebido de maneira independente à pessoa, já que nenhum bem jurídico pode prescindir da relação com o humano. (COSTA, 2010)

Nesse sentido, mesmo sendo reconhecida a autonomia do meio ambiente como um bem jurídico de interesse penal, não poderá ser abstraída sua relação com o humano. Guilherme Gouvêa Figueiredo (2008, p.176) chama essa forma de pensar como *antropocentrismo moderado*. Um modelo que pretende vincular a proteção de bens jurídicos supra-individuais com uma dimensão pessoal, e na qual o meio ambiente é objeto de tutela de forma autônoma, por ser um valor indispensável ao ser humano. Com isso, não é necessário vincular diretamente a outros bens jurídicos individuais, como a saúde e a vida das pessoas.

Fábio Roberto D'Ávila, aponta o quanto é importante o reconhecimento desta concepção para a ciência penal ambiental:

Admitir nos quadros da ciência penal o meio ambiente, em sua inúmeras projeções, enquanto objeto de tutela dotado não só de autonomia, mas também de uma dimensão verdadeiramente ecológica (embora não exclusivamente ecológica, o que é próprio das concepções mistas) não é, pois, uma tímida e concessa fratura "local", mas uma importante abertura de toda a ordem de valoração jurídico-criminal a novas fontes de informação axiológicas e, portanto, também, assim, a um novo horizonte compreensivo. (D'AVILA, 2010, p. 16)

Nessa esfera, concorda-se com José Danilo Lobato quando afirma que "não se deve concordar com as posições rígidas, tanto em favor do antropocentrismo quanto do ecocentrismo" (LOBATO, 2012, p. 73), o fundamental é impedir que o ser humano seja considerado mero instrumento na tentativa de uma tutela penal do meio ambiente, deve-se estabelecer uma relação entre

homem e ambiente (LOBATO, 2012, p. 73).

Na análise da legitimidade de um tipo penal “quanto mais distante do indivíduo, mais difícil se torna sua legitimação” (COSTA, 2010, p. 26). Dessa forma para que o meio ambiente seja “protegível” pelo direito penal é imprescindível o vínculo com o indivíduo. Em que o modo mais adequado de conceber a tutela do ambiente é “como um bem jurídico supra-individual que deve estar necessariamente a serviço da humanidade” (LOBATO, 2012, p. 74).

O meio ambiente pode ser concebido como um bem jurídico autônomo em relação aos bens jurídicos individuais. Entretanto, a tutela penal ambiental deve ter contato com o núcleo problemático e legitimador do bem jurídico, ou seja, “a acção deve possuir um conteúdo mínimo de lesividade material em relação ao bem jurídico; quando não ela deve ser considerada atípica” (FIGUEIREDO, 2008, p. 162).

Dessa formatação surge um problema, o conceito de meio ambiente é muito abstrato, quando deveria ser concretizável na tipificação de uma conduta e na análise de um caso real (COSTA, 2010, p. 28). O termo meio ambiente que se utiliza dentro do sistema penal brasileiro pode se referir ao natural, artificial e o cultural²³.

Entretanto, diante da adoção do modelo pessoal de bem jurídico, haverá um problema em relação aos bens jurídicos ambientais na esfera penal, que estejam vinculados ao viés patrimonial (meio ambiente artificial) e cultural. Ambas hipóteses não têm referência direta com o ser humano, e não poderiam ser considerados como bem jurídico penal.

Nesse sentido têm-se entendido que para o direito penal ambiental o conceito de meio ambiente está vinculado ao natural, mais especificamente, ao conjunto de fatores naturais que configuram o habitat do homem, fauna e flora (PRADO, 2011, p. 109-110). Nesse sentido, “deve-se entender que a tutela penal versa sobre as condições dignas de habitabilidade e qualidade de vida das pessoas humanas no planeta” (LOBATO, 2012).

Em razão da problemática do conceito, Guilherme Gouvêa Figueiredo, mesmo não se declarando antropocentrista, vê que diante da impossibilidade de

²³ Por exemplo, na lei 9605/98 são tipificadas condutas atentatórias ao patrimônio natural (flora e fauna), mas também ao ordenamento urbano, o patrimônio cultural e administração ambiental.

chegar a um conceito claro de ambiente deve-se vinculá-lo a pessoa²⁴:

(...) quando o interesse a tutela não consegue ser minimamente concreto, pelas dificuldades de estabelecer os seus contornos, nada impede que se recorra a uma referência à pessoa, com o intuito de delimitar, qualitativamente, os limites da intervenção penal. Contudo, diga-se já, com rigor, ainda aqui estaríamos diante de bens jurídicos supra-individuais autônomos, e enquanto tais, autonomamente protegidos (FIGUEIREDO, 2008, p. 162-163)

Razões de ordem prática sugerem que no debate penal sempre haja a discussão com fundamento na pessoa humana, não sendo possível dissociar dessa análise uma visão antropocêntrica, mesmo que moderada. Mesmo diante reconhecida a importância do bem jurídico meio ambiente para o desenvolvimento do ser humano, ao ponto de concebê-lo como interesse protegível pelo Direito Penal, não se pode dissociar dessa concepção pessoal, que se aproxima do antropocentrismo moderado.

Para o presente trabalho, como pretende-se estudar as propostas de Hassemer para a tutela penal ambiental, é importante definir que o autor se diz adepto ao modelo antropocêntrico, vinculando o meio ambiente aos bens jurídicos individuais (HASSEMER e CONDE, 1989, p. 110). Entretanto, em escritos posteriores, sua proposta pessoal de bem jurídico não pode ser considerada puramente antropocêntrica, uma vez que permite a tutela do meio ambiente de forma autônoma, apenas funcionalizada na pessoa humana (HASSEMER, 2016, p. 19).

Não obstante, mesmo que seja considerado antropocêntrico, suas propostas estão verdadeiramente preocupadas com questões ambientais. Pode-se dizer que Hassemer age criticamente, insistindo que tutela penal ambiental não é adequada ao meio ambiente. Sua preocupação se transfere para real e efetiva proteção de bens coletivos (BOZZA, 2015, p. 152).

(...) em vez de tentar proteger as gerações futuras por meio de um direito penal ambiental totalmente inoperante, é que se quer o seu afastamento como instrumento de proteção ambiental, deixando a tutela de tão importante bem jurídico a instrumentos de controle social mais eficazes (BOZZA, 2015, p. 152-153)

Pode-se dizer que a verdadeira preocupação nesse debate é com o

²⁴ Essa concepção é adotada por José Danilo Tavares Lobato (2012), Helena Regina Lobo da Costa (2010), Luiz Régis Prado (2011) entre outros.

descaso em relação aos bens jurídicos coletivos, evitando o efeito simbólico da proteção penal. Em razão disso, o Autor é contrário à proteção penal do meio ambiente. E embora, em um primeiro momento essa forma de pensar possa parecer ilógica no contexto de degradação ao meio ambiente, o aprofundamento no tema permite estabelecer uma crítica dentro da própria dogmática sobre a atuação penal ambiental. Assim, o debate sobre a efetividade permite a discussão de novos instrumentos para proteger interesses da sociedade.

Para compreender o entendimento de Hassemer é necessário estudar a relação dialética entre Direito Penal Moderno e o Direito Penal Clássico. Na qual podem ser reconhecidas características do direito penal ambiental, que desnaturam o direito penal clássico e se aproxima de uma moldura²⁵ penal moderna.

2.3. DIREITO PENAL CLÁSSICO E DIREITO PENAL MODERNO: O CHAMAMENTO DE UM OUTRO DIREITO PENAL.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, a análise da teoria de Hassemer é essencial em razão de suas críticas ao modelo de criminalidade contemporâneo, entre elas, a ambiental. Além disso, em razão de que o Autor sugere novos instrumentos, supostamente mais efetivos na tutela das demandas sociais modernas. Em sua concepção o direito penal vem sendo desnaturalizado, perdendo características essenciais para a manutenção do estado democrático de direito, em que a atuação penal deve ser mínima, e em caráter de *ultima ratio*.

A forma encontrada por Hassemer para realizar a crítica às mudanças no direito penal, foi a construção de uma antinomia entre direito penal clássico e direito penal moderno. Por meio dessa construção lógica, o Autor tem como objetivo provocar à reflexão sobre o que cada um desses modelos traz em si. (OLIVEIRA, 2013, p. 29-30).

Para compreender suas percepções é necessário apontar o vínculo institucional do autor com Escola de Ciências Criminais de Frankfurt²⁶, na qual,

²⁵ A nomenclatura “moldura” do direito penal é utilizada por Hassemer, com o objetivo de demonstrar que essas proposições são imagens, uma tentativa de se visualização do modelo penal, que podem ser colocadas em contraste. (HASSEMER, 2007, p. 68-70)

²⁶ Em razão do posicionamento crítico semelhante entre os estudiosos do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, passou-se a denominar “Escola de Frankfurt”. Rótulo não atribuído pelos

juntamente com outros estudiosos são desenvolvidas manifestações contrárias à expansão do direito penal (OLIVEIRA, 2013, p. 25).

A “Escola de Frankfurt” iniciou nos anos setenta, introduzindo ao estudo da dogmática penal uma análise transdisciplinar com ramos vizinhos, como a história, filosofia, psicologia e ciências sociais (HASSEMER, 2003, p. 12). Além dessa característica, a escola tem como norte um modelo direito penal mínimo, conforme Hassemer:

Formam parte de nossas tradições científicas, princípios como o que o direito penal deve considerar a *ultima ratio*, que deve preservar seu caráter fragmentário e que outros âmbitos jurídicos devem ser utilizados conjuntamente com o direito penal para a proteção de bens jurídicos (HASSEMER, 2003, p. 12)²⁷

Em razão dos trabalhos desenvolvidos, a “Escola de Frankfurt” influenciou diversos estudiosos do direito penal, tendo como traço marcante o viés crítico a penalidade moderna, com tendências abolicionistas (OLIVEIRA, 2013, p. 27). Essa menção ao instituto é importante, pois Hassemer faz questão de ressaltar que suas teses são fruto das discussões acadêmicas em seminários coletivos, em especial, os estudos sobre a natureza simbólica do direito penal e a ideia de prevenção geral (HASSEMER, 2003, p. 144)

Hassemer aponta ter sido influenciado filosoficamente pelo fenômeno da “dialética do conhecimento”, descrito Adorno e Horkheimer²⁸. Desse ponto de vista entende que o direito penal na modernidade evoluiu tanto que se tornou anacrônico e contra produtivo (HASSEMER, 2003, p. 145), apontando três teses que são o fio condutor de sua reflexão:

- 1) O direito penal “clássico” tem um centro ideal. A este centro pertencem as tradições democráticas de determinação e da subsidiariedade do direito penal, bem como o crime de dano como forma normal de comportamento delitivo.
- 2) O moderno Direito Penal afasta-se deste centro ideal com uma velocidade crescente
- 3) este desenvolvimento leva o direito penal a problemas específicos (HASSEMER, 2003, p. 146)

Autores, conforme aponta Hassemer (ZAPATERO, NEUMANN e MARTÍN, 2003, p. 11). Entre os autores da chamada escola destacam-se ainda Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Cornelius Prittwitz.

²⁷ Tradução livre do Autor. Texto original: “Forman parte de nuestras tradiciones científicas principios como que el derecho penal debe considerarsela última ratio, que ha de preservar su carácter fragmentario y que otros ámbitos jurídicos deben utilizarse conjuntamente con el derecho penal para la protección de bienes jurídicos”

²⁸ Max Horkheimer e Theodor W. Adorno são filósofos da Escola de Frankfurt, escreveram o livro *Dialektik der Aufklärung* (Dialética do esclarecimento) (ADORNO e HORKHEIMER, 1985.)

Seguindo essas alusões, é necessário salientar que o modelo clássico não é um padrão real que existiu em determinada época. Segundo o próprio autor, o direito penal “Clássico” é uma moldura ideal, a representação do fim a ser buscado. Em razão disso, é importante atentar que essa dicotomia (clássico x moderno) se dá entre moldura ideal e a moldura que vem se desenvolvendo no mundo real (HASSEMER, 2003, p. 146). Tendo como propósito demonstrar o distanciamento entre o direito penal aplicado e os fins buscados pela concepção clássica idealizada.

O modelo penal clássico é vinculado às noções liberais iluministas em que prevalece a lógica kantiana do homem considerado em si mesmo. Os direitos humanos são, portanto, o fundamento dessa concepção, que se atrela ao princípio da anterioridade, tendo como objetivo assegurar a liberdade do cidadão frente ao estado (OLIVEIRA, 2013, p. 34).

Conecta-se ao direito penal clássico a própria concepção do direito positivo, partindo da ideia de contrato social, fundamentado no homem, que renúncia sua liberdade individual para formação do Estado. Em razão disso, o indivíduo deve possuir garantias de que o estado não agirá de forma arbitrária nessa relação vertical. Para Hassemer, ao mesmo tempo em que o direito penal é um meio violento, também serve como instrumento da liberdade civil (HASSEMER, 2003, p. 146-147).

Seguindo a tradição da dogmática penal, o ideal clássico deve respeitar aos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade, ampla defesa, legalidade entre outros. A preocupação do direito penal, dentro de um paradigma clássico é a liberdade do indivíduo, e não proteção de sistemas, instituições ou expectativas (OLIVEIRA, 2013, p. 35). Dentro da lógica de que o cidadão não pode ser mero instrumento à função do estado, mas o contrário, o Estado que é funcionalizado para o cidadão (HASSEMER, 2007, p. 193).

A característica que define o modelo clássico é a *proteção*, tanto de bens jurídicos quanto das liberdades individuais. Em contrapartida, na definição do molde penal moderno, a principal característica é a *prevenção*, a qual é declarada por Hassemer como sendo o pilar de todo o direito penal moderno (HASSEMER, 2014, p. 31).

Embora não se identifique como modelo existente no mundo do ser, a construção clássica seria a proposta ideal para o Estado Democrático de Direitos,

em razão do seu vínculo com os princípios e as tradições do direito penal. Em que a legalidade e a culpabilidade são consideradas, e o ser humano é sempre visto como o fim, não podendo ser instrumento de funções estatais. Nessa concepção, a atuação penal deve ser mínima e em *ultima ratio*, diferente do que se tem notado na sociedade contemporânea, na qual direito penal e a pena são chamados para cumprir “a posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos” (HASSEMER, 2007, p. 83).

A moldura penal moderna, abandona tendências que caracterizam o direito penal desde sua origem, com a finalidade de atender aos interesses do Estado. Encontra-se três exemplos: primeiro, a proteção de bens jurídicos que tinha a função limitadora da atuação estatal, torna-se um conceito positivo de incriminação; segundo, a prevenção que era um objeto limitado da justiça penal, passa a dominar seus interesses, chegando ao extremo de entender que os fins justificam os meios (direito penal do inimigo); e, por terceiro, a orientação pelas consequências nas decisões, que tinha um caráter complementar torna-se um objetivo dominante, acabando com a uniformidade que se espera de sentenças judiciais (HASSEMER, 2007, p. 195-196)

Essa mudança no direito penal se dá por diversas razões: globalização, novos riscos, criminalidade transnacional, direito penal do inimigo, todas relacionadas com uma demanda social de maior proteção. Em razão disso, na transição entre o estado liberal e o estado intervencionista foi se dissolvendo o conceito de bem jurídico, e o direito penal vai sendo usado com a finalidade de organização e prevenção, agindo por meio de tutela antecipada (OLIVEIRA, 2013, p. 40).

Hassemer assinala que o modelo construído na política criminal Alemã das últimas décadas é de criminalização ao invés de descriminalização. Essas mudanças têm ocorrido, não na parte geral dos códigos, mas na parte especial e leis esparsas, com a tipificação de novas condutas e novas cominações de pena. Os novos âmbitos de criminalização são: meio ambiente, economia, drogas, tributos e comércio, setores ligados com chamada criminalidade organizada. Já em relação ao direito processual, ocorrem reformas que visam a facilitação de prisão preventiva e o agravamento dos instrumentos de investigação (HASSEMER, 2003, p. 149-150).

Colaborando com o aumento da criminalização, muda-se o objeto de

proteção, o direito penal que antes protegia bens jurídicos individuais agora atua na proteção de bens jurídicos universais conceituados com a maior vagueza possível (HASSEMER, 2003, p. 150). Uma ferramenta utilizada nesse objetivo é o crime de perigo abstrato, que enfraquece os pressupostos de punibilidade, bastando a comprovação de um comportamento perigoso para a condenação.

Para Hassemer tem-se abandonado os interesses humanos concretos em face da proteção das instituições sociais, tornando o funcionamento do sistema, mais importante que os direitos individuais. Tudo isso, em razão de que bens jurídicos tão vagos que não servem para limitar a política-criminal (HASSEMER, 2016, p. 15).

No modelo de criminalidade moderna o objetivo é a prevenção, o direito penal não atua como resposta à conduta lesiva ou concretamente perigosa ao bem jurídico, mas tenta dominar o futuro (HASSEMER, 2003, p. 152). Em completa dissonância com a tradição doutrinária, é utilizado como instrumento incentivador de mudanças sociais, substituindo a ética e a pedagogia (OLIVEIRA, 2013, p. 48). Há uma mudança até mesmo na posição do direito penal no controle social, “não vige mais como *ultima ratio*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*” (HASSEMER, 2008, p. 13)

Entretanto, as concepções do Autor não visam meramente limitar a atuação penal diante da adoção da moldura clássica liberal. Segundo ele, existem consequências nefastas que acompanham o direito penal moderno, que relacionam diversos déficits de execução:

- uma enorme parte dos processos ficam parados (*steckenbleiden*) já na fase da investigação;
- juízes criminais não preenchem muito as condições de punição;
- os campos obscuros são extraordinariamente amplos;
- as pessoas “erradas” vem à luz do Direito Penal e as “corretas” permanecem ocultas (HASSEMER, 2003, p. 152)

Os déficits que acompanham a moldura penal moderna evidenciam o seu papel simbólico. Nessa mistura entre necessidade de proteção e falta de eficácia, demonstra-se o engano de achar que o direito penal resolverá todos problemas. O que em curto prazo é um alívio, mas se torna devastador à longo prazo (HASSEMER, 2007, p. 202).

A análise do efeito penal simbólico será objeto de estudo em momento oportuno. Nesse tópico, é importante perceber que o efeito simbólico é próprio do

direito penal moderno, e para Hassemer é compreendido como o predomínio de funções ocultas sobre as funções declaradas no direito penal, assim, os objetivos da lei nunca serão realizados. Mais do que isso, os objetivos declarados não devem ser realizados (HASSEMER, 1995, p. 30).

A crítica de Hassemer não é em face dos novos bens jurídicos, mas dos efeitos que esse modelo penal moderno traz consigo. A censura de Hassemer é:

Contra uma complementação cega de nossos instrumentos de solução de conflitos por meio de medidas penais, somente porque elas são, comparativamente falando, baratas, e no caso individual, atacam agudamente e prometem efetividade em face do problema global. Eu defendo a ponderação e disponibilidade para a crítica. Então restará exemplarmente demonstrado que as medidas penais não servem tão bem para a preservação do perigo, como nós realmente precisamos(...) (HASSEMER, 2007, p. 96)

Embora, Hassemer sofra críticas em relação ao modelo clássico, os apontamentos sobre as consequências do direito penal moderno são aceitos pelos seus críticos. Por exemplo, Shunemann, concorda que o legislador tem utilizado arbitrariamente crimes de perigo abstrato, quando deveria usar do modelo de crime de lesão (OLIVEIRA, 2013, p. 48).

Além de Hassemer, outros autores analisam o fenômeno do direito penal moderno. Entre eles destaca-se Silva Sánchez que batiza o crescimento criminal das últimas décadas como “Expansão do Direito Penal”. Assim como Hassemer, Silva Sánchez preocupa-se com a moldura que o direito penal vem tomando.

2.4. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE MODERNA: A ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE.

Conforme salientado anteriormente, Silva Sánchez também analisa o direito penal contemporâneo. Suas constatações se assemelham as de Hassemer ao encontrar problemas comparáveis com a definição de Direito Penal Moderno. Entretanto, os autores divergem em relação as propostas de solução.

A pesquisa de Silva Sánchez é bem mais densa que as apreciações de Hassemer. O autor busca encontrar os motivos sociais da expansão penal, e como estão sendo tutelados os novos bens jurídicos. Aponta três possíveis causas da expansão penal: a primeira causa é a existência de novas realidades,

como novos modelos de instituições econômicas; a segunda é a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como o meio ambiente por exemplo; e, a terceira causa é a o reconhecimento de novos valores em razão da evolução cultural e social, como exemplo o patrimônio histórico e artístico. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 33-34)

Próximo dessas três causas, o autor cita o modelo de “sociedade de risco” descrito por Ulrich Beck, como fenômeno que poderia caracterizar o mundo atual (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 39-40). Associado aos riscos, o autor aponta a existência de uma sensação de insegurança, que além de não corresponder com a realidade, é aumentada pelos meios de comunicação. O estado e o direito penal aparecem como resposta para resolver o problema da segurança, a missão de gerar um consenso e reforçar a comunidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 47-52).

Silva Sánchez faz uma intensa análise a respeito do modelo criminal da modernidade, descrevendo uma série de elementos sociais e políticos que levaram ao fenômeno da expansão penal. Nesse tópico analisaremos duas modificações, relacionadas aos novos instrumentos, em especial, a utilização dos crimes de perigo abstrato e o fenômeno da acessoriedade administrativa.

Nesse contexto, o direito penal que agia *a posteriori*, diante de uma lesão ao bem jurídico individual, se converte em um direito de gestão punitiva de riscos, aproximando-se das funções do direito administrativo. Fenômeno reconhecido como direito penal “administrativizado” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 148). Essa expressão foi criada por Mir Puig de maneira crítica, ao apontar a tendência moderna, em suas palavras:

(...) tendência que possui todo Estado Social ao hipertrofiar o Direito Penal através de uma administrativização de seu conteúdo de tutela, que se produz quando se prima em exceso pelo ponto de vista de ordem coletiva (MIR PUIG, 1994, p. 165)²⁹

Esse modelo administrativizado ocorre em decorrência da falta de critérios no momento da produção legislativa penal, em especial, por não haver o discernimento entre o que é matéria criminal e o que constitui matéria administrativa. O direito penal está assumindo matérias que poderiam ser resolvidas no direito administrativo (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2007, p.

²⁹ Tradução livre do Autor, texto original: “*tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo*”

445)

Para Silva Sánchez, enquanto o ramo penal persegue a proteção de bens jurídicos concretos, o direito administrativo objetiva à ordem, não seguindo critérios de lesividade, analisando o sistema como um todo (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 150). Diante disso, é próprio do modelo administrativo as infrações de acumulação (*kumulationsdelikte*) em que o indivíduo é responsabilizado em razão do contexto, ainda que sua conduta individual não afete bens jurídicos, a acumulação daquele ato, por diversos indivíduos, poderá trazer consequências lesivas (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 157-158).

Essa lógica de crime de acumulação, de um direito penal administrativizado é utilizada em diversos países. Entre outros, há dois instrumentos que se destacam na expansão e administrativização do direito penal na modernidade, são: os crimes de perigo abstrato e a acessoriedade administrativa do direito penal.

O crime de perigo abstrato se caracteriza como um modelo de antecipação de tutela que, diferente do modelo de perigo concreto, não necessita da análise da exposição de perigo praticado pela conduta. É uma noção normativa, em que a análise da probabilidade de dano ao bem jurídico é feita *ex ante*, pelo legislador no momento da incriminação de uma conduta. (D'AVILA, 2007, p. 37)

A utilização do crime de perigo abstrato busca trazer maior eficácia diante da antecipação da tutela penal. Assim, no cometimento da conduta típica, independentemente, de resultado ou perigo haverá punição, pois, a conduta é previamente considerada perigosa (PRADO, 2011, p. 120).

Essa modalidade de crime não está preocupada com a ofensa ao bem jurídico ou à conduta individual do agente, em razão disso é muito criticada. Esse modelo de criminalização colabora com a ideia de um direito penal administrativizado. Os crimes de perigo abstrato são utilizados para ampliar a capacidade de tutela penal. Essa é a figura delitiva da modernidade, os crimes de dano ou de perigo concreto parecem estar ultrapassados (HASSEMER, 2003, p. 150).

Embora muito utilizados, os crimes de perigo abstrato ainda não estão amplamente legitimados pela doutrina penal como ferramenta da atuação penal. A lógica de eficiência no crime de perigo abstrato é contraditória às pretensões

penais, que não podem ser pautadas por termos utilitários (COSTA, 2010, p. 51).

Na esfera penal ambiental brasileira, a lei 9605/98 utilizou em diversos tipos essa modalidade de perigo abstrato, em alguns casos descrevendo condutas que não ofendem a qualquer bem jurídico. Esse é um problema reconhecido até mesmo pelos autores do direito ambiental, que não apresentam o viés crítico penal, como por exemplo Édis Milaré, que afirma:

O direito penal tutelar do ambiente não pode furtar-se a essa realidade e pretender constituir-se um fim em si mesmo. Criticando o caráter altamente criminalizador da Lei 9605/1998 que, contrariando os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância, guindou à categoria de crime uma grande quantidade de condutas que não deveriam ser consideradas mais do que simples infrações administrativas ou contravenções penais (MILARÉ, 2011, p. 1278)

A problemática dos crimes de perigo abstrato pode ser percebida no crime descrito no art. 51 da lei 9605/9830, uma vez que o ilícito pode ser praticado por meio do comércio de motosserra. Nessa hipótese, a ação de comercializar é considerada perigosa na forma abstrata, mesmo que não haja risco direto ao bem jurídico meio ambiente na venda de motosserras. A imputação está condicionada à ausência de licença ambiental, ou seja, o ilícito aqui não é conduta descrita no tipo, mas a falta de autorização administrativa³¹. Dessa forma, o perigo abstrato foi utilizado para tipificar uma conduta que não é lesiva em si, até mesmo porque se houver licença não há crime. O direito penal, nesse contexto, atua como complemento da atividade administrativa estatal, configurando a “acessoriedade administrativa”.

Conforme salientado, outra circunstância recorrente num sistema penal em expansão é a “acessoriedade administrativa”. Tal expressão tem sido utilizada para referir-se à complementação de tipos penais por meio da utilização de conceitos, normas ou atos vinculados à administração (COSTA, 2010, p. 66-67). Pode-se identificar três formas de acessoriedade: conceitual, normativa e de ato.

Acessoriedade conceitual: ocorre quando um elemento do tipo penal faz

³⁰ 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 três meses a um ano, e multa.

³¹ Essa situação acontece em vários tipos penais, por exemplo: 1) Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa; 2) 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; 3) 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:

referência à conceitos do direito administrativo, preenchendo elementos pré-determinados na esfera penal (COSTA, 2010, p. 72). É a importação de conceitos do outro ramo, como exemplo o conceito de licença ambiental.

Acessoriedade normativa: ocorre quando um tipo penal faz remissão a normas do direito administrativo, são as normas penais em branco. Um exemplo é o art. 56 da lei 9605/98³². Para parte da doutrina as normas penais em branco infringem o princípio da reserva legal próprio do Direito Penal, “na medida em que retira do legislador penal o poder de determinar os limites da atuação proibida, deixando-o a cargo da administração pública” (FIGUEIREDO, 2008, p. 198).

Acessoriedade por atos normativos: ocorre quando o tipo penal se remete a uma autorização, licença ou outros atos administrativos. Nesse caso a conduta descrita no tipo, não está interessada no bem jurídico, mas no desrespeito à administração (COSTA, 2010, p. 75). Essas normas penais são acessórias da atividade administrativa do estado, atuam em uma fase avançada da interação entre administração e administrados, sendo a função administrativa a base para a norma e não o bem jurídico (BARATTA, 1995, p. 43).

Na esfera ambiental, é comum a utilização de atos administrativos, são licenças, permissões, proibições, condições e entre outros. Diante disso, o direito penal está limitado em sua atuação pela esfera administrativa. Em contrapartida um Réu pode estar respondendo, por ato discricionário da administração pública ao não conceder uma licença, o que reduz a previsibilidade e a segurança jurídica penal (COSTA, 2010, p. 76). Essa forma de agir no direito penal, além de submeter o sistema a insegurança jurídica, permite que dentro do direito administrativo haja limitação do direito penal, o que pode servir aos interesses de grandes poluidores. Conforme apontado por Guilherme Figueiredo:

Isso se constata quando a administração atua informalmente em vez de emitir os correspondentes atos administrativos necessários ou quando, emitindo-os, não apresentam pontos de referência idôneos para o direito penal. A consequência de tudo isso é a não aplicação das normas penais em casos em que, à obviedade, a sanção deveria ser imposta. Ainda mais, identifica-se por parte dos órgãos administrativos um “poder de seleção”, muitas vezes não muito criterioso, que leva o poder administrativo a fiscalizar casos sem muita gravidade, enquanto as

³² 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.

condutas efetivamente prejudiciais ao equilíbrio ambiental acabam por ser toleradas (...) (FIGUEIREDO, 2008, p. 209)

Entretanto, a inexistência de preparo e recursos financeiros na esfera administrativa, não pode servir como justificativa para transferir a tutela do meio ambiente para o direito penal. Essa inflação penal não garante maior proteção, pelo contrário leva o sistema penal a cumprir funções meramente simbólicas e negativas (PRADO, 2011, p. 184).

Do estudo realizado, identifica-se o caráter limitador da noção de bem jurídico, que dentro de um modelo pessoal deve ser funcionalizado a partir da pessoa humana, ainda que na análise do meio ambiente. Essa noção é fundamental para a discussão do tema relacionado a tutela penal ambiental, que em razão da importância do bem jurídico meio ambiente pode ser considerado como interesse a ser protegido pelo direito penal.

No entanto, a partir da noção pessoal de bem jurídico, e o reconhecimento de que o direito penal apresenta uma moldura clássica, dentro de um estado democrático de direito não se pode abstrair garantias e princípios penais, ainda que se busque a proteção de interesses coletivos.

Ocorre que o direito penal ambiental na prática tem se identificado com a moldura penal moderna, preocupada com a prevenção, funcionalizando o indivíduo para atender os interesses estatais, distanciando-se da teoria dos bens jurídicos e da compreensão ideal de direito penal clássico. Tal circunstância se identifica na chamada administravização do direito penal, que na lei 9605/98 pode ser verificada pela utilização de crimes de perigo abstrato e da acessoriedade administrativa, em que mais do que tutelar bens jurídicos ambientais tem protegido funções administrativas.

Não obstante, a falta de legitimidade que o sistema penal ambiental apresenta em relação as teorias clássicas, é importante o reconhecimento de que mesmo com a utilização de novas ferramentas de incriminação, o direito penal foi construído com objetivos diversos dos atribuídos pelo molde penal moderno, o que, acaba evidenciando à incapacidade penal de alcançar a segurança prometida.

3. SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL: O FENÔMENO DA IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA E O MODELO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

O objetivo deste capítulo é compreender a teoria social do risco, e as influências que reforçam a discussão sobre o direito penal contemporâneo. Dentro de uma sociedade de risco o direito deve atuar para dar segurança, o que influencia na antecipação de tutela penal. Essa busca por segurança não é real, por vezes, é convertida em mera segurança normativa. Após a análise dos fundamentos da teoria de risco, pretende-se ao final do capítulo estudar o fenômeno da irresponsabilidade organizada, e a relação com o direito penal ambiental simbólico.

Com o referencial teórico utilizado e a relação entre direito penal simbólico e sociedade de risco, busca-se aproximar a criminalidade ambiental com o fenômeno da irresponsabilidade organizada, em que o direito penal estaria cumprido papel simbólico e contraprodutivo em relação a proteção ambiental.

3.1 CONTEXTUALIZANDO A SOCIEDADE DO RISCO: MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA E OS RISCOS;

A utilização dos riscos como elemento central na análise social foi realizada por Beck no Livro “Sociedade de Risco”³³. Para o Autor o desenvolvimento da sociedade moderna por meio do conhecimento técnico-científico originou certa prosperidade, mas foi responsável, concomitantemente, pela produção de novos riscos. Dessa forma, o processo de modernização converte-se, em si mesmo, em um problema (BECK, 2010, p. 24).

É importante salientar que se trata de um modelo ideal, Beck não aponta como sendo o modelo de uma determinada sociedade verificável dentro de um contexto histórico, ou um local identificável como sendo sociedade de risco³⁴. Por

³³ A primeira edição de *Risikogesellschaft*, Título em Alemão foi publicada em 1986 na Alemanha, logo após a catástrofe de Chernobyl.

³⁴ O próprio Autor, no prefácio de seu livro aponta que “os argumentos aqui apresentados não são necessariamente representativos, como exigiriam as regras de pesquisa social empírica” (BECK, 2010., p. 11). Em sua descrição sobre a obra aponta que sua teoria social é prospectiva e empiricamente orientada, se apoia em uma análise ocular da mudança da sociedade industrial e sua continuidade moderna está surgindo uma nova configuração social (BECK, 2010., p. 12-13)

isso, não há como identificar todas, mas muitas das características apontadas por Beck na sociedade de risco, se assemelham à contemporaneidade. Isso possibilita um debate profícuo entre direito e sociedade de risco.

Em sua teoria, Beck desenvolve cinco *teses* para o desenvolvimento do modelo de Sociedade de Risco. São elas: (a) *Riscos*: fenômeno próprio do estágio mais avançado do desenvolvimento, como radioatividade, toxinas e poluentes presentes no ar, água e nos alimentos cujos efeitos são irreversíveis, invisíveis. Estão abertos a processo sociais de definição, por meio do conhecimento (científico ou anticientífico) que se tenham deles, podendo ser alterados, ampliados ou diminuídos nesse âmbito; (b) *Situações sociais de ameaça*: a distribuição do incremento dos riscos surgem diferentemente da desigualdade sociais, os riscos tem efeito *bumerangue*, e mais cedo ou mais tarde nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles; (c) *Mercantilização dos Riscos*: a expansão dos riscos de forma alguma rompe com a lógica capitalista de desenvolvimento. Os Riscos da modernização são *big business*, um barril de necessidades sem fundo, que torna a economia autorreferencial ou autopoietica; (d) *Conhecimento dos Riscos*: é a consciência que determina a existência do risco, logo o risco é atribuído, tendo o conhecimento nova relevância política; (e) *Potencial Político Das Catástrofes*: os riscos passam a envolver a política, partir das disputas definitórias em torno dos riscos, sua prevenção e gestão envolvem uma reorganização do poder e da responsabilidade. Nesse contexto, o “estado de exceção ameaça converter-se em normalidade” (BECK, 2010, p. 28).

Essas teses representam os pilares centrais da teoria de Beck, que estão presentes em toda sua obra, por vezes, são autocriticadas pelo autor, mas sempre, analisadas dentro do contexto de reflexividade da sociedade de risco (SILVEIRA, 2015, p.1923). Nesse cenário, as cinco teses são desenvolvidas dentro da *modernidade reflexiva*, conceito fundamental para a compreensão dessa teoria.

Para conceituar modernidade reflexiva, deve-se compreender que os riscos são criados na primeira modernidade (industrial), que é caracterizada pela razão técnico-cientificista. Dentro dessa racionalidade preponderante, quanto mais o homem se apropria do conhecimento científico, mais do mundo ele passa a conhecer, possibilitando controlá-lo e direcioná-lo aos seus propósitos, através de sua aplicação técnica. Entretanto, com o desenvolver da história se evidencia a complexidade, uma vez que incertezas foram fabricadas pelo progresso material

possibilitado pela ciência (BECK, GIDDENS e LASH, 1997, p. 219).

A evolução da tecnociência sem medidas trouxe consigo problemas sociais, econômicos e ambientais. A relação perniciosa entre a ciência (tecnicista) e o modelo de sociedade industrial moderna, apresenta efeitos nefastos, que podem ser verificados na segunda fase da modernidade, pós-industrial, chamada de sociedade de risco, dentro da modernidade reflexiva. Assim, sociedade de risco não é vista como um fenômeno pós-moderno, ao contrário, está identificada com a segunda fase da modernidade, mais radical e superdesenvolvida (modernidade reflexiva). Representa a autodestruição da modernidade industrial, que ocorre de forma automática e sem revoluções, segundo Beck:

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial. (BECK, 1997, p. 16)

Durante o avanço da modernidade se reconhecem os efeitos da modernização, numa situação paradoxal em que o mesmo conhecimento que produz as ameaças, desenvolve-se e as reconhece, passando a questionar as suas próprias bases, em um movimento de *reflexividade* e *reflexão*.³⁵ Em um primeiro momento, não há o conhecimento da origem dos riscos, mas apenas a percepção deles, o que configura a *reflexividade* dos riscos. O segundo estágio é o da *reflexão* a partir da consciência de que riscos são originados na atividade humana, buscando-se meios para evitá-los o que caracteriza a chamada modernidade reflexiva (BECK, 1997, p. 15-16).

Na modernidade reflexiva, o anonimato dos riscos chega ao fim, os danos e a destruição da natureza saem da esfera do inverificável, saltando aos olhos humanos. Diante da evidência dos riscos, sua percepção pública é aberta, mas segundo Beck não fica claro se são os riscos que se acentuaram, ou o se é o olhar sobre eles que se aguçou (BECK, 2010, p. 66-67).

Com o reconhecimento dos riscos, coloca-se em cheque o ideal técnico-científico da sociedade industrial, pois seus instrumentos de controle já não são

³⁵ Beck faz um jogo de palavras utilizando a palavra “reflexão” como representante da ideia de consciência e percepção do problema. Já o termo “reflexividade” está atribuindo o sentido de efeito reflexo ou bumerangue, ou seja, os riscos como um efeito reflexo da modernidade industrial. (BECK, 1997, p. 16-19)

capazes de garantir a segurança desejada. Pode se dizer, que este é o paradoxo da sociedade de risco, ao reconhecer que o progresso industrial não averiguou seus efeitos, sendo responsável pela produção de novos riscos. Da mesma forma, as instituições de controle não foram capazes de dominar a criação e a expansão dos riscos. Como aponta Morato Leite (2008, p. 132), chegou-se a um momento de desenvolvimento tão avançado e complexo, que faltam instrumentos para disciplinar os novos riscos.

Nessa conjuntura, o controle e a distribuição dos riscos viram pautas políticas constantes, buscam-se novos mecanismos preventivos. A discussão tecnológica-científica torna-se um problema coletivo, acabando, de certo modo, com a tecnocracia³⁶ vigente. Temas atinentes aos riscos que ficavam nas discussões de âmbito científico, passam a ser questionadas em debates público, como pauta política constante (BECK, 2002, p. 92). Por conseguinte, fica claro, na visão de Beck, que os efeitos colaterais (riscos) estão se tornando à máquina da mudança na história social (BECK, GIDDENS e LASH, 1997, p. 215).

O que motiva Beck a utilização da nomenclatura “risco” é o fato de ser um perigo conhecido, de ocorrência previsível, e também, calculável num primeiro momento (GOLDBLATT, 1998, p. 231). Difere da noção de perigo, que é visto como resultado do acaso e da natureza. O risco identifica-se com o próprio desenvolvimento da modernidade, em que as ameaças são compreendidas como fenômenos ligados a atividade humana (LEITE e AYALA, 2004, p. 13). Essa diferença terminológica não será tão rígida nesse trabalho. Mas serve para o reconhecimento de que os riscos citados por Beck advêm do agir humano, entretanto, a própria sociedade colabora nas definições sobre o risco, e nas formas de controle e responsabilização em caso de sua ocorrência.

Conforme a divisão feita por Acosta (2005, p. 22), existem dois pontos de observação que utilizam o conceito de construção social de risco: a) uma culturalista, relacionada com a percepção dos riscos pelos grupos sociais; e b) e outra socioeconômica que analisa a origem das situações de vulnerabilidade, que aumentam os riscos. Para a Autora ambas concepções não são excludentes, mas complementários na análise dos riscos.

Avaliando essa classificação Silveira (2015, p. 1924) adverte que “se a

³⁶ Entende-se como tecnocracia o estado fundado na supremacia do conhecimento técnico.

percepção de riscos é dada culturalmente, os riscos são construídos porque resultantes de determinados condicionantes históricos e espaciais, também em processos não mediados por um caráter reflexivo”. Em razão disso, sugere que o desenvolvimento desses estudos sociais deve estabelecer enfoque integrador que conjugue ambas abordagens.

A teoria da sociedade de riscos de Beck não desenvolve esse papel, uma vez que não enfrenta as origens da desigualdade na distribuição dos riscos, bem como, da produção de vulnerabilidades. Esse é um limite da teoria da sociedade de risco, que mesmo ajudando na compreensão dos problemas sociais a partir da modernidade reflexiva, não avança na captação das origens e das vulnerabilidades relacionadas aos problemas sociais que busca enfrentar. Conforme Silveira:

O problema da reflexividade fixa os parâmetros de toda investigação e condiciona seu enfoque. De resto, ao conceituar precocemente a sociedade de risco por oposição à sociedade de classes, Beck desfaz o diálogo com importantes tradições teóricas cujas ferramentas conceituais poderiam aprimorar seus diagnósticos sobre a sociedade contemporânea. Sustenta-se que a teoria da sociedade de risco apresenta limitações a esse respeito, as quais aparecerão com notável clareza em temas como a segregação e os conflitos sociais urbanos, onde é fundamental perscrutar os processos situados na origem das mazelas que vão explicar o advento dos movimentos sociais contestatórios. (SILVEIRA, 2015, p. 1924)

Guivant (1998, p. 23) aponta que Beck e Giddens coincidem em suas análises, ao definir que os riscos não podem ser quantificados apenas por meios técnicos, são necessárias abordagens culturalistas que levem em conta as definições sociais, culturais e políticas, que envolvem os interesses de empresas e setores das indústrias. Por isso, questões em torno dos riscos estão sempre impregnadas de valores, ao ponto dos peritos perderem seu papel específico na definição de riscos.

Nesse contexto, ainda que limitada sua análise sobre as origens das vulnerabilidades, Beck tem importantes críticas às *relações de definição dos riscos*. Segundo o autor, representam aquilo que as relações de produção representavam para Marx na análise da sociedade capitalista. Tratam-se de relações de poder em ambos os casos. Que dentro da sociedade de risco determinam o reconhecimento dos riscos, são a matriz jurídica, epistemológica e cultural de poder na qual a política do risco se organiza (BECK, 2015, p. s/n).

As relações de poder da definição dos riscos estão relacionadas com uma

série de questões cujas respostas levam a problematização das ideologias e interesses responsáveis pela definição dos riscos, que influencia também, na escolha dos instrumentos de controle. Segundo Beck (2015) tanto a relação de definição de riscos quanto a relação de produção (Marx) têm em comum o fato de serem formas de dominação, uma vez que as normas institucionalizadas abrem a determinados grupos a oportunidade impor os seus interesses e suas vontades a outros grupos.

Se comparado às relações de produção capitalista, as relações de definição sobre os riscos são diversas, pois se manifestam nas esferas de linguagem da tradição: opinião pública, ciência, direito e política. Enquanto na relação de produção, o conflito de dá na linguagem econômica do trabalho e produção (BECK, 2015).

Nesse sentido, embora Beck tenha uma análise limitada em relação às origens dos riscos, que estariam atrelados ao modelo econômico e a própria forma de produção capitalista, o Autor expõe as relações de poder sobre as definições dos riscos. Esses fatores colaboram na escolha do direito penal como instrumento de controle. Mesmo não avançando sobre às origens econômicas e sociais de desigualdade e produção de risco, para o estudo do direito penal é proveitosa essa crítica.

Entender que a própria percepção dos riscos é um construto social, colabora na análise dos instrumentos escolhidos para esse objetivo, entre eles o direito penal, que pode servir para legitimá-los.

3.2 OS NOVOS RISCOS MODERNOS: A QUESTÃO AMBIENTAL E A INEFICÁCIA DOS SISTEMAS DE SEGURANÇA.

O desenvolvimento da sociedade industrial só foi possível mediante à apropriação de recursos naturais. Foram criadas novas tecnologias, ao passo em que se criavam novos riscos ambientais. Chuvas ácidas, efeito estufa e buracos na camada de ozônio são frutos indiretos da modernização, riscos não esperados e indesejados desse processo (HESPANHA, 2002, p. 164).

Dentro da modernidade reflexiva, a sociedade de risco reconhece o valor da natureza, sendo os riscos ambientais verdadeiras ameaças sociais, ou seja, um desafio real para o futuro. O problema ambiental, não é mais só dos ecologistas, esse debate é social e humano, pois alteram condição de vida física, cultural,

política e econômica (BECK, 2010, p. 99-100).

Em primeiro lugar, sabe-se que o perigo sempre existiu na relação entre o ser humano e natureza. Contudo, diferentemente do perigo pré-moderno, vinculado à natureza, os riscos atuais têm procedência humana. Enquanto a natureza não pode ser controlada ou destinatária da norma, a atividade humana pode ser objeto de decisões político-jurídicas (BOTTINI, 2013, p. 27).

Uma segunda característica dos riscos é a sua conexão com tecnologias complexas, que o tornam imperceptíveis e irreversíveis. Por vezes, a análise do risco demanda um conhecimento técnico avançado, disponível apenas entre os *experts*, o que torna a população completamente refém do juízo dos especialistas (MACHADO, 2005, p. 39-40). Questões envolvendo radioatividade e modificações genéticas são exemplos de riscos desconhecidos, em que a percepção social depende da análise dos especialistas. Importante salientar que para Beck essa situação é ambígua: a aceitação cultural, por vezes, pode ser produzida pela tecnociência, mas também, à própria sociedade pode escolher riscos aceitáveis. Além disso, na análise dos riscos, um novo conhecimento pode converter uma situação de normalidade em perigo do dia para noite. (BECK, 2002, p. 92).

Outra característica do risco é a potencialidade de destruição, se comparado aos perigos naturais da fase pré-industrial. Quando se fala no risco de natureza nuclear, por exemplo, é reconhecida a possibilidade de efeitos globais, por essas razões fala-se em uma sociedade mundial de riscos. Para Beck há uma dialética entre questões locais e globais, a ponto de o Autor citar a necessidade de partidos políticos cosmopolitas ou mundiais (BECK, 2002, p. 23).

Em razão da indeterminação temporal e espacial, outra característica é a incalculabilidade desses novos riscos. Trazendo problemas a um dos elementos centrais na política de contenção de riscos da sociedade industrial que são os contratos de seguros. Como bem explica Martha Machado:

(...) os novos riscos não são delimitáveis nem no tempo nem no espaço, não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas de causalidade e da culpa e, além disso, dificilmente podem ser compensados ou indenizados, quer porque suas consequências não podem ser delimitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório (MACHADO, 2005, p. 41)

Essa circunstância demonstra a impossibilidade de um agir efetivo após à ocorrência de um risco, não tendo como dimensionar valores. As indenizações se

tornam indevidas, porque danos de tal magnitude podem ocasionar efeitos ao longo de centenas de anos.

Beck aponta à existência de atividades cujo risco de produzir danos incalculáveis impossibilita a contratação de seguros privados. Conseqüentemente, esses novos riscos ultrapassam os *limites da asseguração*. Nesse contexto, os próprios instrumentos da sociedade industrial podem ser utilizados pela crítica para demonstrar a incapacidade de controle dos riscos (BECK, 2002, p. 49).

Nesse contexto, é importante a análise dos acidentes sistêmicos ou normais³⁷. Existem sistemas tão complexos de risco quase zero, que alguns acidentes se tornam virtualmente imprevisíveis e inevitáveis, transformando-se em eventos normais, em razão de falhas em sistemas interligados projetados para evitar riscos. O problema se dá diante da interação de fatores aparentemente desconexos, os quais assumem um efeito cascata que impossibilita o controle. Seriam falhas em sistemas redundantes, os quais visam manter o funcionamento de sistemas, mas que dão complexidade de interações entre componentes que ampliam reações inesperadas (AREOSA, 2009, p. 53)

Produzimos plantas industriais tão complicadas que não podemos antecipar todas as possíveis interações de falhas inevitáveis; nós adicionamos dispositivos de segurança que são enganados ou evitados ou derrotados por caminhos ocultos nos sistemas. Os sistemas tornaram-se mais complicados porque lidam com substâncias mais mortais, ou dependem de sua função em ambientes cada vez mais hostis ou com velocidade e volume cada vez maiores³⁸ (PERROW, 1999, p. 28)

Em razão desses sistemas inevitáveis, se torna complexa a responsabilização pela ocorrência de um eventual acidente, não há falha humana, é um problema estrutural do sistema (MACHADO, 2005, p. 51). Entretanto, aliado à magnitude dos riscos que advém de uma atividade isolada, os chamados mega-riscos, existem também os riscos ecológicos cumulativos.

A característica básica dos riscos cumulativos é que a sua ameaça só pode ser verificada globalmente. Nessa situação, determinado procedimento individual não apresenta risco algum, mas a acumulação daquela conduta pode gerar graves

³⁷ Nomenclatura dada por Charles Perrow (PERROW, 1999, p. 17)

³⁸ Tradução livre do autor. Texto original: "*We have produced designs so complicated that we cannot anticipate all the possible interactions of the inevitable failures; we add safety devices that are deceived or avoided or defeated by hidden paths in the systems. The systems have become more complicated because either they are dealing with more deadly substances, or we demand they function in ever more hostile environments or with ever greater speed and volume*"

consequências³⁹. Esse fenômeno pode acontecer em meio a atividades exercidas dentro da regularidade, por vezes com ratificação de instrumentos jurídicos (licenças e concessões). Pode-se citar aqui o exemplo do efeito-estufa e os buracos na camada de ozônio.

Essas são algumas características que os riscos pós-industriais possuem, sendo mais complexos em relação aos perigos existentes na pré-modernidade. Tudo isso leva à dificuldade de percepção dos novos riscos e suas interações, afetando instrumentos de controle, o que proporciona incerteza generalizada. Diferentemente, dos perigos pré-industriais que eram naturais e ameaçavam a raça humana, os riscos da modernidade, decorrem da atividade humana e ameaçam todos os seres vivos na terra.

No percurso da sociedade industrial para sociedade de risco, percebe-se a impossibilidade de conhecer todos os riscos. Aquela segurança do pensamento tecnocientífico industrial, que trabalhava dentro de um modelo cartesiano, deixou de existir com o desenvolvimento tecnológico e o reconhecimento de riscos não previstos. A nova era científica, dentro da modernidade reflexiva, é fundamentada na incerteza, e na incapacidade de identificar todos os riscos. Em especial para o direito ambiental “o risco expressa situações nas quais não é possível, ou não é viável, estimar a probabilidade da ocorrência de danos mediante dados estatísticos – restando apenas o recurso a projeções ou simulações incompletos” (SILVEIRA, 2013, p. 140)

Ante a ausência de controle sobre os riscos, os sistemas peritos passam a ser considerados incertos e inseguros. No desenvolvimento da modernidade, esses sistemas tornaram-se essenciais. Por meio da excelência técnica, organizam grandes áreas do ambiente social: carros, aviões e o próprio sistema monetário são um exemplo disso. Embora comuns no cotidiano do cidadão, a maior parte da população não sabe exatamente como funcionam, e simplesmente confiam naquele conhecimento técnico que produz. Por isso, os sistemas peritos são chamados de mecanismos de desencaixe, uma vez que descontextualizam o ser humano nas relações sociais (GIDDENS, 1991, p. 31). Para Giddens uma das características que mais preponderam na modernidade é a confiança nos sistemas abstratos, os quais chama de *compromissos sem rosto* (GIDDENS, 1991, p. 80-81)

³⁹ Essa seria o modelo de conduta que fundamenta os chamados crimes de acumulação (*kumulationsdelikte*) um dos fenômenos do direito penal administrativizado.

Na modernidade reflexiva perde-se a confiança nesses sistemas, através das críticas crescentes (LASH, 1997, p. 142-143). Para Beck, o problema não é de um ramo das ciências, mas “se encontra fundado sistematicamente na abordagem institucional-metodológica das ciências em relação aos riscos” (BECK, 2010, p. 71).

Os novos riscos apontam para ineficácia dos instrumentos da modernidade industrial. A evolução dos riscos que circundam a sociedade, do perigo ao estado de periculosidade (risco), demonstram a impotência dos sistemas de controle perante o risco. Essa falha no sistema se dá com o aval jurídico, dentro da chamada *Irresponsabilidade Organizada*⁴⁰.

3.3 A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA:

Dentro da sociedade de risco, o direito é visto como instrumento essencial na regulação e contenção dos riscos, em especial em relação às ameaças ao meio ambiente. É definida uma atuação conjunta entre direito administrativo, civil e do direito penal. Com o reconhecimento dos riscos, a questão ambiental está no centro do debate público, sendo uma pauta de interesse social. Tal panorama, fomenta o crescimento exponencial de tratados, leis, decretos, obras literárias, entre outros documentos produzidos, relacionados ao tema.

Contudo, o crescimento das normas ambientais se mostra inversamente proporcional à diminuição da exploração do ambiente. Wolf Paul assinala que entre a intenção e a realidade do direito ambiental há uma divergência radical, deixando a suspeita da cumplicidade do direito ambiental com o sistema de irresponsabilidade organizada que destrói o meio ambiente (PAUL, 1995, p. 122). Ainda que tenha a vocação protetiva ao meio ambiente, são incontáveis as fraquezas que reduzem a eficácia do direito ambiental. François Ost reconhece uma dificuldade de percepção da realidade ecológica complexa e variável por normas jurídicas imutáveis. Assim, multiplicam-se disposições normativas, num fenômeno de inflação legislativa de efeitos nefastos, que passam a ter mero efeito simbólico, e inevitavelmente, passam a ser desvalorizadas (OST, 1995, p. 124).

Essa situação exposta assemelha-se ao fenômeno da irresponsabilidade

⁴⁰ Conceito trazido por Beck no livro “Gegengifte die organisierte unverantwortlichkeit“, Políticas Ecológicas em la Idad del Riesgo: Antídotos la irresponsabilidad organizada” (BECK, 1998).

organizada descrito por Beck em seu livro a respeito das políticas ecológicas na sociedade do risco (BECK, 1998). Conforme aponta Goldblat:

(...) as sociedades de risco são atormentadas pelo paradoxo de quanto maior for a degradação ambiental, observada e possível, maior é o peso de leis e normas ambientais. Contudo, simultaneamente, nenhum indivíduo nem instituição parecem ser responsabilizados especificamente por alguma coisa (GOLDBLATT, 1998, p. 241)

Para construir a ideia de irresponsabilidade organizada, Beck anuncia que vivemos na era do fatalismo industrial, em que é comum a utilização de diversos argumentos e teorias que provocam discussões em vários setores. Todo argumento utilizado é válido, porém nenhum se materializa, o que leva ao inevitável fatalismo. Essas discussões e controversas são levadas às arenas de poder e também não produzem consequência práticas. Diante disso, o que parecia impossível torna-se verdade, por exemplo, novas usinas nucleares vão sendo inauguradas no mundo todo. Enquanto os governos têm apresentado novas pautas vanguardista em matéria ambiental aumentam-se os níveis de poluição em todo mundo. O resultado é uma incerteza geral quanto aos caminhos a serem seguidos (BECK, 1998, p. 106-107).

Em meio ao fatalismo, instrumentos sociais não conseguem ter resultados. O direito, na visão de Beck, consente com essa realidade, condensando em leis tudo o que é novo em ciência, economia e tecnologia. Efetua restrições secundárias, enquanto legítima a atuação do principal. Não há melhor maneira de desintoxicar simbolicamente a realidade do risco que tem se tornado irreversível (BECK, 1998, p. 108).

Para entender a razão do direito consentir com essa realidade é necessário perceber que dentro do fatalismo industrial a ciência aplicada à técnica se desenvolve a partir de seus próprios fundamentos. Em relação aos riscos, essa é uma vantagem auto imposta pela tecnociência, que cria barreiras na constatação de um risco industrial, o qual deve ser examinada dentro dos seus alicerces. Isso é transportado para o direito, fazendo com que, por vezes, o ônus da prova seja impossível, recaindo sobre aqueles com a menor condições de estabelecer uma prova dentro dos parâmetros tecnocientíficos (BECK, 1998, p. 109).

O que está ocorrendo é um labirinto projetado de acordo com os princípios, não da responsabilidade, mas, da irresponsabilidade. De uma responsabilidade simultânea à falta de responsabilidade: mais precisamente, a responsabilidade

sem imputabilidade ou irresponsabilidade organizada (BECK, 1998, p. 110). É uma situação complexa, em que embora se tenha a previsão exata de uma responsabilidade, não se obtém meios (provas) para imputar ao responsável indenizações e sanções. Ou ainda, quando se tem provas do dano ou do perigo de dano, as ações judiciais se perdem em meio à formalidades e conceitos, que visam normalizar os riscos,

As instituições da sociedade de risco desenvolvida -direito, política, engenharia, grupos industriais- dispõem, em conformidade com isto, de um amplo arsenal para a “normalização” dos perigos não calculáveis. Esses podem ser subestimados, reduzidos à inexistência através de comparações ou reduzida ao anonimato causal e jurídico. Por conseguinte, estes instrumentos, próprios de uma política simbólica de desintoxicação desfrutam de grande importância e popularidade (BECK, 2002, p. 89-90)⁴¹

Dentro dessa complexidade, política e ciência não conseguem achar a chave da responsabilização. Os riscos ultrapassam todos os limites, atingindo a vida de cada indivíduo. Mas quem desconfiar deles, é preso como marionete no emaranhado burocrático dos sistemas de controle. Por vezes, é até contrariado por falsos estudos sobre a inexistência de determinado riscos. Até mesmo, porque, a crítica ao perigo deve ser feita dentro da mesma linguagem tecnocientífica que produz o risco. Esse é o contexto da irresponsabilidade organizada, uma macro-burocracia da imprudência e insegurança generalizada (BECK, 1998, p. 111-112).

Beck sugere a existência de um pensamento ingênuo na política e na ciência de que, como as relações de risco surgem no desenvolvimento técnico-industrial, poderiam às soluções serem encontradas pela mesma tecnociência, desde que haja interesse. Quando é justamente o contrário, a aplicação das normas e cálculos tecnocráticos sobre perigos iminentes tem sido minimizada como “riscos residuais” e improváveis (BECK, 1998, p. 115).

No Brasil já se evidenciou na prática⁴² essa circunstância, em que diante de um dano ambiental concreto se faz uma distorção teórica afirmado se tratar de mero risco futuro. Chama-se um risco, para um caso em que os danos são

⁴¹ Tradução livre do Autor. Texto original: “*Las instituciones de la sociedad industrial desarrollada - política, derecho, ciencias de la ingeniería, grupos industriales- disponen, en conformidad con esto, de un amplio arsenal para la “normalización” de los peligros no calculables. Éstos pueden ser subestimados, reducirse al anonimato causal y jurídicamente. Por consiguiente, estos instrumentos, propios de una política simbólica de desintoxicación, disfrutan de gran importancia y popularidad*”

⁴² O Autor em seu artigo sobre a temática demonstra três casos que ocorreram em tribunais brasileiros, em que a fundamentação jurídica utilizou dessa gestão dos riscos em um juízo *ex post*. Mesmo restando evidente a ocorrência danosa ao meio ambiente, utiliza-se de um risco futuro, uma demora na aparição do dano (CAUBET, 2013)

concretos, tentando demonstrar a pouca probabilidade de acontecimentos, joga-se a análise para o futuro, esquecendo dos danos e perigos certos que a atividade já desenvolveu (CAUBET, 2013, p. 78).

Especificamente em demandas judiciais, dentro de um contexto de irresponsabilidade organizada, a produção da prova é complexa em matéria ambiental. Beck aponta que o rígido princípio da causalidade em relação ao meio ambiente, quase sempre aponta para fatores coletivos, que impossibilitam a responsabilização individual. Há um fingimento de solução, se aponta a responsabilidade natural ao desenvolvimento da civilização, protegendo e normalizando as ameaças do fatalismo industrial (BECK, 1998, p. 115).

Por exemplo, o sistema de direito civil está construído para a estrutura de causas simples para danos determináveis entre um número pequeno de indivíduos. Com isso, tanto a responsabilização como a prevenção de danos estariam fora de funcionamento. O princípio do poluidor/pagador aponta que a indústria deve interiorizar e controlar os possíveis danos ambientais. Entretanto, no caso de ocorrência de algum dano, o ônus da prova recai sobre o estado (BECK, 1998, p. 237-238) podendo se chegar a situações absurdas, em que:

Segundo as condições de definição preponderante, uns têm que demonstrar o que jamais poderão demonstrar, enquanto que os outros, graças à falta de demonstrabilidade das consequências de seus atos, poderão, pelo contrário, seguir fazendo o que é de sua vontade (BECK, 1998, p. 287)⁴³

Dentro da irresponsabilidade organizada não existem instrumentos capazes de lidar com os perigos ambientais advindos de ações humanas coletivas. O direito, especialmente o penal, está mais preocupado com questões individuais, envolvendo um número ilimitado de pessoas, por isso, riscos cumulativos são problemáticos no contexto de responsabilização pela ação individual. Beck (1998, p. 243) assinala que enquanto a intoxicação ocorre de forma universalizada, vige o princípio da responsabilização individual do causador. Num contexto de riscos, é evidente que não só um produz, mas o outro também, e assim se pressupõe que ninguém produz. A razão dessa fórmula é o princípio individualista da responsabilidade, que implica na intoxicação onipresente, em que a culpa

⁴³ Tradução livre, texto original: "*Según las condiciones de definición reinantes, unos tienen que demostrar lo que jamás podrán demostrar, mientras que los otros, gracias a la indemostrabilidad de las consecuencias de sus actos, puderen, por el contrario, seguir haciendo lo que les da la gana*"

individual é indemonstrável, e que serve como forma de não responsabilização. Quanto mais se polui, menor é a possibilidade de responsabilizar um autor concreto. (BECK, 1998, p. 241-242).

Beck cita um caso de contaminação por arsênico na Alemanha, em que houve a comprovação do dano, entretanto em razão do princípio do poluidor-pagador foi reduzida à condenação. Como várias empresas poluíam, não era possível identificar se aquela empresa que estava sendo processada era responsável pelas erupções cutâneas, náuseas e dores de cabeças que a população estava sofrendo (BECK, 2002, p. 85-86).

Esse exemplo demonstra que o grande problema não é apenas o conhecimento técnico que produz o risco, mas a falha institucional que permite a irresponsabilidade organizada. Qualquer resistência aos riscos não consegue ter efeito, em razão dos instrumentos controladores – direito, administração, política – que são cúmplices da produção de perigos (BECK, 1998, p. 288).

O direito da sociedade industrial moderna, racional e individualista, num contexto de produção de riscos globais leva à irresponsabilidade organizada. Os elementos de responsabilização clássicos do direito não conseguem atuar frente aos novos riscos. Wolf Paul (1997, p. 185) reconhece o direito moderno como aquele “direito formal da sociedade burguesa – é, em todas suas expressões, um direito orientado para fins racionais”. Com isso, o direito privado é orientado para o sistema econômico, seu cerne é a propriedade privada, com as garantias ligadas a ela, tais como liberdade empresarial, liberdade econômica e sucessões. Já o direito público cumpre o imperativo funcional do estado moderno. Assim:

o direito moderno é um instrumento da racionalidade sistêmica da livre sociedade de mercado; como tal, mantém o *status quo* funcional, promove condições de desenvolvimento, controla desenvolvimentos disfuncionais e regula seus riscos (PAUL, 1997, p. 185)

Nesse contexto, o direito é orientado por uma racionalidade econômica. O poluidor diante do sistema jurídico, consegue prever a atuação estatal e manter o *status quo*, tanto na orientação, como na manutenção da produção de riscos. A complexidade do bem jurídico ambiental exige novos pontos de vista externos ao direito, na sociologia por exemplo, que tem como objeto a eficácia social da norma (SILVEIRA, 2015, p. 90).

Dentro desse debate sobre a eficácia da norma, a aproximação do contexto

de irresponsabilidade organizada é profícua para análise dos crimes ambientais. Como por exemplo, no reconhecimento da confusão de séculos, em que os perigos são de uma era diferente dos instrumentos de segurança, o que produz uma cegueira institucionalizada e uma negação sistemática. (BECK, 1998, p. 235). Essa questão levada para esfera penal, instrumento que nitidamente foi desenvolvido em contexto prévio aos riscos, pode demonstrar sua incapacidade para lidar com situações de perigo em escala mundial, além disso, como é construído para situações individuais se opõe às ameaças coletivas.

Nesse contexto, os perigos alimentam conflitos que apontam para alterações das condições existentes, dentro do direito são exigidas: a redistribuições de cargas probatórias, responsabilidade, causalidade e culpa (BECK, 1998, p. 236). A sociedade de riscos clama por uma atuação jurídica diferenciada, entendendo que a atuação penal não necessita mais ser minimalista, mas promocional e propulsora de valores. Dessa forma, deve tutelar riscos que ameaçam às gerações futuras, diante da modificação de sua estrutura clássica, pois o direito penal liberal não está suficientemente preparado para lidar com os riscos (DIAS, 2001, p. 4).

As reflexões de Beck sobre a irresponsabilidade organizada, confluem com os objetivos desse trabalho na análise do direito penal, e a sua expansão nas últimas décadas. Segundo essa análise proposta pelo Autor é exatamente a utilização do direito e seus emaranhados critérios de responsabilização, que paradoxalmente tem servido para normalizar juridicamente os riscos. Para Silveira (2015, p. 1928) tal situação proporciona um espaço singular de autocrítica para jurista, ao cogitar que os esforços jurídicos podem servir a reprodução de um sistema que garante irresponsabilidade organizada.

A confluência entre a análise da irresponsabilidade organizada e o direito penal, contribui na crítica da utilização do direito penal como instrumento de falsa segurança jurídica. Que reflexamente tem gerado maior irresponsabilidade. A definição social dos riscos afeta diretamente o modo como é construído o direito penal, em que se tem constatado um processo de expansão da criminalização.

A questão jurídica do meio ambiente, por vezes, tem se mostrado pouco eficiente. A criação de leis tem encoberto a realidade, servindo como um falso discurso político ambientalista, ofuscando o olhar a respeito da realidade, e impossibilitando a busca de alternativas ao modelo penal ambiental.

3.4 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: DEMANDA SOCIAL POR MAIS PUNIÇÃO.

Dentro da doutrina penal tem-se identificado um modelo de política criminal chamado de “direito penal do risco”⁴⁴, que visa minimizar os riscos e dar segurança, transpondo à linguagem jurídico-penal tradicional. Trata-se da utilização dos conceitos de prevenção e proteção de bens jurídicos orientada pelos riscos⁴⁵ (SILVA, 2004, p. 82).

O direito penal da sociedade de risco tem as características do modelo penal moderno descrito por Hassemer, também do fenômeno de expansão penal descrito por Silva-Sanchez, os quais foram estudados no capítulo anterior. Porém, neste item a análise se dará pelo viés sociológico a respeito do tema, pautado no contexto social que influencia o direito penal.

Diferentemente das sociedades de classes que se pautavam no ideal de *igualdade*, a sociedade de risco pauta-se na *segurança*, trocam-se os valores “desigualdade” por “insegurança”. Não se busca algo melhor (igualdade), apenas pretende-se evitar os riscos (segurança). Isso pode levar a uma sociedade que pauta suas decisões pelo *medo*, uma vez que os riscos podem vir acontecer a qualquer momento e da pior forma (BECK, 2010, p. 59-60). Em razão disso, por vezes, a aparência de segurança se torna mais importante que a segurança propriamente dita.

O problema é que o medo partilhado socialmente corrompe o pensamento e propicia a dominação do imaginário. A cultura do medo surge em meio ao estado como instrumento coercitivo, a fim de legitimar o uso da força e da dominação (GRAZIANO SOBRINHO, 2016, p. 13-14). Em meio ao contexto de riscos extremos e falta de confiança, o medo pode legitimar atitudes autoritárias, conforme Beck:

Justamente com a ampliação dos perigos surgem na sociedade de risco desafios inteiramente novos à democracia. A sociedade de risco abarca uma tendência, a um totalitarismo “legítimo” da defesa diante do perigo, que com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todo

⁴⁴ Nesse sentido Prittwitz (2010), Silva Sanchez (2013), Buergo (2001), Machado (2005), Felix Herzog (2003), entre outros. Também se encontram referências ao termo direito penal da sociedade de risco. Esse tema é recorrente na escola penal de Frankfurt, que trabalha sobre o assunto no livro “Crítica y Justificación Del Derecho Penal en el Cambio de Siglo (ZAPATERO, NEUMANN e MARTÍN, 2003)

⁴⁵ Segundo Hassemer (2014, p. 30), o modelo penal do risco está atrelado ao paradigma da prevenção, o qual direciona o direito penal a um sistema de geração e conservação de segurança, querendo ser um instrumento de combate de problemas e controle de riscos.

sabem ser praxe, algo ainda pior. (BECK, 2010, p. 97-98)

O medo da ocorrência do risco exige ampliação normativa com intuito de evitá-los, em contrapartida, o Estado por meio do direito penal tem a resposta para todos os problemas da segurança, a fim de gerar consenso e reforçar a comunidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 52). Alargar a atuação do direito penal é uma resposta simples para os problemas sociais, a ideia de tipificar condutas e aumentar as penas é bem recepcionada na sociedade de risco, dentro daquilo que se chama de “cultura do medo”⁴⁶.

Beck aponta que “os riscos certamente surgem por meio do conhecimento, podendo ser, por meio do conhecimento, reduzidos, ampliados ou simplesmente removidos do painel de consciência” (BECK, 2010, p. 92). Nessa seara, deve-se reconhecer que o processo de conscientização dos riscos pode ser reversível, mais do que isso, a sensibilidade dos riscos pode variar de acordo com a cultura social.

A percepção e a aceitação dos riscos são construções coletivas, singulares de cada sociedade, assim como a língua e o juízo estético. Os riscos não são materiais, mas construções intelectuais dos membros da sociedade, que serão utilizados na avaliação social de suas probabilidades e valores (ACOSTA, 2005, p. 15). Nesse contexto, a percepção social do risco pode sofrer influências da cultura do medo com a finalidade de ampliação penal. Não é um problema apenas do direito penal ambiental, mas de todo o contexto criminal, em que se busca o controle social na punição⁴⁷.

Nas sociedades pós-industriais e globalizadas, a cultura do medo retoma o Estado Punitivo, reflete na produção ideológica do imaginário social, através da mídia, família e religião. Há a ilusão de aumento da insegurança, e da certeza que se vive no caos. É através da instalação do medo na sociedade, que se torna justificável a implementação de um Estado Autoritário (GRAZIANO SOBRINHO, 2007, p. 165-166). Vera Malaguti reconhece que o discurso do medo, tem feito a população negra e de baixa renda clientela do sistema penal, numa verdadeira incriminação da pobreza, o que pode ser detectado no mundo todo. A pobreza que não serve como mão-de-obra e que não é consumidora, necessita ser isolada

⁴⁶ Conforme GRAZIANO SOBRINHO, a cultura do medo deve ser entendida não como um “medo individual”, mas um medo coletivo, socialmente partilhado, responsável pela produção do senso comum, mediante a manipulação do imaginário (GRAZIANO SOBRINHO, 2007, p. 164)

⁴⁷ Nesse sentido (GRAZIANO SOBRINHO, 2007) , (BATISTA, 2014) entre outros.

(BATISTA, 2014, p. 83-83).

Hassemer aponta que “criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho” (HASSEMER, 2008, p. 276), o modelo de insegurança é produzida, na percepção social sobre o risco, o que é preponderante na política criminal. Silva Sanchez verifica que as definições sociais por mais penalização, não surgem dos estudos criminais como “lei e ordem”⁴⁸, mas da demanda social unânime por maior criminalização (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 31).

A falta de segurança não corresponde de modo exato com a existência objetiva dos riscos. Até mesmo porque, a aparição de novos riscos é compensada, de certo modo, pela redução de perigos oriundos de fontes naturais. É possível argumentar que a vivência subjetiva é superior à existência objetiva de riscos, de modo que se fala em uma sensibilidade elevada ao risco (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 46). No mesmo sentido, Pardo argumenta que o mundo não está mais inseguro para o indivíduo, com certeza a técnica nos libertou de muitos perigos naturais, a questão é que os novos riscos são atribuíveis a atividade humana, podendo ser tomadas decisões e responsabilizando agentes (PARDO, 2015, p. 56-57).

Em relação à criminalidade como um todo, a insegurança pode ser atribuída à facilidade e rapidez com que circula à comunicação. O distante e o próximo já não têm diferença, fazendo com que riscos distantes pareçam estar próximos. Por outro lado, há uma certa dramatização na forma de divulgação de determinadas notícias gerando insegurança subjetiva que não corresponde com o nível real dos riscos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 47- 48) Cornellius Prittwitz, reconhece essa tendência, apontando dois elementos da ampliação do direito penal de risco: a desnacionalização/globalização do direito penal, e a crescente mídia eletrônica de massa que exerce pressão sobre a política criminal do estado (PRITTWITZ, 2010, p. 1-2).

Ao lado da comunicação e globalização, as próprias instituições públicas ajudam a espalhar o medo coletivo. Entretanto, esse medo não é criado pelos meios de comunicação ou as instituições públicas que apenas reforçam o temor existente. O medo da criminalidade constitui a concreção de um conjunto de medos pessoais difusos, é uma metáfora da insegurança vital generalizada. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 50)

⁴⁸ Movimento criminal dos anos setenta que tem em seu conteúdo maior intervenção policial, bem como, um direito penal mais rigoroso (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 31)

O medo é um poderoso sustento da política criminal. Dentro das relações de definição sobre os riscos, que são, antes de tudo, relações de poder, o medo fomenta a utilização de respostas rápidas e simples, que não objetivam a real segurança, mas apenas acalmar os ânimos da coletividade.

Além dos medos difusos, Silva Sánchez aponta para uma passividade social. Para ele, a ideia de um estado do bem-estar cumulado com a individualização, torna o cidadão pós-industrial um ser passivo e vitimizado. Existe uma concepção geral de que algumas liberdades são perigosas, e que devem ser restringidas (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 56-57)

a sensação de insegurança se soma, pois, em nosso modelo social, a existência de um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma “culpa sua” ou que simplesmente, corresponda ao azar (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 59).

Diante da vitimização e passividade, o direito penal não é mais visto como a espada do Estado autoritário em face do delinquente desvalido. Agora, o direito penal representa a arma da sociedade contra a criminalidade dos poderosos, por essa razão as garantias penais e processuais não são vistas com bons olhos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 65-68). A aspiração por segurança em uma sociedade que se caracteriza como vítima conduz à ojeriza em face dos elementos característicos do direito penal clássico. Princípios como presunção de inocência, culpabilidade, estrita legalidade são vistos como meras sutilezas formais que se opõem a uma solução real dos problemas⁴⁹ (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 90). Em sentido semelhante Hassemer afirma que:

Tais sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediata exacerbação dos meios coercitivos e tornam a flexibilização e corrosão de direitos fundamentais pelo estado não só toleráveis como objeto de exigência da população (HASSEMER, 2008, p. 276)

Nessa relação, a criminalidade organizada e os crimes praticados por empresas, dentre os quais está o Direito Penal Ambiental, sofrem de uma demanda social por criminalização. Órgãos e entidades que antes não tinham como premissa a defesa da incriminação, veem o direito penal como um braço armado contra as

⁴⁹ Esse fenômeno pode ser visto na atuação dos órgãos jurisdicionais brasileiros, em especial na tão falada operação Lava-jato, em que são flexibilizados às garantias individuais em razão da necessidade de combater os corruptos e à corrupção, situação própria de um direito penal da sociedade de risco em sua faceta de direito penal do inimigo. Sobre o tema (PREUSSLER, 2017)

classes poderosas. Há grupos sociais que utilizam de um discurso hipócrita, ao mesmo tempo em que apontam para nocividade da coação estatal em relação a criminalidade geral, defendem a atuação penal em relação aos seus interesses⁵⁰ (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Entretanto, essa demanda por mais penalização se converte em problema que afeta todo o sistema penal, podendo gerar flexibilização de garantias, até mesmo, em relação à criminalidade convencional.

Com referência aos novos riscos, o debate se desenvolve na busca por criminalização das corporações e empresas. Entretanto, essa criminalidade corresponde ao mínimo dos processos criminais. Por causa disso a proposta de expansão criminal, com relativização dos princípios e garantias na criminalidade dos poderosos, pode incorrer, ademais, no erro de repercutir sobre a punibilidade em geral, algo que se ignora na hora de propor reformas antigarantistas (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 70-71). Por mais que se tenha buscado teorias de corresponsabilização social⁵¹ a atuação penal sempre diferenciou poderosos e marginalizados. Deve-se lembrar que o direito penal é ideológico, como tem demonstrado a criminologia crítica,

a concepção liberal burguesa da questão criminal priorizou os interesses das classes dominantes, imunizou seus comportamentos socialmente danosos e dirigiu o processo de criminalização para as classes subalternas (BATISTA, 2015, p. 90)

Em razão disso, a política de aumento da criminalização e diminuição de garantias, ainda que teorizado para atingir as classes dominantes, pode converter-se em instrumento de mais repressão das classes subalternas. O direito penal está contaminado por ideologias criminais consolidadas. Tal circunstância, pode gerar uma atitude compassiva dos operadores do direito nos casos de responsabilização penal do empresariado e das classes poderosas. Além disso, as diferenças podem ser verificadas na lei quando define penas de menor intensidade a criminalidade empresarial, se comparadas às penas da criminalidade convencional⁵².

O aumento da segurança através da ampliação do direito penal tem um preço a ser pago, que afeta o estado democrático de direitos, atingindo diretamente

⁵⁰ Aqui Silva Sánchez está direcionando à sua crítica aos movimentos da esquerda punitivista que sempre fizeram a crítica do direito penal, mas que busca a criminalização das classes poderosas.

⁵¹ É o entendimento de que a sociedade é corresponsável pela prática do crime, seja em razão da falta de educação, cultura e etc.

⁵² Nesse ponto, é importante relacionar que quase a totalidade dos crimes ambientais previsto na lei 9605/98 são passíveis de transação penal ou suspensão condicional do processo, em razão de terem pena mínima igual ou inferior a um ano (Art. 89 da lei 9099/95) (BRASIL, 1995).

as liberdades individuais. Nesse sentido aponta Cornélius Prittwitz:

(...) se paga ainda mais outro preço, com a já citada aplicação muito frequente, muito rígida ou incorreta do direito penal, preço este que às vezes é tratado pela política criminal do Estado (e lamentavelmente também pelas ciências criminais) como "a ser pago em moeda pequena". Este preço é pago pelos cidadãos sujeitos ao direito penal; em alguns países (por exemplo, na Alemanha, segundo minha convicção), é pago por quase todos os cidadãos que entram no campo de visão dos expansionistas do direito penal; em outros países este preço é pago principalmente pelos pobres, com pouca formação - em outras palavras, por aqueles que já são excluídos. (PRITTWITZ, 2010, p. 2)

A ampliação do direito penal da sociedade de risco, transcende o clamor social por maior proteção, uma vez que poderia haver a atuação de outros ramos de controle social. Entretanto, há um desprestígio da ética, do direito civil e administrativo. Em relação a ética, Sánchez afirma não haver um mínimo de moral, que se assemelha a situação de anomia descrita por Durkheim, uma vez que todos consideram ter direitos, mas nenhuma obrigação. No direito civil há uma tendência a utilização de seguros que diminuem os cuidados. Já o direito administrativo é visto como extremamente burocratizado e corrupto. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 76-78)

A situação é problemática, e em razão do descrédito social com os outros ramos do direito, a demanda por segurança é buscada no direito penal. Mas também, porque a resposta penal é vista como a mais adequada, por ser a mais severa e, hipoteticamente, a mais efetiva (BUERGO, 2001, p. 36). A ideologia preponderante diante da alta insegurança, é que o melhor instrumento é o mais severo e mais drástico, o que fundamenta a demanda por mais criminalização.

Pode se constatar na dogmática penal, um debate centrado na análise da criação e aumento do risco como requisito para à imputabilidade (PRITTWITZ, 2010, p. 4). Nessa forma de pensar, o direito penal é gerido pelo ideal do risco, e o sujeito ativo é penalizado diante de uma conduta considerada risco proibido, ainda que o dano não ocorra no caso concreto (DIAS, 2001, p. 23).

Parte da doutrina entende que o direito penal deve modificar-se sendo necessário uma nova dogmática jurídico-penal, que não atue de forma minimalista, mas que tenha função promocional e propulsora de valores orientadores da vida

comunitária⁵³ (DIAS, 2001, p. 4). Em relação a isso, no modelo de direito penal do risco, um comportamento não é tipificado por ser considerado inadequado pela comunidade, busca-se formar costumes a partir do direito penal, criando valores a partir da norma (PRITTWITZ, 2010, p. 5).

Nesse contexto, com objetivo de maior efetividade pode-se estabelecer três tendências político-jurídicas do modelo penal de risco: I) ampliação da proteção de bens jurídicos coletivos; II) alargamento da antecipação de tutela, abandono da lesão ao bem jurídico como centro do sistema criminalização e III) repensar a culpabilidade para abarcar também às pessoas jurídicas (MACHADO, 2005, p. 99).

Para cumprir essas tendências, o direito penal na sociedade de risco, desenvolve a moldura penal moderna, conforme descrita no primeiro capítulo. A definição dos novos bens jurídicos é vaga e necessita do uso de técnicas de remissão, como a formulação de tipos penais em branco. O direito penal tem utilizado cada vez mais conceito jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e remissões dinâmicas, que afastam a norma do conceito pessoal de bem jurídico.

Nesse sentido, o delito consiste na inobservância do dever legal, em que o injusto está centrado no desvalor da ação que viola o padrão de segurança, e não no resultado. Ao invés da punição se dar em razão da lesão ou perigo ao bem jurídico, há desaprovação prévia do comportamento que descumprir um dever definido fora da esfera penal. Muitas vezes, a norma descumprida é do direito administrativo, dificultando a diferenciação entre poder de polícia e direito penal (MACHADO, 2005, p. 114).

Na esfera penal ambiental, se tem o problema da vagueza do bem jurídico, com baixa capacidade de provas da demonstração do dano ou perigo, é comum o estabelecimento de patamares de segurança, baseados na observância da legislação ambiental extrapenal. Assim, é mais fácil atribuir imputabilidade com a definição de condutas típicas a partir de ações hipoteticamente lesivas ou perigosas, apenas por divergir da lei extrapenal (MACHADO, 2005, p. 122-123).

O direito penal ambiental é um exemplo de direito penal dos riscos. Pablo Aflen da Silva aponta três características do direito penal ambiental que demonstram essa vinculação: I) é estruturado segundo uma dogmática do risco, e

⁵³ Nesse sentido Jorge de Figueiredo Dias, Bernd Shunemann, Urs Kindhäuser (2009) entre outros. Sendo que da análise de expansão do direito penal esse é o modelo da política criminal contemporânea.

de “riscos permitidos”; II) Abandona os princípios racionais de imputação e pretende ser preventivo; III) Baseia-se por uma função simbólica (SILVA, 2004, p. 85).

No Brasil se identifica a utilização dos crimes de perigo abstrato e tipos com referências a deveres jurídicos administrativos (acessoriedade administrativa) na lei 9605/98. Em diversos crimes, o direito penal atua no controle de riscos, em razão de uma atividade que não possui licença ambiental, sem avaliar o resultado das condutas a possível ofensa ao bem jurídico do resultado. Por exemplo: 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*”⁵⁴. A atuação penal está adstrita ao âmbito administrativo, reconhecendo o risco da conduta realizada sem licença ambiental. Enquanto isso atividades lesivas se tornam atípicas quando existente a licença ou autorização ambiental.

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, supõe uma expansão absurda da *ultima ratio*. Por outro, evidencia-se que o direito penal do risco é um modelo com sintomas de decadência, em especial, considerando o exemplo paradigmático da política de utilização simbólica do direito penal e do abuso de leis (HERZOG, 2003, p. 249).

O direito penal simbólico aponta para inefetividade da ampliação do direito penal, convertendo-se em si no problema que busca resolver, semelhante à ideia de reflexividade da teoria do risco. Nesse contexto, o direito penal do risco fomenta irresponsabilidade organizada, colaborando com a ampliação dos danos e riscos ao meio ambiente, pois a sua atuação é essencialmente simbólica. As proposições de Beck contribuem para a análise do simbólico no direito penal, que tem como efeito a irresponsabilidade organizada, descontextualizando a complexidade do problema.

⁵⁴ Art. 30, art. 31, art. 34, art. 39, art. 44, art. 46, art. 50 –A, art. 52, art. 55, art. 60, art. 63, art. 64 da lei 9605/98 (BRASIL, 1998)

3.5 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: O FENÔMENO DA IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA NA ESFERA PENAL AMBIENTAL.

O direito penal simbólico representa a utilização do aparato penal como instrumento ilusório, que não pretende alcançar seus efeitos instrumentais, de garantia e proteção dos bens jurídicos. É um modelo que busca evidenciar e reforçar símbolos, através de proteção jurídica que não objetiva eficiência, mas que cumpre outras funções dissimuladas e não aparentes. Essa discussão transcende a análise do direito penal ambiental, podendo ser levada ao direito penal como um todo⁵⁵.

Para compreender esse conceito, deve-se aprofundar a análise nos objetivos do direito penal, e a dualidade entre efeitos instrumentais e os efeitos simbólicos. Importa frisar, que a expressão “direito penal simbólico” é essencialmente crítica, de reprovação do uso ilegítimo de criminalizações com efeitos aparentes (COSTA, 2010, p. 110).

Existem duas funções atribuídas ao direito penal: uma instrumental, que é a declarada de prevenção e proteção de bens jurídicos; e outra, simbólica, que está latente, de reconhecimento da importância axiológica dos interesses sociais tutelados pela norma.

A função declarada pelo discurso *oficial*⁵⁶ orienta-se pelas teorias de prevenção: nas modalidades geral e especial. Em que a pena teria verdadeira atuação protetiva de bens jurídicos, prevenindo que novas infrações sejam cometidas. Como diz Hassemer “teorias que atribuem às penas força e tarefa inibitórias dos futuros delitos” (HASSEMER, 2005, p. 369).

A prevenção especial atua de forma individualizada na aplicação da pena diante de uma prática criminosa, conforme o *necessário* e o *suficiente* para a *prevenir* a reincidência do delito (art. 59 do CP)⁵⁷. Possui duas dimensões: a

⁵⁵ Nesse sentido Baratta (1995)

⁵⁶ Assim como na análise dos bens jurídicos há as teorias oficiais que apontam as funções da pena: prevenção geral, prevenção especial e retribuição. Entretanto, há um discurso crítico da teoria criminológica que aponta para um sistema penal desigual, que atende aos interesses de classes, e no qual o efeito simbólico é apenas um dos pontos dessa análise.

⁵⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme *seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*: (BRASIL, 1940)

negativa, que se dá na neutralização do agente, incapacitando para praticar novas condutas; a *positiva*, que se dá na ideia de ressocialização e ortopedia moral (SANTOS, 2008, p. 465).

A teoria da prevenção geral traz consigo a ideia de intimidação e coação psicológica. Esse é o modo como o direito penal atua na proteção do bem jurídico, ameaçando com a pena aquele que pretenda realizar o injusto descrito na norma. Dessa forma o homem racional é coagido psicologicamente a não delinquir, sob a ideia que a crime punido não compensa (HASSEMER, 2005, p. 403-404).

Dentro da prevenção geral, também há a divisão entre prevenção negativa e positiva. Na prevenção *negativa* a defesa social ocorre por meio da ameaça de pena e do espetáculo de sua aplicação, dissuadindo os potenciais infratores. Atua, em especial, naqueles sujeitos que não sendo autores de infrações, podem não ter uma atitude espontânea em favor do ordenamento. (BARATTA, 1995, p. 50). De outro lado, a prevenção geral *positiva*⁵⁸ visa demonstrar a inviolabilidade do direito, fazendo com que o cidadão confie no ordenamento jurídico pela imposição do Direito (pena), uma espécie de pacificação social pela punição diante da violação da norma (SANTOS, 2008, p. 468). Esse é o discurso que sustenta a criminalização, o direito penal atua por meio da sanção, que teria capacidade dissuasória no cidadão evitando a lesão ao bem jurídico (BASOCO, 1995, p. 10)

Durkheim reconheceu que além da função instrumental, o direito penal apresenta função simbólica. Nesse sentido, se a eficácia instrumental do direito penal reside na prevenção de comportamentos, a simbólica está na atitude de produzir representações valorativas, individual e coletivamente. A função simbólica é indissociável da função instrumental, serve como complemento reforçando o valor do bem jurídico protegido, por meio do desvalor atribuído a conduta elevada à categoria de delito (BASOCO, 1995, p. 10)

Hassemer assevera que política não é só questão de poder e interesses, mas defesa de elementos simbólicos: elaboração, identificação, eliminação e concreção de símbolos, que por vezes, não têm relação com a verdade, sendo reconhecidos pelo direito penal com a finalidade de criar uma realidade fictícia. Afirma o Autor, que recentemente nos Estados Unidos tem se desenvolvido

⁵⁸ Existe a definição de prevenção geral positiva de Jakobs que seria afirmar a validade da norma penal, que é na visão do autor o fundamento do direito, não havendo a necessidade de lesão ou perigo a bem jurídico.

cruzadas simbólicas com objetivo de reconhecer valores culturais e estilos de vidas, por meio penalização. Uma espécie de colonização mediante a proibição penal, na qual o legislador ocupa postura ativa em um processo fundamentalmente simbólico, de atribuição de etiquetas e estigmas ao ofensor (HASSEMER, 1995, p. 24).

Entretanto o conceito “direito penal simbólico” transcende a existência da função simbólica na pena. É uma análise sobre a produção penal em que há o prevalecimento do simbólico sobre o instrumental. Assim, realiza funções ideológicas, de interesses distintos dos declarados, servindo aos interesses hegemônicos (BASOCO, 1995, p. 13).

Para Alessandro Baratta a função simbólica ocorre dentro da teoria da prevenção geral positiva, na qual o tipo penal não tem a função de prevenir delitos, mas de reforçar a validade da norma, e a confiança no ordenamento jurídico. Essa concepção busca expressar os valores assumidos pelo direito, na imposição da moral dominante (BARATTA, 1995, p. 52).

Não existe um conceito preciso do direito penal simbólico, o qual tem sido representado pela dualidade entre o real e o normativo. Conforme Hassemer:

Não se encontrou um conceito preciso e apto de «simbólico» e «legislação simbólica». Existe um acordo global de respeito na direção em busca do fenómeno de direito simbólico: se trata de uma oposição entre «realidade» e «aparência», entre «manifesto» e «latente», entre o «verdadeiramente querido» e o «aplicado»; e se trata sempre dos efeitos reais das leis penais. «Simbólico» se associa com «engano», tanto em sentido transitivo como reflexivo (HASSEMER, 1995, p. 28)⁵⁹

Dessa análise, fica evidente que a nomenclatura “Direito Penal Simbólico” se refere a utilização do *status* do direito penal para cumprir outras funções que não estão contidas entre os objetivos previstos na norma. Além disso, é importante frisar que o próprio símbolo que a norma eleva, pode não ser o interesse buscado, tendo como finalidade cumprir outras atribuições, por isso é considerado um elemento de engano.

Para a compreensão do direito penal simbólico deve-se transcorrer a partir

⁵⁹ Tradução livre do autor, texto original: “no he encontrado un concepto preciso y apto de «simbólico» o «legislación simbólica»). Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre «realidad» y «aparencia», entre «manifesto») y «latente», entre lo (verdaderamente querido)) y lo ((otramente aplicado)); y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. «Simbólico» se associa con «engaño», tanto en sentido transitivo como reflexivo”

de quatro pressupostos: a) orientação nas consequências da norma penal; b) A análise não pode se apoiar nos objetivos descritos pelo legislador, deve se fundamentar objetivamente na previsibilidade e na probabilidades de efeitos; c) Só pode ser um conceito comparativo, entre a promulgação e a aplicação da lei; d) Não é um conceito analítico inócuo, meramente descritivo, é uma designação essencialmente crítica (HASSEMER, 1995, p. 28-29)

Portanto, depreende-se dos itens citados por Hassemer que a análise do simbólico deve ser feita com o foco na realidade e na capacidade do direito penal para produzir o resultado pretendido, buscando quais os efeitos reais da norma. Nessa apreciação, o reconhecimento da teoria pessoal do bem jurídico pode ser um limite para evitar a atuação penal simbólica, evitando, por exemplo, a criminalização de condutas que evidentemente não lesionam bem jurídicos. Entretanto, no contexto de política criminal de risco, como um modelo “preventivo” se utiliza do bem jurídico para cumprir função extrassistêmica⁶⁰ de ampliação penal, sem avaliação dos resultados práticos.

Nesse sentido, Baratta (1995, p. 48) aponta que o conceito extrassistêmico de bem jurídico está sendo usado prevalentemente no sentido extensivo, não limitador da atuação penal. Isso porque há uma facilidade de se argumentar e reconhecer a proteção penal de bens jurídicos citados na constituição de forma direta, sendo difícil estabelecer limites a criminalização de condutas que ofendem ou põe em perigo bens jurídicos constitucionais⁶¹.

Essa visão de ampliação do direito penal, dentro do chamado direito penal do risco, é o *discurso manifesto* da política criminal contemporânea. Entretanto, o resultado se dá apenas de forma simbólica. Podendo se cogitar a existência de *objetivos latentes* atrás desse discurso, essencialmente, quando inexistem efeitos instrumentais na proteção penal de determinado bem jurídico.

Por conseguinte, o direito penal simbólico é aquele em que as funções dissimuladas predominam sobre as manifestas. Em que se esperam outros objetivos na criação da norma e sua aplicação. A predominância de funções

⁶⁰ Se refere a utilização do conceito de bem jurídico na *ratio essendi* do legislador penal, o que deveria ser um parâmetro crítico vira um fundamento de mais criminalização.

⁶¹ Esse é um problema em relação ao meio ambiente, uma vez que além de elencar o meio ambiente como bem jurídico protegido, nossa constituição no art. 225, §3º (BRASIL, 1988) prevê expressamente a utilização do direito penal. É o que a doutrina chama de “mandado explícito de criminalização” (FELDENS, 2012, p. 73).

latentes leva ao engano ou aparências, os fins da norma são distintos do que se espera. Os objetivos, nesse contexto, não é a aplicação da norma, mas sua formação e publicação, não se esperam efeitos instrumentais (HASSEMER, 1995, p. 30).

Consustancia-se na utilização do direito penal como resposta vazia de conteúdo, que se tornou uma estratégia política frequente diante de problemas complexos, com o objetivo de obtenção do consenso. O que é tão buscado pelos políticos para agradar a opinião pública, diante de problemas de alto grau de interesse e alarme social (BARATTA, 1995, p. 54). A criação de novos tipos penais é uma resposta fácil, mesmo que os efeitos sejam a mera sensação de segurança, que não pode ser efetivamente proporcionada pelo direito penal.

Esse fenômeno se assemelha com a ideia de irresponsabilidade organizada de Beck, uma vez que não busca resolução efetiva do problema, mas a criação da ilusão de segurança, o que pode ser ainda mais prejudicial na tutela dos interesses ambientais. Hassemer aponta que o modelo penal simbólico, só privilegia o legislador e a administração pública, fraudando a discussão sobre forma e efetividade da tutela penal, que sequer é aventada:

O direito penal simbólico não alivia esse processo, mas fortalece-o. O ganho preventivo que traz consigo não ocorre com relação à proteção de direitos jurídicos, mas em relação à imagem do legislador ou do (empresário moral). O que é alcançado quando o direito penal simbólico realiza este engano entre funções latentes e manifestas é que a questão crítica sobre a capacidade real do direito penal para proteger os interesses legais nem sequer é levantada. (HASSEMER, 1995, p. 35)⁶²

Por meio da definição de direito penal simbólico, pode-se tomar uma posição crítica em face da aparente eficácia do direito penal na tutela de bens jurídicos. Conforme aponta Juan Basoco (1995, p. 11) “uma aparente eficácia que destina acalmar uma demanda social, e exonera o estado, que recorre a facilidade de impor medidas de políticas criminais, do que realizar programas mais amplos de política social”⁶³. No mesmo sentido Juarez Cirino afirma que “a política criminal

⁶² Tradução livre do autor, texto original: “*El Derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del ((empresario moral)). Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantea*”

⁶³ Tradução livre. Texto original: “*una apariencia de eficacia destinada a acallar una demanda social, y exonera al Estado, que recurrió a fáciles medidas de política criminal, de acometer programas más amplos de política social*”

do estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares” (SANTOS, 2008, p. 459).

Dentro da ideia de irresponsabilidade organizada e sociedade de risco encontra-se a demanda por ampliação dos instrumentos de controle, sem que haja resolução efetiva do problema, ao ponto de Beck argumentar que se trabalha com decisões que buscam uma “desintoxicação simbólica” (BECK, 1998, p. 243-244). Um dos pontos essenciais nessa questão é o chamado conflito de gerações, em que se utilizam instrumentos da sociedade industrial para conter riscos pós-industriais. Nesse sentido, o direito penal é um instrumento nitidamente de outra geração, que pode estar trazendo mais prejuízos do que soluções a questão ambiental, ainda mais, quando se apresenta na forma simbólica.

Importante análise é feita por Wolf Paul sobre a função manipuladora dos símbolos jurídicos na questão ambiental:

Os símbolos jurídicos possuem, neste sentido, função manipuladora, uma vez que criam admiração, tranquilidade e ilusões. Eles são os representantes de uma realidade fictícia, de uma falsa consciência e, também, produtores de auto-engano. Sabe-se que os próprios políticos, legisladores, juízes e funcionários do Direito Ambiental não são apenas produtores, mas igualmente, vítimas de suas interpretações simbólicas da realidade ecológica. Em sua imperturbável crença nas pretensões normativas e possibilidades instrumentais do direito ecológico, substitui a real situação do *ser*, pela fictícia situação do *dever ser*. (PAUL, 1997, p. 188)

Nessa relação, o *dever ser* tem preponderado sobre o *ser*. Acredita-se na capacidade penal de produzir resultados diretos na proteção do meio ambiente, quando se sabe que o fim do processo penal é a individualização, imputando um fato a alguém. A responsabilização penal isola a conduta de todo o seu contexto social e político, serve para a descontextualização, despolitização e simplificação de conflito (COSTA, 2010, p. 137). Nesse sentido o direito penal ambiental é mais interessante à indústria poluidora do que à sociedade:

As constelações de poder dominantes impedem uma mudança necessária de orientação da política ambiental, uma mudança que escapa do direito penal ambiental efetivo (e barato) em termos simbólicos que anteriormente expusemos, para se tornar uma conseqüente política ambiental que intervém radicalmente em os processos produtivos. Em vista da ameaça ecológica atual, se algo pode ser rotulado como “favorável à indústria”, é a confiança no direito penal do meio ambiente como instrumento de controle social. (MÜLLER-TUCKFELD, 1999, p. 528)⁶⁴

⁶⁴ Tradução livre do autor, texto original: “Las constelaciones de poder dominantes impiden un necesario cambio de orientación de la política ambiental, un cambio que huya del Derecho penal

A partir do reconhecimento de que o a tutela penal se encontra dentro do modelo simbólico, legitimam-se outros interesses pelo direito penal que permite a irresponsabilidade organizada. O direito penal, nesse contexto é utilizado para restringir questões secundárias, enquanto convalida o problema principal, se aproximando das descrições críticas de Beck (1998, p. 108) uma vez que os riscos ambientais se dão num contexto social e coletivo, mas a responsabilização penal é essencialmente individual (BECK, 1998, p. 110). A ausência de efetividade na tutela penal simbólica do meio ambiente arruína a proteção ambiental, dentro da burocratização e descontextualização do direito penal, fomentando a irresponsabilidade. Graziano Sobrinho aponta que essa forma de atuação colabora com seletividade:

(...) há uma *despolitização e descontextualização dos conflitos sociais*, o que permite aumentar os níveis de impunidade e de imunidade de certos grupos sociais, aumentando-se, entretanto, a criminalização de condutas e a seletividade criminal em função da inadequação dos programas de repressão penal com a expansão dos meios a atingir todos os setores sociais. (GRAZIANO SOBRINHO, 2007, p. 221)

Na análise do controle criminal de condutas lesivas ao meio ambiente e os déficits que apresentam, o simbólico exerce outras funções, escondendo os interesses econômicos que sempre estiveram presentes na atuação criminal. Em face das classes subalternas como forma de administração dos excluídos⁶⁵, ou na expressão simbólica do direito penal secundário (ambiental ou econômico) cujo interesse é desfocar o problema social, utilizando da proteção penal como embuste político.

A aproximação entre direito penal simbólico e irresponsabilidade organizada demonstra importante capacidade crítica. Colabora com a visão mais apurada sobre a verdadeira função cumprida pelo direito penal ambiental, de irresponsabilizar os sistemas econômicos e os meios de produção na degradação ambiental. Fatores que não são levados às arenas políticas, entre outros motivos,

ambiental eficaz (y barato) en términos simbólicos que antes hemos expuesto, para transformarse en una política ambiental consecuente que intervenga de forma radical en los procesos productivos. A la vista de la actual amenaza ecológica, si algo puede ser tildado de «favorable a la industria» es la confianza en el Derecho penal del medio ambiente como instrumento de control social”

⁶⁵ Conforme Graziano Sobrinho (2007, p. 197): “a forma encontrada para administrar e conter massas de insatisfeitos e excluídos pelo mercado, é a utilização do sistema de controle social, do tipo penal, isto porque a sociedade capitalista (na versão neoliberal ‘capitalismo de mercado’) está baseada na desigualdade e subordinação, necessitando, pois, de um sistema de controle social do desvio do tipo repressivo, através do aparato do sistema penal do direito burguês”

pela confiança na capacidade penal dentro da sociedade que clama por criminalização.

É importante estabelecer, que tanto Beck quanto Hassemer, em suas perspectivas sobre a utilização simbólica do direito, não avançam na temática sobre as origens dos problemas (riscos) que o direito penal tende a legitimar. Ou seja, ambas as teorias não respondem o porquê que determinados interesses se hegemonizam nas relações de definição, seja sobre os riscos ou na escolha de instrumentos para combatê-los.

Os autores convergem em suas análises, embora não busquem a origem político-econômica dos problemas, o que seria essencial dentro de uma crítica materialista. Suas contribuições, irresponsabilidade organizada (Beck) ou utilização simbólica do direito penal (Hassemer), são direcionadas a utilização dos instrumentos existentes, que atenderiam outros objetivos não declarados.

Nesse sentido, ambos autores contribuem para o reconhecimento da falta de efetividade e incoerência dentro do próprio sistema. Entende-se fundamental a crítica da utilização de instrumentos jurídicos dentro de seus parâmetros, o que evidencia que mesmo dentro da lógica de Estado Democrático de Direito, igualitário e humanitário, existem incongruências insuperáveis.

Ambas as teorias permitem reconhecer que alguns instrumentos sociais de controle de riscos, em especial o direito penal, não servem para seus objetivos declarados. Levando à discussão de novas propostas, jurídicas ou não, na tutela dos problemas da sociedade contemporânea, tendo como objetivo, sempre a diminuição do âmbito de atuação penal.

Não obstante, acredita-se que a crítica ao modelo simbólico de direito penal e a produção de irresponsabilidade organizada, pode abrir espaço para discussões mais profundas, que ultrapassam o direito penal. Como na análise do modelo capitalista, que influencia toda a política criminal, não sendo diferente em relação ao meio ambiente. O que foge dos objetivos desse estudo.

3.6 A LEI 9.605/98: CARACTERÍSTICAS DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O FOMENTO À IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA

A partir do conceito de direito penal simbólico, pode-se analisar a lei de crimes e infrações ambientais brasileira, a fim de identificar a irresponsabilidade

organizada. Nesse sentido, mais do que servir para fins instrumentais, a lei teria funções latentes, de embuste político para acalmar a opinião pública, dando uma falsa segurança de proteção ambiental.

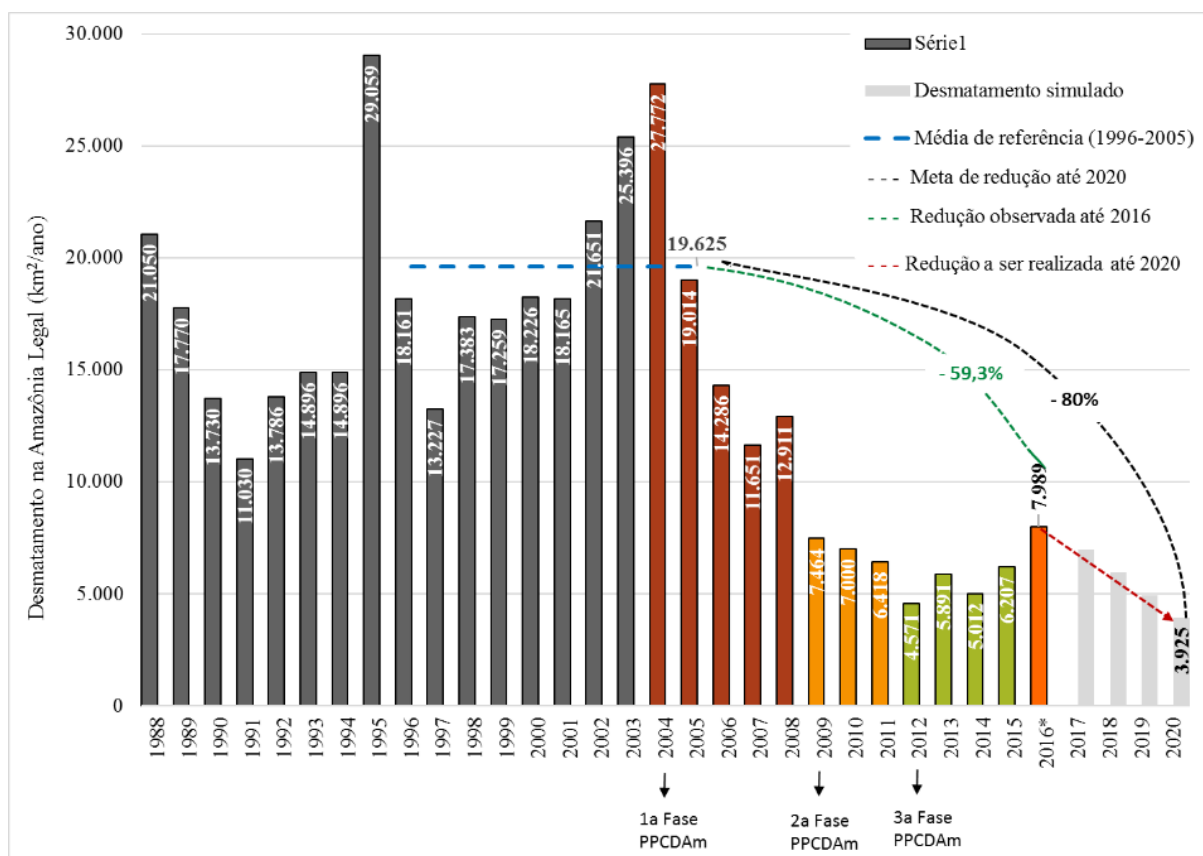
Helena Lobo da Costa sintetiza alguns indicadores do direito penal simbólico, os quais a Autora utiliza para à análise da lei 9.605/98, sendo eles: a *inefetividade instrumental* da norma penal; a *incapacidade estrutural de produzir resultados instrumentais*; *as circunstâncias em que as normas são produzidas*; e o *engano contido na norma* (COSTA, 2010, p. 116 e ss). Esses indicadores permitem identificar uma lei penal simbólica e, também, serão utilizados neste tópico:

3.6.1 Inefetividade instrumental da norma:

Na análise empírica sobre a efetividade de uma norma penal há dificuldade em isolar a lei diante das inúmeras variáveis (COSTA, 2010, p. 117). Em relação a lei penal ambiental, não existem estatísticas oficiais, além de que são poucos os estudos empíricos sobre o tema. Em especial sobre os efeitos preventivos da norma, dentro da ideia de prevenção geral negativa, tem-se reconhecido que dados estatísticos podem ser inverificáveis (BARATTA, 1995, p. 50). Situação lógica, pois não tem como referenciar o número de condutas ilícitas que deixam de ser praticadas em razão da coerção psicológica.

Por essas razões, para análise da efetividade Helena Costa utiliza dados relacionados ao desmatamento da Mata Amazônica, que pela lógica de efetividade penal deveria ter surtido efeitos nessa conduta. Entretanto, os dados trazidos pela Autora apontam o crescimento do desmatamento após 1998 até o ano de 2004, o que indica à inexistência da contribuição da lei penal na redução desses dados (COSTA, 2010, p. 141).

Importante salientar que, embora com a lei penal não tenha ocorrido a diminuição dos índices de desmatamento, a partir de 2005, um ano após a criação do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm) reduziram-se consideravelmente as taxas de desmatamento. A redução constatada chega a 70% entre os anos de 2004 (27.772 km²) a 2016 (7.989 km²), através da atuação por meio de políticas públicas de ordenação do solo e fiscalização administrativa, conforme gráfico que segue:



Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) (MMA, 2016)

Esses dados do Ministério do Meio Ambiente demonstram maior capacidade das ações preventivas técnicas (fiscalização) na proteção do meio ambiente, que a proteção oferecida pela esfera penal. Fator importante na análise de instrumentalização extrapenal.

Ainda, em relação a inefetividade da lei 9.605/98, é importante a verificação da falta de executabilidade dentro do próprio sistema penal. Demonstra-se que os processos criminais ambientais não estão sendo levados à cabo, nem tem responsabilizado grandes poluidores. Fator que permite trabalhar com ideia de que a burocratização do direito penal leva a irresponsabilidade de infratores, da mesma forma prevista por Beck, pela falta de imputabilidade.

Nesse sentido, destaca-se a análise quantitativa realizada por Héli da Vieira no município de Corumbá/MT, entre os anos de 2005 a 2010, na qual identificou que 70% dos processos que versavam sobre crimes ambientais não foram julgados, e ainda que 14% dos casos foram absolvidos (VIEIRA, 2012).

Outra demonstração dessa falta de efetividade é a análise de Márcia

Elayne Moraes, que analisou vários inquéritos criminais e chegou à conclusão de que não se vê a responsabilização de poluidores de peso, conforme a autora:

(...) verifica-se, um critério seletivo das condutas ambientais na esfera penal, uma primeira fase de fiscalização do poder de polícia, a qual seleciona, através do que lhe é "visível", pelo maior e melhor acesso. Nessa primeira etapa, os maiores selecionados referem-se a delitos de pessoas físicas como pesca (46%) e pássaros em cativeiro (16,3%), em um universo de 572 casos analisados (MORAES, 2004, p. 183)

Segundo a autora, tal seletividade demonstra um desconforto em relação a lei, pois pune aquele que pesca, mas autoriza aquele que mata o rio amparado por licenças ambientais (MORAES, 2004, p. 184). Tal seletividade, mostra a falta de legitimidade do sistema penal, que em meio a máquina burocrática encobre os reais poluidores. A falta de efetividade seria decorrente da própria lógica do direito penal, incapaz de lidar com a complexidade do bem jurídico ambiental.

Com o intuito de verificar dentro do sistema penal o resultado dos processos criminais ambientais, no presente estudo foi feita análise quantitativa das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em crimes ambientais. O estudo chega a números semelhantes aos apresentados, reforçando a ideia de que atuação penal ambiental tem se apresentado como direito penal simbólico.

3.6.1.1 Análise de Julgados de Crimes Ambientais do TJRS:

a) metodologia:

Neste item será realizada uma análise quantitativa a respeito dos crimes ambientais julgados pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Foram analisadas as decisões em apelação, a fim de verificar o número de condenações, absolvições e processos extintos por prescrição, tendo como parâmetro o ano de 2016.

O instrumento utilizado para exame foi a ferramenta Pesquisa de Jurisprudência disponibilizada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<http://www.tjrs.jus.br/busca/search/>), acessado no dia 10 de novembro de 2017, tendo utilizado como termo de referência no campo "Pesquisa Livre" as palavras [Crime Ambiental]. Nos critérios de pesquisa foi delimitada a data de julgamento, tendo como termo inicial 01/01/2016 e final 31/12/2016. Foram preenchidas as

demais opções da seguinte forma “Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal”; “Relator/ Redator: Todos”; “Tipo de Processo: Apelação crime”; “Classe do CNJ: Todos”; “Assunto: Todos”; “Referência legislativa: Não preenchido”; “Jurisprudência: não preenchido” “comarca de origem: não preenchido”;

Utilizando esses critérios foram encontrados um total de *69 acórdãos em apelação crime na 4ª Câmara do TJRS no ano de 2016*. Essa câmara é responsável pelos crimes ambientais de maior gravidade, que não são infrações de menor potencial ofensivo, responsabilidade das Turmas Recursais, o que justifica a escolha desse órgão para a pesquisa.

Outro motivo da preferência pela 4ª Câmara é de ordem prática. Como objetivo é analisar decisões de mérito (absolvição, prescrição e condenação) a pesquisa se limitou aos recursos de apelação, que não existem nas turmas recursais.

Entre os 69 processos, a análise se deu por fato ilícito, não por número de processo. Ou seja, nos casos em que o Réu foi julgado por mais de um crime ambiental, verificou-se o fato individualmente, bem como, nos processos em concurso de agentes foi analisada a decisão em face de cada Réu. Dessa forma chegou-se ao número de 144 delitos ambientais analisados em apelações pela 4ª câmara crime do TJRS no ano de 2016, conforme relatório que se encontra em anexo.

É importante esclarecer que essa pesquisa limitada em relação ao grande número de processos ambientais em primeira instância, os quais não podem ser acessados por meio de pesquisa livre no site do TJRS. Além disso, não se encontram dados oficiais sobre o tema no site da justiça gaúcha de quantos processos em crimes ambientais foram julgados em primeira instância, quantas transações penais realizadas.

Outro fator que dificulta a pesquisa, é o fato de que a maior parte dos crimes ambientais são possíveis de transação penal e/ou suspensão condicional do processo⁶⁶, não se chegando a um julgamento de mérito e a sanção penal aplicada. Pode-se dizer que a maior atuação do direito penal ambiental se dá nessa fase.

Entretanto, em relação aos casos que chegam no TJRS a presente pesquisa é relevante, pois analisa 69 processos de um total de 171 decididos em 2016,

⁶⁶ Analisando a penas em abstrato de cada tipo da lei 9605/98, verifica-se que apenas 2 crimes não são possíveis de Suspensão Condicional do processo.

conforme Relatório Anual do TJRS, disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/>>.

Esse dado é importante, pois demonstra, também o ínfimo número de processos relacionados a crimes ambientais que chegam no TJRS. De um total de 61.764 processos crimes julgados no ano de 2016, os 171 processos de crimes ambientais representam 0,28% dos processos criminais julgados pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, conforme quadro abaixo:

ANO	PROCESSOS CRIMINAIS DISTRIBUIDOS	PROCESSOS CRIMINAIS JULGADOS	PROC. CRIMES AMBIENTAIS DISTRIBUÍDOS	PROC. CRIMES AMBIENTAIS JULGADOS	PERCENTUAL DE CRIMES AMBIENTAIS JULGADOS EM RELAÇÃO AO TOTAL
2003	28.248	26.009	48	44	0,17
2004	27.888	24.883	59	48	0,19
2005	29.479	26.850	89	86	0,32
2006	35.071	30.354	140	129	0,42
2007	36.331	35.009	174	141	0,4
2008	35.354	33.620	196	162	0,48
2009	38.866	33.436	195	183	0,55
2010	44.978	39.637	190	172	0,43
2011	45.549	38.430	178	147	0,38
2012	45.799	42.951	228	207	0,48
2013	53.757	46.055	238	230	0,5
2014	55.789	49.322	220	182	0,37
2015	59.563	59.388	207	186	0,31
2016	63.800	61.764	205	171	0,28

Fonte: Quadro produzido pelo autor com base no relatório anual de prestação de contas do TJRS.

b) análise dos Julgados:

De um total de 144 condutas verificadas, chegou-se ao número de 75 absolvições (52% dos casos). Na maioria dos casos as absolvições ocorrem por ausência de prova, pois no processo criminal é necessário exame de corpo delito em crimes que deixam vestígios (art. 158 do CPP)⁶⁷. Com isso, na maioria dos casos necessita de perícia para demonstrar a materialidade do crime⁶⁸. Em outras hipóteses a complexidade da matéria exige laudo pericial para configurar a tipicidade da conduta⁶⁹.

⁶⁷ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (BRASIL, 1941)

⁶⁸ Muitos casos que envolviam poluição (art. 54, §2º, V da lei 9605/98) foram absolvidos por ausência de perícia.

⁶⁹ É o caso do art. 38 da lei 9605, conforme bem demonstra a Ementa que segue: APELAÇÃO-CRIME. ART. 38 DA LEI Nº 9.605/98. CORTE DE ÁRVORE. FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. Não comprovado que se tratava de floresta, inexistindo laudo pericial e sendo a prova

Outro dado obtido com a pesquisa quantitativa, foi a verificação de 24 casos de prescrição (17%). Deve-se levar em conta que as penas previstas em crimes ambientais são baixas, e a prescrição é calculado pela pena em abstrato ou em concreto. Nesse sentido, o número encontrado pode ser considerado normal, até mesmo baixo, já que as penas são menores.

Além disso, dos 144 fatos analisados, em 14 casos (10%) não houve análise de mérito. Eram determinações relacionadas a definição de competência, perda de objetos relacionados ao crime, devolução de processos a primeira instância para o oferecimento de suspensão condicional do processo, entre outras.

Por fim, dos 144 delitos verificados chegou-se a 31 condenações, apenas 21% dos casos. Nesse contexto, dentro da lógica de que o sistema penal consegue eficiência na penalização do infrator, o baixo índice de condenações é um dado que deve ser considerado pela política criminal ambiental.

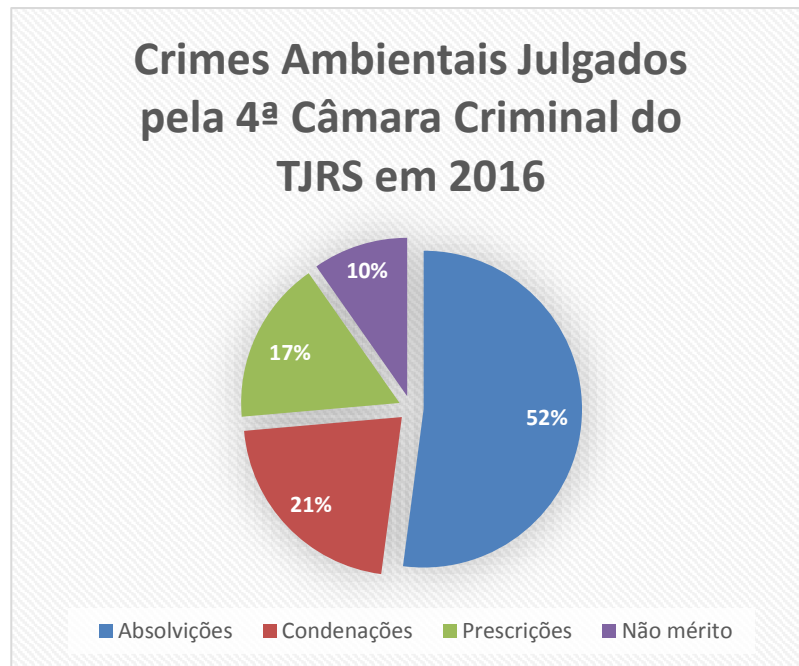
Dessas 31 condenações todas tiveram suas penas substituídas por restritivas de direitos, quase sempre pena pecuniária cumulada ou não com prestação de serviços à comunidade. Não houve qualquer condenação que gerasse pena privativa de liberdade, o que demonstra a desnecessidade de tutela penal, já que boa parte das penas restritivas de direitos poderiam ser aplicadas na esfera administrativa sancionadora, algumas já descritas no art. 72 da lei 9605/98 (que trata das infrações administrativas).

Embora não possam ser consideradas conclusivas em relação ao todo, essa análise dá fortes indícios de inefetividade, demonstrando a baixa produtividade do sistema, mesmo diante dos casos mais graves. Tal contexto de inúmeras absolvições é motivado pela burocracia e formalidade própria do processo criminal que não foi criado para lidar com bem jurídico tão complexo. Dessa análise evidencia-se a irresponsabilidade organizada, na qual as penas são previstas pela norma, mas não levam a responsabilização

Para ilustrar os dados encontrados, segue tabela e gráfico com os resultados encontrados:

testemunhal frágil para conferir certeza necessária à formação de juízo condenatório, impositiva a solução absolutória. ART. 60 DA LEI Nº 9.605/98. ESTABELECIMENTO POTENCIALMENTE POLUIDOR. A potencialidade poluidora de estabelecimento não pode ser presumida da só ausência de licença ou autorização do órgão ambiental competente. Absolvição mantida. Apelo improvido, por maioria. (Apelação Crime Nº 70068244102, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 28/04/2016)

Absoluções	75
Condenações	31
Prescrições	24
Não mérito	14
TOTAL	144



3.6.2 – A incapacidade manifesta de produzir resultados instrumentais;

Toda a crítica doutrinária em relação a lei de crimes ambientais é um indício que deve ser considerado a respeito da falta de capacidade para lidar com a tutela ambiental.

Primeiro, a lei diverge da tradição penal de atuação subsidiária, utilizando crimes de mera conduta que não lesam o bem jurídico, e que se confundem com normas administrativas. Fatores que apontam para a falha de técnica legislativa e desrespeito aos princípios penais, demonstrando certa ilegitimidade.

Helena da Costa aponta à existência de falhas técnicas, como por exemplo: posição de garantidor além dos limites; responsabilização da pessoa jurídica; e tipos penais incompreensíveis e difícil aplicação. Esses fatores fortalecem o indicativo de uso simbólico do direito penal (COSTA, 2010, p. 144).

Nesse ponto, mais do que levantar a incapacidade jurídica da lei 9605/98,

deve-se ressaltar a inaptidão penal para lidar com o tema ambiental. Podendo se levantar dois motivos: em primeiro lugar, a maior parte das contaminações ocorrem de forma permitida administrativamente, e não atingem o tipo penal⁷⁰ (MÜLLER-TUCKFELD, 1999, p. 517). Em especial, quando há negociações envolvendo grandes empresas que contaminam dentro de limites estabelecidos, mas que em comparação as condutas criminalizadas, maioria pessoas físicas, é mais prejudicial ao meio ambiente. O Segundo motivo, é que nos casos de contaminação ilegal de substancias tóxicas a prova é complexa, exigindo perícias técnicas. (MÜLLER-TUCKFELD, 1999, p. 518)

Com isso novamente as criminalizações recaem apenas sobre as condutas mais insignificantes, e assim como o direito penal nuclear é seletivo, na esfera penal ambiental tem sido difícil a incriminação de grandes empresas. A incapacidade do direito penal na tutela do intrincado bem jurídico ambiental é evidente nesse ponto, o mesmo ocorre na lei 9.605/98.

3.6.3 - As circunstâncias em que a lei foi criada:

Nesse ponto, um dado importante é que lei 9605/98 foi publicada em fevereiro de 1998, logo após incêndio ocorrido em Roraima de enormes dimensões, que ganhou destaque na imprensa internacional. Além disso, no ano de 1995 houve o recorde de desmatamento, levando a uma solicitação, do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que houvesse urgência na votação da lei de crimes ambientais, ainda mais por ser um ano eleitoral. Dessa forma, a fase de discussão foi abreviada e o projeto aprovado rapidamente (COSTA, 2010, p. 146).

Essa conjuntura serve de parâmetro na configuração da legislação penal como uma resposta simbólica do legislativo ao problema ambiental. Fato que ainda ocorre, basta analisar que após o desastre da barragem de Fundão no Município de Mariana/MG foram criados diversos projetos de lei com objetivo de aumentar as penas dos crimes ambientais. Destaca-se entre eles o PL 5513/16 do deputado Helder Salomão – PT/ES para o art. 54 da lei 9.605/98 prevê a pena de reclusão,

⁷⁰ Exemplo no art. 54, §2º, V da lei 9605/98 aponta o crime de lançar resíduos no meio ambiente, mas desde que em desacordo com as exigências contidas em lei ou regulamentos administrativos. Logo, se um regulamento permite o descarte de um determinado produto nocivo não há crime. Também não existe crime se a emissão ocorre dentro dos limites definidos fora da esfera penal.

de seis a quinze anos, e multa. E ainda, altera o art. 60 da lei, que passaria a vigorar com o seguinte tipo:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, inclusive barragem, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente (BRASIL, 2016)

O projeto em apreço é uma demonstração da utilização simbólica da lei com intuito de provar atitude dinâmica por parte do legislador, o que fica claro na expressão “inclusive barragens” contida no PL ao modificar o art. 60.

Entretanto, esse é apenas um exemplo de que após tragédias e demandas por solução, o legislativo consegue apresentar respostas rápida através da criação de leis penais, sendo uma das características destacadas em relação a lei 9605/98, que no ano de 1998 foi votada e aprovada em um contexto de exigências externas, fator que indica lei simbólica.

3.6.4 – O engano contido na norma

Esse é o último componente da análise de normas simbólicas. O engano contido na norma se caracteriza pela predominância das funções latentes sobre a função instrumental (HASSEMER, 1995, p. 29). Ou seja, é o ponto mais abstrato da aferição, que estaria na função ideológica escondida na norma.

Para Helena da Costa duas características de engano são encontradas na lei 9605/98. A primeira, a aprovação célere da lei, que busca demonstrar presteza da administração pública com a questão ambiental em período próximo às eleições. O segundo, seria optar pela lei penal (barata e rápida), como forma de evitar medidas complexas e dispendiosa na proteção ambiental (COSTA, 2010, p. 146).

Não obstante, o maior elemento de engano é a aparência de eficácia que a lei penal representa, em seu efeito apaziguador, que causa inércia na resolução de problemas complexos. Há o entendimento de que a criminalização de condutas em face do meio ambiente é mais prejudicial do que benéfica, quando encobre uma realidade, e dá uma falsa aparência de proteção ambiental (RAMIREZ, 1995).

O sistema que se desenvolve com a lei 9605/98 se aproxima sem dúvidas

do modelo penal simbólico, suas funções instrumentais são ínfimas, se comparado com o caráter simbólico da lei. Os dados levantados a respeito do tema levam a mesma conclusão.

Quando se fala em proteção penal ambiental, imediatamente deve se levar em conta que a sua atuação favorece a despolitização, descontextualização e individualização do conflito, em um contexto em que os maiores danos ambientais são decorrentes de decisões sociais, políticas e econômicas, e não meramente individuais (COSTA, 2010, p. 147). Dessa forma, o discurso do direito penal ambiental é de que a destruição do meio ambiente é praticada apenas por condutas ilegais e individuais. Enquanto são ocultados os verdadeiros problemas ambientais relacionados com as formas de produção, em que a poluição se dá legalmente. Desse modo se personaliza e individualiza uma contradição social e sistêmica muito mais profunda (MÜLLER-TUCKFELD, 1999, p. 525-526).

Dessa forma, o direito penal estaria cumprindo a sua função latente simbólica, como uma aparência de proteção jurídica, em que casos individuais sob os holofotes da mídia e do direito penal chamam a atenção, e demonstram a ilusória efetividade da tutela penal. No debate político-criminal, os contrários a tutela penal ambiental são vistos como antiambientalistas, preocupados com interesses empresariais. Enquanto isso, objetivos escusos são cumpridos, não se buscam outras hipóteses de produção e regulação, novas indústrias vão se instalando e poluindo dentro dos parâmetros permitidos. O objetivo oculto pode ser resumido na seguinte frase de Jens Muller-Tuckfeld (1999, p. 527): “quanto mais direito penal do meio ambiente exista, menos política ambiental haverá”.

No fundo, a utilização do direito penal aparenta ser um apelo ideológico em demonstrar a importância do meio ambiente como bem jurídico por meio do efeito simbólico penal. Entretanto, os efeitos secundários altamente negativos que a tutela penal pode ter são despercebidos, às vezes cruéis⁷¹. A dificuldade de se pensar novas formas de proteção, a individualização dos conflitos sociais, e a passividade em relação as mudanças socioeconômicas mais densas, são exemplos disso. Levando, inevitavelmente, à Irresponsabilidade Organizada.

Em contrapartida, as mudanças realizadas com intuito de flexibilizar

⁷¹ A exemplo do que ocorre com a criminalização do aborto, de perversos efeitos secundários, mas que em razão de uma moral religiosa se mantém a criminalização de caráter evidentemente ideológico (BASOCO, 1995, p. 21)

garantias penais para atender os anseios de criminalizar os potenciais poluidores, além de não atingir a grande indústria, redirecionam-se em face daqueles clientes assíduos do direito penal, aumentando as dificuldades já vivenciadas socialmente, de criminalização dos problemas sociais.

Por isso, a análise do direito penal simbólico permite discutir a contraproduktividade da norma penal e a falta de legitimidade desse sistema. Sendo ponto de partida para análise de alternativas ao modelo de expansão penal, e a possibilidade de tutela ambiental por outros ramos do direito. Nesse sentido, destaca-se as propostas de Hassemer e Silva Sanchez, com novas possibilidades para o direito penal, essencialmente, no que se refere a criminalidade moderna, dentre as quais está a criminalidade ambiental.

4. O DIREITO DE INTERVENÇÃO COMO ALTERNATIVA AO DIREITO PENAL AMBIENTAL: A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Neste tópico serão analisadas propostas alternativas ao direito penal ambiental, em especial, a opção do Direito de intervenção desenvolvida por Hassemer, e a proposta direito penal de segunda velocidade criada por Silva Sánchez.

Ao final, em razão de estudos existente no Brasil que aproximam o direito de intervenção com o direito administrativo sancionador, será verificado tal ocorrência dentro da esfera ambiental, nas infrações administrativas previstas no decreto 6.514/08. Com o referencial teórico utilizado pretende-se verificar a possibilidade de criação de um modelo próximo ao direito de Intervenção na esfera penal ambiental, a partir da reestruturação do direito administrativo sancionador.

4.1 PROPOSTAS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO;

A partir do contexto de irresponsabilidade organizada, o debate a respeito do direito penal ambiental, deve estar direcionado aos seus resultados concretos. Nesse panorama, diante da possível contraproduzitividade da norma penal, é imperioso pensar em modelos alternativos, capazes de combater a criminalidade moderna⁷². Entretanto, é importante frisar que não se pretende exaurir a análise de todas hipóteses ao direito penal, o que foge do objeto do presente estudo, que se dá, essencialmente nas ideias de Hassemer e Silva Sánchez⁷³.

Diante dos autores estudados nesse trabalho, são encontrados alguns objetivos em comum, destacamos dois: a) frear a expansão na esfera penal, e a flexibilização dos princípios clássicos desse ramo; b) buscar instrumentos mais efetivos na tutela de novos bens jurídicos.

Do encontro entre os dois objetivos, o direito penal deve permanecer com

⁷² Embora Hassemer e Silva Sánchez elaborem alternativas para a diminuição do direito penal moderno, consideramos necessário encontrar alternativas, também, em face da criminalidade clássica, seletiva e classista. Nesse sentido, as propostas dos autores poderiam ser utilizadas na despenalização de condutas do núcleo penal, como nos crimes contra o patrimônio e honra, por exemplo.

⁷³ Sobre outras hipóteses alternativas pode-se verificar a análise de Neumaan (2016)

suas características de intervenção mínima, atuando de forma subsidiária, zelando pelas garantias individuais, o que se espera de um estado democrático de direito. Em contrapartida, não está abrindo-se mão da tutela jurídica dos novos interesses contemporâneos, apenas, busca-se atuações diferenciadas e mais efetivas que a penal, que possibilitem um agir estatal flexível e mais preventivo na tutela de bens jurídicos complexos.

Um ponto fundamental nessas propostas é o fato de que não haveria pena privativa de liberdade, o que legitimaria a atuação preventiva, permitindo modelos de perigo abstrato, normas em branco ou abertas, bem como facilitaria a sanção da pessoa jurídica. A ideia é que afastando toda a carga que o direito penal representa, uma vez que é sistematizado por meio da pena privativa em liberdade, possibilitaria a flexibilização de garantias nesses novos modelos, podendo assim, avançar qualitativamente no real interesse dos modelos penais modernos, qual seja, prevenção e controle de riscos.

Na esfera ambiental, o direito penal no Brasil tem, quase que de forma unânime, levado a condenações restritivas de Direito, aproximando-o das sanções administrativas. Em razão disso, poderia ser englobado por esses novos ramos, em especial, do modelo interventivo proposto por Hassemer.

4.1.1. Proposta de Silva Sánchez: Direito Penal de Segunda Velocidade

Em seu livro sobre a expansão do direito penal, Silva Sánchez analisa profundamente o desenvolvimento penal nas últimas décadas. O autor tem preocupações com a inflação penal, em especial, no desenvolvimento da administrativização do direito penal, que ocasiona uma massiva utilização dos crimes de perigo abstrato, de acumulação, entre outros problemas de legitimidade.

Nesse sentido, o Autor afirma que até seria coerente uma proposta de redução da atuação penal, o qual atuaria apenas em relação à proteção da vida, saúde, liberdade e patrimônio, reconduzindo os modelos do direito penal expansivo a outros ramos. Entretanto, diante do contexto social de exigência por maior flexibilização penal, Silva Sánchez considera impossível a retirada desses novos modelos de incriminação (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 178-179). Em sua perspectiva, a expansão do direito penal é realidade difícil de retroceder, dando

uma opção alternativa, já que considera improvável o movimento de despenalização, propõe que as sanções não sejam privativas de liberdade, nos casos modernos em que há a flexibilização de garantias. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 186).

Embora tenha constatado o avanço do direito penal e os riscos às garantias individuais, Silva Sánchez aponta para uma alternativa interna, dentro dos limites do direito penal. Segundo a compreensão de Bottini é “um sistema que faça frente aos novos riscos e que, ao mesmo tempo, respeite princípios e garantias de um Estado Democrático de Direito” (BOTTINI, 2013, p. 79). Essa proposta permite verificar duas formas de atuação do direito penal, as chamadas “duas velocidades”.

A forma como Silva Sánchez constrói seu raciocínio é fundamental para compreender os objetivos da proposta. O ponto de partida da argumentação é a relação direta entre as garantias individuais, proporcionadas ao Réu em um sistema de responsabilização, e a gravidade das sanções, que resultam da sua aplicação.

(...)considero possível sustentar a ideia de que a configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, tem uma clara dependência das suas consequências jurídicas, sua configuração e sua teleologia” (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 179)

Em cada sistema jurídico sancionatório haverá diferenciação em relação às garantias em razão das consequências da sanção. Diante de tal circunstância, é admissível para o autor que dentro do sistema penal possam ser modificadas garantias se abrandadas às consequências. A rigidez dos princípios e garantias penais, são consequência das penas de morte e corporais aplicadas tradicionalmente, e ainda hoje, uma pena tem consequências ao *ser*: a pena privativa de liberdade (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 180).

Diante disso, para o Autor é a pena privativa de liberdade que deve ter sua expansão contida. Nessa perspectiva, a diminuição de garantias poderia ser aplicada e até legitimada pelo direito penal contemporâneo, desde que as sanções fossem pecuniárias ou privativas de direito, no lugar das penas privativas de liberdade (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 182). Seria o mesmo que ocorre em relação às garantias no direito administrativo e civil, para Sánchez quando às penas não forem de prisão poderiam ser limitadas as garantias dentro do direito

penal.

Na opinião de Sanchez não haveria qualquer problema admitir esse modelo de menor intensidade de garantias dentro do próprio direito penal quando as sanções previstas não forem a de prisão. Apontando como vantagens na utilização desse modelo: a) se comparado ao direito civil teria a dimensão sancionatória, força dos mecanismos de persecução, e a maior dimensão simbólica-comunicativa; b) se comparado ao direito administrativo seria um instrumento mais neutro, diante da imparcialidade jurisdicional, o que para o Autor torna mais difícil a corrupção do juízo (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 184-185).

A característica do direito penal é a sanção privativa de liberdade dentro do *núcleo* do direito penal, que, via de regra, é a única pena que à administração pública não pode impor. Nessa acepção, seria razoável que um direito penal mais longe de seu núcleo, no qual impusesse penas semelhantes às sanções administrativas, flexionasse os critérios de imputação e às garantias político-criminais. Assim, a característica essencial da proposta é a manutenção da judicialização do conflito, da mesma forma que se mantém o simbolismo penal do ilícito, mesmo que não tivesse a repercussão da pena de prisão (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 189).

Seria um modelo intermediário, nem tão amplo e flexível como se tem desenvolvido a criminalização moderna, e nem tão mínimo como às propostas clássicas. Para o autor, a sociedade atual não está disposta a admitir a minimização do direito penal, entretanto, não precisa levá-lo ao modelo máximo. Por critério de proporcionalidade, a conduta só será sancionada com a prisão, quando for significativa afetação ao bem jurídico, numa análise individual, mantendo um sistema claro de imputação pessoal. Contudo, quando a sanção não é a prisão, desnecessita tão restrita afetação pessoal, podendo-se flexibilizar o modelo de imputação. Entretanto, todo o procedimento ocorre dentro de um órgão jurisdicional penal, a fim de preservar os elementos de estigmatização social e o efeito simbólico comunicativo (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 190-191). Em resumo, Sánchez afirma:

(...)meu juízo seriam “duas velocidades” do Direito penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais, e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de

prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 193)

A proposta de Sánchez tenta ser mais realista. Entretanto, diante da sua constatação dos efeitos perversos da expansão, é uma resposta que parece ilógica, pois os motivos que o levam a optar pelo modelo de duas velocidades são dois: a) a utilização do aparato penal e do consequente efeito simbólico; b) não ir contra a maré expansiva. Ou seja, embora toda crítica ao modelo expansionista penal, o autor parece ceder a essa situação, sem perspectiva de mudança, por isso considera-se uma proposta pessimista.

Para Sánchez como não há um único modelo de expansão penal, a modernização se dá de duas formas: a) crimes que podem ser punidos com pena privativa de liberdade; b) delitos puníveis com outras sanções. O Autor concorda com a criminalização de novos ilícitos que levem à prisão, entendendo que não se pode limitar a atuação penal apenas às condutas clássicas, do núcleo definido pela forma liberal mínima (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 187).

Nesse sentido, existe uma expansão penal que o Sánchez considera razoável, ainda que aplicada a pena privativa de liberdade, condutas que por si só lesionam ou põem em perigo real a bens jurídicos individuais, ou eventualmente, bens coletivos. Contudo, nesses casos devem ser resguardadas as garantias, próximas do modelo clássico. Paralelamente, permite-se a utilização de delitos de perigo presumido, delitos de acumulação, mas desde que tais crimes, inevitavelmente não recebam penas de prisão (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 192).

Silva Sánchez é contrário a descriminalização proposta por autores como Hassemer, segundo ele iria propugnar um direito penal de classes, em que o ladrão convencional continua sofrendo pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do direito penal. Essa situação seria resolvida dentro das duas velocidades do direito penal. Na primeira velocidade, haverá a pena de prisão, mantendo-se as garantias de um modelo penal liberal, entretanto, sua atuação não se limita ao núcleo tradicional. Deve haver uma ampliação no sentido de abarcar situações não previstas no direito penal, sendo provável que tal expansão flexibilize regras e princípios, pois em relação aos novos problemas

os instrumentos clássicos são impraticáveis, sendo necessária a manutenção do máximo nível de garantias em cada caso. Entretanto, Sánchez adverte que a ampliação penal não deve ser pautada por penas privativas da liberdade (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 187-188).

Em razão disso, o modelo exposto por Sánchez permitiria uma expansão penal, mesmo naqueles crimes com pena privativa de liberdade, encontrando-se problemas graves nessa proposta, como, por exemplo a dificuldade de justificar a utilização do direito penal de primeira ou segunda velocidade. Não obstante, diante do clamor social por expansão, parece razoável cogitar que a manutenção da criminalidade contemporânea dentro do direito penal de segunda velocidade, poderia facilitar a ampliação do direito penal nuclear, inflacionando a aplicação da pena privativa de liberdade.

Na realidade ao desenvolver essa modernização no direito penal, Sanchez objetiva aplicar o direito penal à todas as classes. Entretanto, é mantida uma diferenciação qualitativa, entre o direito penal de primeira e segunda velocidade, o que também caracteriza diferenciação de classes. Mais do que isso, Silva Sanchez esquece da crítica, que ele mesmo faz, aos movimentos punitivistas, uma vez que a flexibilização de garantias nos casos de segunda velocidade, pode influenciar o direito penal nuclear, afetando aqueles que já sofrem com a perseguição penal. Por esse ângulo, pode-se argumentar que “a tentativa de se criar uma “segunda velocidade” do direito penal abre portas para uma “contaminação” da primeira velocidade pela segunda – e nunca o contrário” (COSTA, 2010, p. 214).

Além do mais, Sánchez justifica a manutenção das condutas modernas no direito penal, em razão da sua função simbólica, sua proposta responde aos anseios da sociedade por maior segurança, ainda que fictícia. Com essa postura, o interesse político e econômico na utilização simbólica do direito penal seria mantido, ainda que, no direito penal de segunda velocidade. Essencialmente, no que se refere a tutela do meio ambiente, no contexto de irresponsabilidade organizada, pode trazer mais prejuízos que soluções para a questão ambiental, pois é exatamente a utilização simbólica do direito penal que contribui para a falta de políticas ambientais mais eficientes.

Não obstante às críticas ao modelo descrito por Silva Sánchez, muitas características se assemelham às proposições de Hassemer, em especial, a

busca por manter o núcleo duro do direito penal, o mais próximo das garantias clássicas. E também, de buscar uma forma mais adequada para o direito penal lidar com a criminalidade moderna.

4.1.2. Proposta de Hassemer: Direito de Intervenção;

Diferentemente de Sánchez, diante da expansão do direito penal, Hassemer propõe um novo ramo jurídico, fora da esfera criminal. Para o autor não basta a despenalização da conduta é necessária a descriminalização, exigindo assim, a atuação de outras formas jurídicas, primando pelo princípio clássico de intervenção mínima, no qual o direito penal tem atuação subsidiária em *ultima ratio*. Nesse contexto, a criminalidade moderna seria deslocada para um novo ramo jurídico, chamado de *Direito de Intervenção*⁷⁴.

Conforme o exposto, a sistematização da segunda velocidade do direito penal pode ser perigosa, ante a possibilidade de contaminação de outras esferas de atuação penal que utilizam a pena privativa de liberdade. Ao contrário, Hassemer tem como objetivo manter a pureza do direito penal, o qual deverá se limitar ao núcleo, com suas garantias clássicas, evitando à utilização simbólica do direito penal.

Ao estudar o Direito de Intervenção dois problemas iniciais podem ser encontrados: em primeiro lugar, Hassemer não aprofundou o tema, são várias alusões ao direito de intervenção em escritos esparsos; o segundo problema, é que se trata de um modelo essencialmente ideal, que nunca foi implementado, e que não foi sistematizado pelo autor⁷⁵. Entretanto, analisando inúmeros textos se identificam as características essenciais do modelo e suas pretensões como instrumento jurídico, que visa estabelecer critérios de proporcionalidade à utilização do direito penal. Antes de tudo, é uma teoria a ser desenvolvida, inclusive teoricamente (HASSEMER, 2008a, p. 17).

Como modelo a ser incrementado, pode-se dizer que a proposta de Hassemer é otimista, apontada como resposta qualitativamente diferente. Por

⁷⁴ O Autor trabalha sobre o tema essencialmente em um artigo “características e crises do moderno direito penal” (HASSEMER, 2003), e também se destaca a palestra sobre o Direito Penal ambiental (HASSEMER, 2010)

⁷⁵ Nesse sentido também aponta Marina Costa e Luiz Ribeiro (2016, p. 95)

isso, não se confunde com um direito penal mais brando, ou com o direito administrativo, é uma resposta nova, que compreende a utilização do direito tributário, civil e administrativo, na qual se incorpora obrigações, normas de controle, multas e ressarcimento de danos (HASSEMER, 2008b, p. 314).

A crítica do autor às formas recentes do direito penal, pautadas na prevenção e segurança (HASSEMER, 2014, p. 31) não significa que não considere importante esse pleito, entretanto, compreende que tal forma de atuação não pode ser atribuída ao Direito Penal. Em razão disso, o direito de intervenção poderia abarcar essas pretensões preventivas, desde que, tivesse algumas características:

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor de e atuar com meio de controle fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com direitos âmbitos de competências como, por exemplo, o direito administrativo, e dos ilícitos administrativos; o direito das contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção. (HASSEMER, 2008a, p. 18)

As características elencadas, amoldam-se a formas mais flexíveis de imputação, nas quais não haveria problema o uso dos tipos de perigo abstrato, normas penais em branco, delitos omissivos impróprios, e a responsabilização da pessoa jurídica. Não obstante, a proposta não se limita a isso, o autor propõe a utilização de meios de controle e fiscalização, bem como, a cooperação entre os ramos jurídico. Fatores que fogem do comum, podendo ser identificado nessas características o salto qualitativo da proposta do autor.

Segundo Hassemer, o modelo de direito de Intervenção “seria não só normativamente menos grave, como também taticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna” (HASSEMER, 2003, p. 156). Nesse sentido, segundo Carolina Oliveira, assim como o direito penal de segunda velocidade, no direito de intervenção não há pena privativa de liberdade, o que possibilita a flexibilização de regras e garantias processuais, o que tornaria a investigação mais eficiente (OLIVEIRA, 2013, p. 62-63).

É uma construção localizada “entre o direito penal e o Direito administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público” (HASSEMER, 2003, p. 156). A proposta do autor representa uma condensação dos vários direitos:

Direito penal; Fatos ilícitos civis; Contravenções (*Überschreitungen*); Direito de polícia (*Polizeirecht*); Direito fiscal; Medidas de matiz econômico e financeiro; Planejamento do território; Proteção da natureza; Direito municipal (*Kommunalrecht*). Esse novo ramo é a proposta do autor para a tutela ambiental, devendo reunir arestas de todos os ramos do direito, que possuam relação com o meio ambiente (HASSEMER, 2010, p. 7). Nesse contexto, o direito de intervenção apresenta-se como uma forma transdisciplinar de cooperação entre os ramos jurídicos na tutela ambiental.

Em sua construção teórica, Hassemer busca a manutenção do Direito Penal mínimo, atuando nos casos clássicos de criminalidade, o chamado *núcleo duro* do direito penal, em que está a proteção de bens jurídicos individuais, tais como: vida, dignidade sexual e integridade física. Mas também a tutela de *bens jurídicos universais* essenciais interligados ao ser humano e que não exigem uma atuação diferenciada (HASSEMER, 2008a, p. 19).

Em relação ao direito penal nuclear se manteriam todas as garantias e princípios clássicos, trazendo para o Direito de intervenção todos os tipos penais abertos e as demandas por flexibilização, próprias da moldura penal moderna, que tem como finalidade evitar à utilização meramente simbólica do direito penal (OLIVEIRA, 2013, p. 63).

Evidencia-se a preocupação de Hassemer na utilização do direito penal como discurso simbólico, sem efeitos práticos. Por isso, a opção pelo direito de intervenção é estratégica, diante do reconhecimento das consequências do direito penal moderno, busca o autor um instrumento mais eficaz, que possa responder preventivamente aos problemas enfrentados na política penal moderna.

Hassemer inicia sua proposta, a partir da incapacidade do direito penal para atuar em relação a criminalidade atual, no qual o déficit de execução é marca registrada, e bastaria verificar as cifras ocultas e a seletividade do sistema penal na política-criminal do meio ambiente e das drogas. Para o autor, a situação nesses ramos é a mesma: “quase ninguém é apanhado, e os poucos apanhados, em sua maioria, peixes pequenos” (HASSEMER, 2008b, p. 298).

A criminalidade contemporânea extrapola a imputação pessoal dos delitos clássicos, são atividades desenvolvidas em colaboração de vários agentes, o que torna difícil atribuir condutas individuais (OLIVEIRA, 2013, p. 65). Dentro de um panorama em que a atuação penal se pauta por princípios indissociáveis, não se

pode capacitar o direito penal para a atuação preventiva como pretende o modelo de expansão. A individualização das condutas, presunção de inocência, tipicidade e legalidade, não podem ser tolhidos do direito penal, o que o incapacita para uma atuação preventiva (HASSEMER, 2008b, p. 299-300).

Em razão disso, o direito penal deve ser circunscrito ao seu núcleo, devendo o direito de intervenção atuar na proteção funcional preventiva, sendo resposta ao aumento do direito penal administrativizado das últimas décadas, que se transformou em solução para todos os problemas sociais (HASSEMER, 2007, p. 95-96). Ao invés de modificar o direito penal para atingir os fins de prevenção, Hassemer busca implantar algo novo que atue de forma diferenciada através de medidas de prevenção mais eficazes, com isso, manteria o direito penal circunscrito a uma atuação mínima.

O direito de intervenção possibilitaria à sanção com viés preventivo, e não apenas repressivo. Um exemplo disso poderia ser a imputação de um dever ao fabricante de informar danos que o produto pode causar, o qual seria regulado pelo direito de intervenção. Entretanto, no caso de dano efetivo à integridade física do consumidor, caberá a atuação penal repressiva, de forma subsidiária no caso de não conseguir conter o risco (HASSEMER, 2008a, p. 18).

Nesse sentido a tão criticada administrativização do direito penal e os tipos de perigo abstrato poderiam ser utilizados no direito de intervenção, que teria maior facilidade de lidar com a imputação de deveres preventivos, uma vez que não haverá a sanção de pena privativa de liberdade. Ou seja, alguns instrumentos que foram incrementados ao direito penal moderno, na utilização do direito de intervenção seriam legítimos.

Além da sanção preventiva, o direito de intervenção não será fundamentado na prevenção normativa, sendo necessário a prevenção técnica e orgânica (OLIVEIRA, 2013, p. 67). Na visão de Hassemer a prevenção normativa atribuída à pena fracassa duplamente, pois ao mesmo tempo em que não alcança seus objetivos, são renunciados princípios e garantias essenciais para a vida em sociedade (HASSEMER, 2008b, p. 308-309).

Por isso, o autor sugere a utilização de obstáculos fáticos organizacionais ao invés de esperar o caráter dissuasório da norma, o que significa a utilização de medidas efetivas de proteção segurança. Como por exemplo: no furto, obstruções de estradas; na corrupção, administração transparente; trocas de

informações sobre suspeitos; e, a contratação de seguros relacionados a delitos de perigo entre outros (HASSEMER, 2007, p. 143).

Especificamente na análise da proteção ambiental Hassemer aponta alguns modelos de prevenção técnica, concebidos para atuar previamente a consumação dos riscos, como exemplo:

(...) há domínios da atividade econômica nos quais é de regra lidar-se com determinados produtos perigosos ou nocivos. Pensando nestes casos, deveria ser instituída a obrigação de comunicação do fato às autoridades competentes e as autoridades administrativas deveriam ser dotadas de meios para realizarem a fiscalização efetiva da execução dos programas de gestão ambiental das empresas. (HASSEMER, 2010, p. 7)

Outro exemplo é a constituição de fundos de indenização coletivos de prevenção ambiental, formados por empresas que atuam com produtos perigosos, consagrando uma solução mutualista por ramo de atividade. A fim de que haja a efetiva atenção em caso de lesão ambiental, possibilitando a reparação de danos (HASSEMER, 2010, p. 8).

Importante descrever que essa proposta também é referida por Beck, como resposta a irresponsabilidade organizada em matéria ambiental. Ao citar o exemplo do Japão, Beck considerou importante instrumento a responsabilização solidária e coletiva de empresas de um determinado setor, pelo princípio de responsabilidade social. Isso ocorreria, a partir do estabelecimento de fundos previamente estabelecidos, que são utilizados no pagamento de indenizações em caso de algum dano ambiental desenvolvido pela atividade. Para a formar os fundos, os cálculos de contribuição levariam em conta o impacto ambiental de cada empresa, como na utilização de combustíveis (BECK, 1998, p. 247-248).

Em relação as sanções, não havendo penas privativas de liberdade, o autor entende pela possibilidade de imputações coletivas, no caso de incapacidade para demonstrar a atuação individualizada. Não obstante, o direito de intervenção pode apresentar sanções rígidas e mais efetivas como a dissolução de entes coletivos, encerramento e suspensão de atividades de empresas poluidoras, entre outras medidas que se assemelham ao direito administrativo sancionador (HASSEMER, 2010, p. 7).

Diante da atuação preventiva do direito de intervenção, o direito penal manteria sua atuação de forma subsidiária e mínima, nos casos graves cuja a ilicitude não dependa de análises extrapenais. Assim, o direito penal manteria sua

função em relação a tutela de bens jurídicos clássicos, o chamado núcleo do direito penal, podendo ser acrescentado também os crimes de perigo comum (incêndio, energia nuclear) (HASSEMER, 2010, p. 6).

Para Hassemer o direito penal ambiental deve ser pensado e limitado, a partir da capacidade de atuação com os seus instrumentos legítimos. Deve atuar preservando todas as garantias, especialmente: imputação específica da conduta do indivíduo que viola a norma; instituição de bens jurídicos claros e palpáveis; fixação de limites de penas; e, controle permanente da efetividade (HASSEMER, 2007, p. 230-231)

Dentro dessa lógica, Hassemer propõe que seja realizado um filtro restritivo a atuação penal, em relação aos delitos ambientais, os quais não deveriam integrar o direito penal *a priori*, devendo a maior parte dos atentados ao meio ambiente ficar fora da esfera penal (HASSEMER, 2010, p. 6-7).

Em relação ao meio ambiente a proposta do autor se dá a partir do direito de intervenção, excluindo inicialmente as condutas sancionadas pelo direito penal. Entretanto, não é impossível a tutela penal de bens jurídicos universais, desde que em relação aos casos mais graves de danos ao meio ambiente, e nos quais possa haver uma efetiva contribuição do direito penal, seguindo critérios de utilidade, a fim de evitar que tal atuação seja utilizada com mero sentido simbólico.

Entretanto, a atuação do direito de intervenção conforme propostas do Autor, busca prevenção efetiva e não meramente normativa, representado ganho na proteção ambiental. Repensar a tutela penal do ambiente a partir da perspectiva da Irresponsabilidade Organizada, é reconhecer que o direito por vezes deixa de atuar como regulador para “nos descaminhos do processo, tornar-se instrumento da consecução de objetivos privados, notadamente econômicos” (SILVEIRA, 2014, p. 89).

Nesse contexto, a proposta de Hassemer busca demonstrar a incapacidade do direito de penal em sua atuação preventiva, uma vez que é um instrumento essencialmente repressivo, de atuação póstuma, que não consegue atingir os resultados esperados na tutela ambiental. Em contrapartida, com o objetivo de atingir resultados tem se flexibilizado garantias penais clássicas, o que é extremamente árduo para os direitos do cidadão. E ainda, mesmo com essas mudanças, corre-se o risco da utilização simbólica, o que ocorre dentro do

modelo penal ambiental brasileiro.

A proposta do direito de intervenção, apresenta-se como sugestão dinâmica e transdisciplinar que reconhece a problemática do direito penal como instrumento preventivo. No direito ambiental, ramo essencialmente complexo, as propostas do Autor convergem para um diálogo entre os ramos jurídicos, o que poderia render frutos e propostas diferenciadas.

O que se espera do modelo proposto por Hassemer, diante da própria nomenclatura é uma *intervenção* no curso dos riscos, a fim de evitar o resultado danoso; uma *intervenção* prévia em relação ao que hoje é definido como delito; uma *intervenção* institucional em organizações complexas cuja criminalidade apresente altos índices (OLIVEIRA, 2013, p. 70).

Como proposta teórica, em face do modelo penal simbólico ambiental, o direito de intervenção apresenta vantagens. Primeiramente, porque valoriza a utilização de meios técnicos de prevenção, o que afasta a lógica do discurso simbólico, de que apenas a tipificação penal estaria obtendo resultados. Outra vantagem estratégica, é que por estar fora do ramo penal, há a possibilidade de novas formas de imputação, sem discussão quanto a sua legitimidade, podendo se pensar, até mesmo, em formas coletivas de responsabilização. Além disso, a ideia de diálogo entre ramos jurídicos, contido na proposta do direito de intervenção abre espaço para inúmeras possibilidades de proteção conjunta do meio ambiente.

Não obstante, a criação de um modelo de intervenção afasta do direito penal uma série problemas de legitimação que a doutrina tem enfrentado (crimes de perigo abstrato, normas penais em branco, a administrativização do direito penal). Com o direito de intervenção seria evitado a flexibilização de garantias tão caras à liberdade do cidadão.

Reconhecendo que o modelo de direito de intervenção é uma proposta mais interessante, há o problema de sua sistematização. Nesse sentido haveria a necessidade de criação de todo um ramo jurídico novo. Situação complicada dentro do Estado Brasileiro, em que se tem consolidada, três esferas de atuação básica civil, administrativo e penal. Nesse sentido, é importante verificar às críticas ao direito de intervenção e ao direito penal clássico de Hassemer, com a finalidade de estabelecer o diálogo entre a proposta e suas críticas, encontrando os prós e contras dessa teoria.

4.1.3 Críticas ao Direito de Intervenção e ao Modelo de Direito Penal Frankfurtiano.

Diante dos objetivos do presente estudo, busca-se demonstrar o direito de intervenção como meio de proteção ambiental alternativo ao direito penal. Por isso, devem ser analisadas algumas críticas feitas a esse modelo, em especial em relação a Hassemer e a forma de pensar o Direito Penal.

A primeira crítica, é de que o direito penal proposto por Hassemer seria classista, pois é direcionado ao delinquente tradicional, atuando em face das camadas marginalizadas, clientes do direito penal clássico seletivo. Em contrapartida, o direito de intervenção seria uma válvula de escape para a criminalidade dos abastados (criminalidade econômica, ambiental, colarinho branco), afastando-os da alcunha de delinquente (BOTTINI, 2013, p. 79). Conforme Sánchez:

Opor-se a “modernização”, ademais, em absoluto equivale a propugnar um “Direito Penal de Classes”, no qual o ladrão convencional continue sofrendo pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 187)

Entende o Autor que a crítica de Hassemer à modernização do direito penal é homogênea, o que leva a tal circunstância. Entretanto, ainda que em seu modelo tenha sistematizado o direito penal, em duas modalidades (o da pena privativa de liberdade, e o das outras penas), há uma diferenciação qualitativa das penas na primeira e segunda velocidade do direito penal, o que também é criticado como um modelo classista.

Diéz Ripollés critica os modelos de Sanchez e Hassemer por serem concebidos em defesa do cidadão e não da sociedade, cujo pragmatismo em que são desenvolvidas as teorias levariam à punição dos setores sociais menos sensíveis à repressão. Em segundo lugar, afirma que ambos modelos estabelecem diferenças significativas na forma de punir os setores poderosos, enquanto é sustentada a punição dos comportamentos das classes baixas, o que seria prejudicial, pois aponta para a criminalidade comum como fator desestabilizador da ordem, sendo o objeto central da política criminal (RIPOLLÉS, 2005, p. 28-29).

Para esses críticos, a divisão entre o direito penal nuclear e o direito de intervenção pode ter como consequência a maior seletividade do direito penal. Em que a pena privativa de liberdade continuará sendo aplicável apenas aos mais vulneráveis (OLIVEIRA, 2013, p. 83).

Entretanto, a seletividade é uma realidade existente dentro do direito penal como um todo, e não pode ser atribuída exclusivamente ao direito de intervenção, até mesmo porque a própria seletividade fortalece o discurso de minimização do direito penal, no qual o direito de intervenção pode ser utilizado com esse objetivo. Ainda que não cogitado por Hassemer, o direito de intervenção poderia ser utilizado como forma de limitação de modelos criminais do direito penal nuclear⁷⁶.

Ainda, em relação às críticas feitas ao Hassemer e aos autores de Frankfurt. Tem-se apontado que o modelo clássico de Direito Penal descrito por eles é “disfuncional pensado para contextos históricos completamente diferentes” (SÁNCHEZ, 2011, p. 15). Segundo o Bernardo Feijó Sánchez, o modelo penal pensado pelos autores da escola de Frankfurt parte de um ideológico liberal, apresentando-se como modelo ideal (Direito Penal Clássico) que na atualidade seria completamente disfuncional. Segundo ele, em um Estado cada vez mais intervencionista, é ilógico pensar que o direito penal não iria atuar diante das evoluções das sociedades modernas (SÁNCHEZ, 2011, p. 16)

Nesse sentido Hassemer e os autores da Escola de Frankfurt teriam uma resistência a modernização do Direito Penal. Para Schünemann a crítica feita aos crimes de perigo abstrato é uma exigência insensata de utilização de instrumentos arcaicos na proteção de bens jurídicos (SCHUNEMANN, 2007, p. 65). Para ele o modelo de Hassemer é reacionário e não condizente com anseios por criminalização modernos. Desse modo, Schünemann considera necessária a modernização do direito penal, assim como Figueiredo Dias (2001) e Bernardo Sánchez (2011)⁷⁷.

Essas críticas são importantes, pois efetivamente Hassemer é um autor

⁷⁶ Nesse sentido também aponta Ana Carolina Oliveira (2013). Outro ponto interessante é que o próprio Hassemer tem trabalhado com formas de pensar a descriminalização das drogas, um dos pontos em que o direito penal é extremamente seletivo (HASSEMER, 2008, p. 315 e ss)

⁷⁷ Cada um dos autores tem uma forma de pensar o direito penal moderno, ou seja, ainda que haja uma ampliação do direito penal, Jorge Figueiredo Dias e Bernardo Sánchez, não são favoráveis a tantas flexibilizações como Schunemann que entende não haver limites para os crimes de perigo abstrato, por exemplo (SCHUNEMANN, 2007, p. 65).

que pensa o direito penal dentro de um modelo ideal clássico e liberal. Entretanto, tal forma de pensar tem como finalidade preservar garantias individuais, pois o direito penal, dentro dessa visão, lida, essencialmente, com os corpos das pessoas, a partir da pena privativa de liberdade. Hassemer é contrário, principalmente aos novos instrumentos do direito penal (crimes de perigo abstrato, normas penais em branco, entre outros), mas não é contrário, a princípio, na utilização do direito penal em relação a novos bens jurídicos coletivos (HASSEMER, 2016, p. 19). Claro que a atuação do direito penal deverá ser sempre limitada pela *ultima ratio*, e diante de lesões ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Entre outras críticas relacionadas, mais especificamente, com à proposta do direito de intervenção. Destaca-se a dificuldade de estabelecer os seus limites de atuação: quais critérios que devem determinar os bens jurídicos tutelados pelo direito de intervenção; quais garantias poderiam ser restringidas; quais regras de imputação serão utilizadas; e, quais princípios estariam vigentes nesse grupo de condutas não sancionadas com pena privativa de liberdade (OLIVEIRA, 2013, p. 87-88).

Embora, o direito de intervenção seja uma proposta interessante, a falta de sistematização é um problema, havendo muitas questões a serem resolvidas. Entretanto, a maior dificuldade do direito de intervenção é definir o seu local de atuação. Essa crítica é constante à Hassemer, identificar os limites entre a atuação do direito de intervenção e o direito penal (BOTTINI, 2013, p. 222).

Nesse sentido há um certo temor em alguns autores de que o direito de intervenção possa ser muito arbitrário ao limitar algumas garantias do direito penal (LOPES, 2014, p. 19). Nesse sentido, Bottini afirma que a proposta de Hassemer:

(...) não está desenvolvida nem delimitada de maneira suficiente, o que poderia implicar a utilização do direito da intervenção para a construção de um sistema autoritário e expansivo que, sob a justificativa de agir por meio de penas mais brandas, legitimasse uma atuação arbitrária do poder público para o combate a tais atividades (BOTTINI, 2013, p. 221)

É sem dúvidas temeroso que a atuação a partir de um modelo de intervenção seja prevista sem garantias mínimas. Entretanto tais garantias não podem ser as mesmas da esfera penal, deve-se estabelecer critérios adequados com a finalidade de prevenção na atuação administrativa.

Ao retirar do Direito penal determinadas condutas e aproximá-las do direito administrativo, a proposta de Hassemer chega a uma outra questão problemática a respeito das fronteiras entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, o que se chama de “*zona cinzenta*”. Esse é o local em que há uma aproximação entre as sanções administrativas e as sanções penais, em que não se pode definir exatamente onde um começa e o outro termina, pois, as penas aplicáveis em ambos os ramos se assemelham (RIBEIRO e COSTA, 2016, p. 119).

A característica central dessa zona cinzenta, é que a mesma conduta pode ser penalizada, tanto pelo direito penal quanto pelo direito administrativo sancionador, a critério do legislador, que fará a escolha de qual ramo será utilizado. É exatamente, em razão dessa aproximação entre os ramos, que Ana Carolina Oliveira (2013, p. 99) aponta que o direito administrativo sancionador como a materialização não planejada do direito de intervenção.

Essa discussão é de extrema importância, tendo em vista que na tutela ambiental encontramos uma zona cinzenta reconhecida pela doutrina, inclusive com delitos e infrações idênticas. Conforme Luiz Régis Prado:

(...) cumpre notar que a existência de delitos ambientais e infrações administrativas idênticos presentes em diplomas legislativos diferentes, não só pode implicar violação do princípio do *ne bis in idem*, mas também acaba por reforçar a ideia de utilização meramente simbólica e negativa do Direito Pena em relação a determinadas condutas, que poderia ser sancionadas, inclusive de forma mais eficaz, no âmbito administrativo, caso houvesse mecanismos eficientes de controle e fiscalização (PRADO, 2011, p. 93)

Nessa conjuntura de aproximação entre direito penal e administrativo sancionador na esfera ambiental, permite a discussão sobre o modelo de direito de intervenção. Uma vez que a atuação administrativa tem se estabelecido dentro dessa zona cinzenta, podendo servir como alternativa ao direito penal da mesma forma que o modelo de direito de intervenção, tendo as vantagens de atuação antecipada que se aproxima dos interesses ambientais.

Diante do contexto de irresponsabilidade da tutela penal ambiental, não se pode prescindir da utilização de outros instrumentos que poderiam ser mais eficientes, sendo o direito administrativo sancionador uma possibilidade interessante. Ainda mais, diante aproximação com o direito de intervenção, que permite o desenvolvimento de características semelhantes às descritas por Hassemer, o que pode ser mais vantajoso em relação a proteção ambiental.

4.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE INTERVENÇÃO:

Para tentar estabelecer os limites exatos do direito de intervenção, é necessário compreender os limites da atuação penal e administrativa sancionadora. Em razão disso, procuramos situar as possíveis diferenças entre os ramos jurídicos, cuja análise é complexa, incapaz de se esgotar, mas dentro dos objetivos do presente trabalho não há como evadir-se do tema.

Historicamente, a partir do estado liberal moderno que se busca distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo. Entre os trabalhos em destaque, o alemão Goldschmidt, no início do século XX, tenta resolver tal problemática com o objetivo de afastar do direito penal condutas consideradas meras infrações administrativas, sugerindo vários critérios substanciais de distinção (MIR, 2010, p. 1). Para esse autor, a diferença entre ilícitos penais e administrativo é o desvalor ético que está presente no ilícito penal, enquanto as sanções administrativas estariam baseadas na mera ordenação, voltadas à proteção das estruturas do Estado. Assim, as sanções administrativas comporiam um ilícito jurídico-administrativo e não se confundem com sanções penais, pois não apresentariam antijuridicidade, mas apenas antiadministratividade, que é a contrariedade aos fins da administração pública (OLIVEIRA, 2013, p. 115).

Dentro do modelo de Goldschmidt, o direito administrativo não estaria interessado na tutela de bens jurídicos, apenas nos interesses da administração. Entretanto, o legislador administrativo quando cria ilícitos, também tem como objetivo impedir resultado danoso ou perigoso ao bem jurídico. Contemporaneamente, ramos de interesse fundamental para a sociedade são tutelados também pelo direito administrativo, e não podem ser considerados mero interesse da administração, são bens jurídicos de interesse social relevantes como o meio ambiente e economia.

A partir do modelo descrito por Goldschmidt, surgem novas teorias com o objetivo de traçar distinções por meio de critérios jurídico-filosóficos⁷⁸. Nessas propostas encontram-se diferenciações quanto aos valores supremos que orientam a administração pública e o direito. Segundo esse critério o Direito Penal orienta-se pela justiça, enquanto a administração orienta-se no bem-estar

⁷⁸ Essa teoria é atribuída a Erick Wolf e Eberhard Schimidt (OLIVEIRA, 2013, p. 116)

coletivo. Entretanto, essa teoria também é incapaz de realizar diferenciações, pois é inconcebível que a administração pública não seja orientada por critérios de justiça (MIR, 2010, p. 3). A administração está submetida à lei e ao direito, não é razoável pensar que as sanções administrativas seriam de um ordenamento particular do Estado, o que derruba a tese de que o direito administrativo sancionador tem por objeto a proteção de seu ordenamento interno, enquanto o direito penal estaria incumbido da proteção do ordenamento externo ou social (OSÓRIO, 2000, p. 102-103).

A tentativa de encontrar diferenças ontológicas materiais entre a sanção administrativa e a penal não consegue demonstrar a diferença entre a conduta considerada crime ou ilícito administrativo. Não existe uma qualidade naturalística que possa identificá-la. Por isso, ambos os ramos jurídicos têm o mesmo conteúdo material, com a mesma estrutura lógica, conforme Cerezo Mir:

A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. (MIR, 2010, p. 2)

Nesse contexto, chega-se a uma teoria unitária em que não há, ou não se pode encontrar, diferenças ontológicas entre as condutas puníveis pelo Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador⁷⁹. Tanto o ilícito administrativo como o penal, são produtos de uma definição normativa, que, no entanto, não pode se dar de forma arbitrária⁸⁰ (COSTA, 2010, p. 202).

Essa realidade de origem comum normativa e constitucional, aponta para traços semelhantes na configuração do tipo, o que se apresenta em uma inspiração na teoria penal para a análise das sanções administrativas (NETO, 2011, p. 177). Ou seja, a atuação do direito administrativo sancionador deve guardar similitudes com o direito penal, resguardando algumas garantias e princípios contra o arbítrio estatal⁸¹.

⁷⁹ Nesse sentido Helena Lobo da Costa (2010), Nicolao Dino Neto (2011), Fábio Medina Osório (2000), entre outros.

⁸⁰ Para uma conduta ser considerada como crime deve respeitar alguns critérios, dentre eles, destacamos a lesão ou perigo ao bem jurídico, como uma forma de limitar a tipificação de condutas criminosas, conforme melhor descrito no primeiro capítulo.

⁸¹ Importante nesse ponto é a crítica feita por Helena Regina Lobo da Costa no sentido de que não é aconselhável a mera transposição dos princípios e garantias do direito penal para o direito administrativo sancionador. Deve-se levar em conta as especificidades do âmbito administrativo, pois, por vezes, os princípios e garantias importados do direito penal não se adaptam a esfera administrativa (COSTA, 2010, p. 218)

Em razão da mesma raiz ontológica, tem-se recepcionado uma diferenciação quantitativa entre os ramos jurídicos. Nesse modelo a atuação administrativa estaria circunscrita aos bens jurídicos de menor interesse, em relação às condutas menos prejudiciais, um perigo abstrato ao invés de concreto, um ato preparatório no lugar da tentativa (D'AVILA, 2006, p. 4). Essa forma de diferenciar o direito administrativo do penal, traça uma diferenciação essencialmente relacionada a quantidade de pena de cada jurisdição. Por isso a atuação por um ou outro ramo jurídico estaria à critério do legislador, arbitrariamente (OLIVEIRA, 2013, p. 120).

A crítica feita a esse modelo é que embora haja o reconhecimento de mesma raiz ontológica da conduta criminosa ou ilícita administrativamente, não se deve tratar como sendo ramos de um único *ius puniendi* do Estado, apenas diferentes quanto a quantidade de pena. Mesmo não havendo distinções ontológicas entre ilícito penal e administrativo, não se pode falar em único *ius puniendi*, em razão da diferença substancial entre os dois regimes jurídicos (OSÓRIO, 2000, p. 115).

Nesse contexto, deve-se reconhecer, que direito penal e administrativo sancionador são regimes jurídicos absolutamente distintos, projeções diferentes do poder punitivo estatal, de tal modo, que não deve falar em uma unidade de pretensão punitiva do Estado (OSÓRIO, 2000, p. 118). Além disso, a atuação dos dois ramos é completamente diversa, e qualitativamente distinta, por isso a diferenciação não está apenas nas sanções, mas em todo o sistema adotado (COSTA, 2010, p. 204-205). Não se pode esquecer nesse ponto, que no Brasil, a sanção administrativa é aplicada diretamente pela administração, enquanto direito penal atua por meio do poder judiciário, o que representa uma diferenciação qualitativa quanto a formalidade do processo.

Para Silva Sanchez só é possível entender a complexidade da relação entre os ramos, afastando-se da análise ontológica, e também da mera diferenciação quantitativa de pena. Assim, propõe a análise das diferenças *teleológicas*, às finalidades perseguidas por cada ramo jurídico: no direito penal, a proteção de bens jurídicos concretos e em casos particulares; enquanto no direito administrativo sancionador persegue-se a ordenação, de modo mais geral, e por isso, não necessita seguir critérios fechados de lesividade e periculosidade concreta, devendo atuar nos casos em que haja afetação geral (SILVA

SANCHEZ, 2013, p. 150).

É necessário salientar, que o direito penal, via de regra, atua depois do fato, tendo como fundamento o dano concreto a um bem jurídico definido. Enquanto o direito administrativo atua de forma preventiva, não sendo exigido um dano ao bem jurídico, bastando a inobservância de regras (NETO, 2011, p. 178).

Tal diferenciação é importante, pois embora haja muitas semelhanças, os objetivos de sancionamento em cada ramo é distinto, e a aproximação desses objetivos é perigosa para ambos. Um direito penal administrativizado perde a capacidade de segurança do indivíduo, afastando-o da relação com o bem jurídico (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 170). Enquanto o direito administrativo sancionador moderado pelas mesmas garantias penais individuais dificulta a salvaguarda de interesses gerais e públicos (OSÓRIO, 2000, p. 121).

Numa análise teleológica, pautado nos objetivos de cada ramo jurídico, as diferenças apresentam-se claras, tanto no plano normativo como dogmático. Uma outra análise sobre o tema é feita por Fábio Roberto D'Ávila, que identifica na ofensividade ao bem jurídico um ponto de distanciamento entre os ramos, uma vez não pode ser prescindida no direito penal, e não se exige na tutela administrativa (D'AVILA, 2006, p. 10).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a existência dos dois ramos visa equilibrar a atuação estatal na proteção de bens jurídicos, em que o direito administrativo sancionador, protege valores relacionados a presença do Estado, direta ou indiretamente. Já o direito penal é geralmente marcado pela atuação mínima e subsidiariedade em relação aos outros instrumentos normativos, tendo em vista sua maior severidade (OSÓRIO, 2000, p. 120-121).

A análise feita até o momento possibilita respostas em relação ao enigma da diferenciação entre os ramos jurídicos. Primeiramente, não há uma diferenciação ontológica entre as condutas protegidas pelo direito penal e direito administrativo, ambas seguem critérios normativos de definição. Por segundo, há diferenças quantitativas, mas tal critério é limitado. Em razão disso, a apreciação deve-se pautar nos fins de cada ramo jurídico, bem como, nas suas aptidões para tutelar bens jurídicos. Embora haja proximidade entre os institutos existem características sistemáticas completamente distintas, relacionadas com seus objetivos.

A questão é que o modelo penal contemporâneo, tem se aproximado,

ainda mais, do direito administrativo, afastando-se do núcleo do direito penal e atuando em casos cuja lógica é própria do direito administrativo, como exemplo os delitos de acumulação. Essa forma de atuação penal, é evidentemente administrativizada, pois exige uma visão macrossistêmica, em que a análise não se restringe à conduta do agente em si (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 150-151).

Tal problemática é ainda maior nas chamadas zonas cinzentas, de proximidade entre os ramos, no qual ilícitos penais são mais levemente apenados, e que correspondem as sanções mais graves da administração pública, são exemplos: meio ambiente e regulação de mercado (OLIVEIRA, 2013, p. 128). Nessas áreas condutas são tuteladas hora pelo direito penal, hora pelo direito administrativo a critério do legislador. É uma característica do modelo de expansão penal, em que ilícitos administrativos acabaram sendo abarcados pelo direito criminal, às vezes, cumulativamente com tutela administrativa, desrespeitando também o princípio do *ne bis in idem*.

Nesse contexto, a análise sobre qual ramo deve tutelar determinado bem jurídico, deve ser pautada por critérios teleológicos, relacionados com os objetivos de cada sistema. Hassemer afirma que na análise das intervenções estatais deve preponderar o princípio da proporcionalidade, de utilização do meio adequado para atingir fins pretendidos (HASSEMER, 2008a, p. 14).

A utilização do princípio da proporcionalidade na escolha dos bens jurídicos que compõem o sistema penal, deve ser composta por dois elementos: *justiça e adequação*. Em razão disso, um crime adequado para o seu fim, mas injusto é inaceitável, da mesma forma que um tipo penal que seja justo, mas inadequado, não pode ser admitido. O elemento justiça, refere-se à ofensividade do bem jurídico penal e aos princípios penais. Já o elemento adequação se refere à viabilidade para atingir o resultado pretendido (COSTA, 2010, p. 203).

Nessa diferenciação entre o sistema penal e administrativo sancionador, o que prepondera não é a importância do bem jurídico, mas a capacidade de cada sistema na tutela. Em relação ao meio ambiente não há dúvidas da importância como bem jurídico. Entretanto, a complexidade desse bem, e a forma de ser tutelado aproxima-se dos objetivos do direito administrativo sancionador, essencialmente, no que se refere a responsabilização por dano cumulativo, em que a ofensividade da conduta só pode ser reconhecida em uma análise macrossocial. Portanto, constitui-se uma opção baseada na conveniência, na

busca por fins preventivos ou retributivos, é, antes de tudo, um problema de eficácia e não de valoração axiológica (REALE JÚNIOR, 2010). Contudo, o juízo de conveniência não pode levar à arbitrariedade, a sanção penal deve estar sempre adstrita aos seus limites.

Nessa conjuntura, é possível instruir que o direito administrativo sancionador pode ser utilizado na tutela de bens jurídicos de relevância penal. No entanto, a recíproca não é verdadeira, pois não se pode utilizar o direito penal como forma de tutela de interesses administrativos, distantes da ofensividade aos bens jurídicos. É exatamente esse fenômeno que ocorre no direito penal moderno, o qual, tem tutelado a atuação administrativa, num modelo penal administrativizado (punição orientada por institutos administrativos), o que só pode ser permitido no direito administrativo sancionador.

Na concepção de Hassemer, existe um núcleo duro do direito penal, no qual a criminalização é reconhecida pela sociedade (vida, dignidade sexual, patrimônio e etc.). Nesse núcleo não há problemas com a tutela penal que sequer é confundida com a tutela administrativa. Mas conforme afasta-se desse direito penal nuclear, os ilícitos aproximam-se e confundem-se com o direito administrativo, dando origem à *zona cinzenta*. Nessa perspectiva, o direito de intervenção atuaria nessas áreas de conflito entre os dois ramos jurídicos, como uma terceira possibilidade, entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, que teria o papel de retirar da esfera penal todas às condutas que não se incorporem aos fins e características do direito penal.

Nesse ponto é que a proposta de Ana Carolina Oliveira é interessante, pois pensa o direito administrativo sancionador moderno como uma manifestação do direito de intervenção em Hassemer. Segundo ela, a aproximação entre direito penal e administrativo, especialmente, pela gravidade das sanções e o emprego das garantias, aproximam-se em grande medida ao Direito de Intervenção (OLIVEIRA, 2013, p. 254)

Na realidade o que se destaca na proposta da Autora é que nessa zona cinzenta entre direito penal e administrativo, houve um avanço das sanções administrativas que, por vezes, estabelecem penas mais altas que às aplicáveis no direito penal. Com isso, o direito administrativo sancionador estaria se tornando um direito penal sem a pena privativa de liberdade, como forma de realização do modelo de direito de intervenção (OLIVEIRA, 2013, p. 205)

Por mais que Hassemer tenha descrito esse novo ramo do direito, com a finalidade de resguardar a atuação penal, e ao mesmo tempo ser mais eficiente, falta caracterização, instrumentalização e sistematização do direito de intervenção. Por isso, ao prever sanções tão graves, o direito administrativo sancionador tem exercido o papel que seria do direito de intervenção.

Ana Carolina de Oliveira (2013, p. 205-245), elabora a hipótese de que o direito administrativo sancionador pode ser uma forma de manifestação do direito de intervenção e para isso, verifica a proteção jurídica realizada na esfera penal e administrativa nos crimes econômicos, examinando casos em que ocorre a duplicidade de atuação e comparando as penas.

Com essa metodologia ela conseguiu contribuir na sistematização do direito de intervenção, o qual poderia ser praticado a partir do direito administrativo sancionador, agindo contra a expansão penal. Além disso, a proposta de um modelo semelhante ao de Hassemer, possibilita repensar a atuação do direito administrativo sancionador, que deve resguardar algumas garantias essenciais ao processado.

Na esfera ambiental, temos todos os elementos para a comparação entre as sanções do direito administrativo sancionador e as sanções penais, o que possibilita a verificação das sanções administrativas ambientais como modelo próximo do direito de intervenção. Deve-se, também, reconhecer quais garantias o direito administrativo sancionador deve resguardar para se concretizar o direito de intervenção, e ser uma alternativa legítima à tutela penal ambiental.

4.3 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE INTERVENÇÃO;

A potencialização do direito administrativo sancionador, por meio do “direito de intervenção” pode ser uma alternativa ao direito penal do ambiente. Em razão disso, é importante comparar as sanções penais e administrativas presentes na lei 9605/98, e analisar os tipos administrativos previsto no decreto 6.514/08, a fim de identificar se as infrações administrativas ambientais possuem traços do direito intervenção, ou se poderia se formar um caminho nesse sentido.

Primeiro ponto a salientar, é que diante dos sinais de incapacidade penal

na tutela do meio ambiente, deve-se pensar em formas de descriminalização. O modelo de Sanchez e Hassemer, dialogam com esse objetivo, mas é a esfera administrativa sancionadora aproximada com o direito de intervenção, uma forma mais concreta de realizar esse processo de migração de tutela penal para outros ramos.

A tutela administrativa do meio ambiente está prevista conjuntamente com a sanção penal no art. 225, §3º da CF⁸², o qual estabelece a tripla responsabilização aos infratores ambientais, pelo direito civil, administrativo e penal. Nesse sentido, a Constituição prevê a atuação conjunta entre todos os ramos jurídicos, contudo, não significa que diante de um caso concreto devam incidir todos eles. Esse é um primeiro problema, pois a sobreposição de sistemas punitivos tem levado à dupla sanção e o desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*, diante da adoção de uma tese não refletida de independência das instâncias (COSTA, 2010, p. 184)

O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, é reconhecido como um integrante do princípio da legalidade, apontando que não se pode impor duas sanções simultaneamente pelo mesmo fato, realizados pelo mesmo sujeito, e em razão dos mesmos fundamentos (CUTANDA, 2009, p. 497).

Ao se reconhecer que a ausência de diferenças ontológicas, entre sanção penal e administrativa, é impossível cogitar que pelo mesmo fato haja a responsabilização pelas duas esferas. Ambos os sistemas, buscam tutelar o bem jurídico, são manifestações éticas diferentes da manifestação repressiva estatal, que deve ser orientada para uma atuação penal em *ultima ratio*. Nesse contexto em relação ao decreto 6.514/08, Luiz Régis Prado afirma que:

(...) uma verdadeira anomalia no sistema jurídico brasileiro em relação a alguns delitos ambientais e correspondentes infrações administrativas, ensejando dificuldades na aplicação das respectivas sanções, como, por exemplo, no momento de se determinar a prevalência de uma das ordens sancionadoras – penal ou administrativa (PRADO, 2011, p. 92)

Esse problema ocorre diante da mesma redação em tipos penais e nas infrações administrativas, em que a própria legislação, decreto 6.514/08, está descumprindo o princípio do *ne bis in idem*. Tal situação, evidencia a problemática

⁸² “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.”

de delimitação entre o direito penal e o administrativo, em que a tutela do meio ambiente no Brasil se configura uma das áreas cinzentas.

A título de exemplos podemos citar alguns preceitos de igual redação entre os crimes ambientais e as infrações administrativas na lei brasileira: Art. 24 do decreto 6514/08⁸³ e art. 29 da lei 9605/98⁸⁴; art. 47 do decreto 6.514/08⁸⁵ e art. 46 da lei 9605/98⁸⁶, entre outras que quando não contém a mesma redação típica é difícil de identificar as diferenças entre às condutas descritas por cada ramo.

Essa circunstância peculiar demonstra a completa falta de sistematização entre as esferas jurídicas que não leva em conta as finalidades de cada ramo. O direito administrativo deveria agir preventivamente, nos casos de menor ofensividade, enquanto o direito penal atuaria em *ultima ratio*, nos casos mais graves de lesões ao bem jurídico meio ambiente. Entretanto, direito penal e administrativo sancionando a mesma conduta é altamente contraproducente.

Diante da dupla responsabilização a esfera penal deve preponderar sobre a administrativa, devendo o procedimento administrativo ser postergado até que se conclua o processo penal. Isso ocorre porque o processo penal é mais incisivo e preserva mais garantias individuais (PRADO, 2011, p. 92-93). Tal fato impediria a atuação administrativa, corroborando também com a demonstração da atuação simbólica penal, uma vez que a responsabilização poderia ter ocorrido na esfera administrativa, até mesmo de modo mais rápido e eficaz.

É importante reconhecer que na prática esse problema tem sido resolvido de forma bem mais simples, com o total desrespeito ao *ne bis in idem* tem preponderado o entendimento de que o “poluidor, por um mesmo ato, pode ser

⁸³ “Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, 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.” (BRASIL, 1998)

⁸⁴ “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.” (BRASIL, 1998)

⁸⁵ “Art. 47. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira serrada ou em tora, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.” (BRASIL, 1998)

⁸⁶ “Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.” (BRASIL, 1998)

responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, na esfera penal, na administrativa e na civil” (MILARÉ, 2014, p. 460). Tal situação demonstra o descompasso da atuação sancionatória na esfera ambiental.

Efetivamente, o problema não está na descrição constitucional de tripla responsabilização, mas na sistematização entre os ramos jurídicos. A atuação penal deveria ser pautada pelo princípio da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, atuando apenas quando esgotadas as outras instâncias jurídicas (RIBEIRO e COSTA, 2016, p. 155).

Nesse contexto, as esferas penal e administrativa, estão mais do que próximas, estão sobrepostas atuando nos mesmos casos. Tal ocorrência, sugere que um dos ramos está sobrando. Em que o direito penal como o ramo mais contundente, deveria permitir que a tutela administrativa, ao menos, tentasse ser efetivada.

Embora tenha se mantido a tutela penal em relação ao meio ambiente, o decreto 6.514/08 ao tutelar as mesmas hipóteses previstas pelo direito penal, aponta para um modelo semelhante ao do direito de intervenção. O grande problema é que a tutela penal foi mantida, e ainda aplicada em total desrespeito ao *non bis in idem*.

Outra característica do sistema administrativo sancionador ambiental que se assemelha ao direito de intervenção são as sanções, que por vezes podem ser mais rigorosas que as previstas na esfera penal. Entretanto, antes da análise das sanções, é importante entender como é sistematiza o direito administrativo sancionador ambiental.

O direito administrativo sancionador é derivado do poder de polícia, o qual tem como objetivo salvaguardar à ordem social. É considerado um dever-poder do estado, que surge da necessidade de atuação estatal para controle de atividades individuais ou coletivas, públicas ou particulares com vistas a promoção da ordem pública ambiental (NETO, 2011, p. 170-171).

Sãos duas as formas de manifestação do poder de polícia uma *preventiva* e outra *repressiva*: a *preventiva* se dá por meio da ordem de polícia, consentimento de polícia e a fiscalização de polícia; a *repressiva* se dá pela sanção de polícia. Assim surge a face punitiva do direito administrativo. Ponto importante em relação ao modelo brasileiro é a *autoexecutoriedade* da administração pública para impor suas sanções, sem que haja intervenção judicial

(NETO, 2011, p. 172-173).

É importante salientar que a face preventiva do poder polícia na esfera ambiental apresenta diversas possibilidades de atuação, tais como: fiscalização, zoneamentos, licenciamento, estudos de impacto ambiental, entre outros instrumentos característicos de prevenção técnica, necessários na lógica do direito de intervenção. A proximidade entre poder de polícia preventivo e o sancionatório é mais uma característica que se assemelha ao modelo de Hassemer, dentro da chamada prevenção técnica.

Ainda, quanto a estruturação do direito administrativo sancionador, exige-se o respeito ao princípio da legalidade, assim, o ilícito administrativo e a respectiva sanção devem ser criados por lei formal (MELLO, 2007, p. 120). No Âmbito Federal é a Lei 9.605/98 que define a infração administrativa ambiental no art. 70, com a seguinte descrição: “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (BRASIL, 1998).

Essa definição é muito aberta, não podendo se identificar de forma precisa quais condutas são consideradas infrações administrativas pela lei. Nesse ponto, pode-se afirmar que:

(...)trata-se de dispositivo que representa verdadeira burla ao princípio da legalidade, já que abre caminho a uma verdadeira fixação – e não simples especificação – das condutas proibidas por meio de decreto, regulamentos e resoluções. (COSTA, 2010, p. 176)

Diante da falta de precisão das condutas que são consideradas infrações, parece haver uma ofensa na lei 9605/98 à estrita legalidade própria do direito sancionador. Entretanto, na prática não se considera que o art. 70 ofenda ao princípio da legalidade, sendo permitido que os ilícitos administrativos sejam explicitados de maneira mais detalhada pelo decreto 6514/08 (NETO, 2011, p. 182).

Além da tipicidade do que seriam as condutas infracionais no art. 70, a lei 9605/98 descreve no art. 72 o rol de sanções administrativas, aplicáveis diante da prática de uma infração, quais sejam:

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. (BRASIL, 1998)

Entre as sanções administrativas restritivas de direitos, o mesmo art. 72 da lei 9.605/98 às especifica no §8º, que segue:

- § 8º As sanções restritivas de direito são:
- I - suspensão de registro, licença ou autorização;
 - II - cancelamento de registro, licença ou autorização;
 - III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;
 - IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
 - V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos. (BRASIL, 1998)

As penalidades desenvolvidas na esfera administrativa são quase idênticas às penas aplicáveis na prática em processos penais⁸⁷. Especialmente, em razão de que na esfera criminal ambiental existe a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenações não superior a quatro anos⁸⁸. E também, visto que a maioria das condutas descritas na lei 9605/98 tem penas baixas, é comum ao final de um processo por crime ambiental ser aplicadas as penas restritivas de direitos previstas no art. 8º que são: “I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; V - recolhimento domiciliar” (BRASIL, 1998).

Nessa conjuntura, com exceção do recolhimento domiciliar as outras medidas são muito semelhantes com as sanções administrativas. Embora não possa ser definido a prestação de serviços à comunidade por meio das infrações administrativas ambientais, o art. 72, §4º da lei 9.605/98⁸⁹ possibilita converter a pena de multa em

⁸⁷ Conforme análise feita no segundo capítulo sobres os processos julgados em 2016 pela 4ª Câmara Criminal do TJRS.

⁸⁸ “Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;”

⁸⁹ § 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

prestação de serviços ambientais, o que se assemelha com a da esfera penal.

Se levar em conta às penas aplicáveis às pessoas jurídicas⁹⁰, as sanções penais são idênticas às administrativas. Constata-se a proximidade das sanções administrativas com às penas previstas nos crimes ambientais. Se levar em conta a pena de multa, o direito administrativo sancionador é, inclusive, mais grave que o direito penal.

Os critérios para o cálculo da multa na esfera penal, estão previstos na parte geral do código penal, nos artigos 49 ao 52, a qual pode ser estabelecida entre 10 a 360 dias de multa, podendo o valor do dia multa variar entre um trigésimo a cinco vezes o salário mínimo. Levando em conta o salário mínimo vigente (R\$954,00), a pena de multa pode chegar ao máximo de R\$1.717.200,00 (um milhão setecentos e dezessete mil e duzentos reais). Tendo em vista a especificidade do art. 18 da lei 9605/98⁹¹, é possível aumentar a pena de multa em três vezes o valor máximo previsto pelo código penal, ou seja, a pena máxima de multa máxima em relação à crimes ambientais é de R\$5.151.600,00 (cinco milhões, cento e cinquenta e um mil e seiscentos reais).

Na esfera administrativa a sanção de multa tem como limite a quantia de R\$50.000,00 (cinquenta milhões de reais) nos termos do art. 75 da lei 9605/98⁹². Ou seja, a pena administrativa de multa é quase dez vezes superior multa da esfera criminal. Fator que pode demonstrar até mesmo uma desproporcionalidade, tendo em vista a diminuição de garantias na esfera administrativa e a falta de formalização do procedimento administrativo.

O fenômeno que se intui da análise entre sanções administrativas e direito penal na esfera ambiental, nos aproxima do modelo descrito por Ana Carolina Oliveira, em que:

⁹⁰ As penas aplicáveis a pessoa jurídica são de: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade; Entre as penas *restritivas de direitos* estão a) suspensão parcial ou total de atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

⁹¹ "Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida"

⁹² Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

(...) a intersecção entre áreas sancionadoras onde dificilmente haverá pena de prisão, cumulada com graves sanções pecuniárias ou restritivas de direitos pode representar a aproximação, na prática entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito de intervenção (OLIVEIRA, 2013, p. 245)

Nesse contexto, as sanções administrativas poderiam ganhar corpo como uma alternativa ao direito penal ambiental, sendo a forma de estruturação do direito de intervenção previsto por Hassemer. Entretanto, para que se possa estabelecer uma maior proximidade com o modelo de intervenção idealizado, é necessária uma melhor organização do direito administrativo sancionador, que precisa resguardar algumas garantias, a fim de possibilitar a atuação legítima e proporcional.

Tal modelo já foi preconizado no Brasil em relação a crimes econômicos, aproximando as ideias de Hassemer a uma terceira via entre o modelo penal e administrativo, um verdadeiro direito administrativo-penal. Tal modelo tem como característica essencial a aplicação das penas administrativas, e não penais, julgadas por um tribunal administrativo, mas carrega garantias e limitações próprias do direito penal. Seria um modelo simbiótico, contendo tanto qualidades administrativas, quanto penais (REALE JÚNIOR, 2010, p. 8).

O direito administrativo sancionador reestruturado e potencializado com os ideais do direito de intervenção poderia ser um instrumento importante de descriminalização, afastando o efeito simbólico da atuação penal. Tal caminho é complexo, pois embora reconhecidas às capacidades da atuação administrativo sancionadora, são necessárias mudanças que possibilitem o seu desenvolvimento, o que tem sido barrado pela “simples possibilidade de sempre recorrer ao direito penal” (COSTA, 2010, p. 185).

4.4 A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AMBIENTAL A PARTIR DO MODELO DE DIREITO DE INTERVENÇÃO;

Conforme reflexão realizada no capítulo anterior pode-se aproximar o direito administrativo sancionador ambiental ao modelo de direito de intervenção⁹³. Entretanto, não se pode afirmar que ambos os ramos são idênticos, pois a proposta de Hassemer nunca foi posta em prática, assim, o direito de

⁹³ Nesse sentido apontam Ribeiro e Costa (2016)

intervenção é, antes de tudo, um modelo ideal (OLIVEIRA, 2013, p. 247) cuja aproximação ao direito administrativo sancionador tem sido feita no Brasil⁹⁴.

Entre as características essenciais do modelo de direito de intervenção descritas por Hassemer, pode-se identificar a disposição de medidas drásticas e incisivas, como exemplo o fechamento de uma empresa. Mas também é necessário segurança procedimental, em que os pressupostos sejam descritos com precisão e confiabilidade, de acordo com os fundamentos de um estado de direito (HASSEMER, 2008b, p. 314).

Na análise do direito administrativo sancionador ambiental, já se pode identificar medidas extremas com penas tão graves quanto na esfera penal. Entretanto, existem dificuldades no sistema sancionador ambiental brasileiro em relação à segurança procedimental e às garantias individuais necessárias em qualquer modelo sancionatório.

A partir do direito de intervenção deve-se pensar em uma reestruturação do direito administrativo sancionador. Não obstante, tal discussão transcende o modelo de Hassemer, posto que existem diversos estudos que estruturam novos modelos de sanção administrativa, já sistematizados, e que podem ser utilizados também na reformulação do direito administrativo sancionador ambiental, em especial, o modelo de direito de contraordenações⁹⁵ e a proposta de Helena Lobo da Costa.

Uma primeira preocupação de Hassemer, partilhada por outros autores⁹⁶, se dá no risco do direito de intervenção se “converter numa roupagem moderna da mesma corrosão dos direitos fundamentais praticada atualmente pela prevenção normativa” (HASSEMER, 2008b, p. 314). Por isso, a partir de tais premissas aplicáveis ao direito administrativo sancionador, deve-se estabelecer um sistema próprio de atuação, que mesmo com a flexibilização de garantias não se torne um instrumento de arbitrariedade, e injusta intromissão do estado na esfera individual.

⁹⁴ Em relação ao tema Ana Carolina Oliveira (2013) dedicou uma obra que trabalha essencialmente sobre essa temática, outros autores podemos citar Miguel Reale Jr (2010), Diogo Mentor (2015), além de Ribeiro e Costa (2016)

⁹⁵ É o modelo de sancionamento administrativo adotado na Alemanha e Portugal, que está sistematizado a partir de alguns princípios do direito penal, como a legalidade, o qual possui uma análise avançada em razão de sua aplicação prática a partir de 1945 como forma de limitar a atuação penal (LOBATO, 2012, p. 108-109)

⁹⁶ Claudio Lopes (2014, p. 19) cita o risco da redução de garantias como um ponto negativo do Direito de Intervenção

A aproximação do modelo administrativo sancionador ao direito de intervenção objetiva reconhecer garantias essenciais, a partir de uma melhor formalização, necessária em qualquer sistema punitivo. Entretanto, tal modelo, deve sim, pautar-se por estratégias preventivas, preservando o princípio da subsidiariedade do direito penal (OLIVEIRA, 2013, p. 257-258). Nesse contexto, parte-se do reconhecimento de que o Direito penal, por ser *ultima ratio*, não é necessário, quando se pode tutelar o bem jurídico por outros meios menos lesivos aos direitos do cidadão, ainda mais quando a maior parte dos crimes ambientais tem caráter administrativo e não penal (LOBATO, 2012, p. 99).

Nesse ponto, o direito administrativo deve ser orientado para a aplicação tanto em relação às pessoas físicas como jurídicas, mas acentuando sua atuação em relação as práticas efetuadas por empresas, que sem dúvidas tem maior influência na degradação do meio ambiente.

Quanto aos aspectos materiais do Direito Administrativo Sancionador, deverá ser criado uma Parte Geral exclusiva, com garantias e princípios semelhantes ao direito penal que possam ser aplicáveis às infrações administrativas, e que sirvam para ordenação normativa. Devem de um lado primar pela eficácia da norma, ampliando o âmbito de incidência, como por exemplo da responsabilização solidária, mas também, por outro lado, deve limitá-la, admitindo hipóteses de erro de tipo ou a extinção da punibilidade (REALE JÚNIOR, 2010, p. 8).

Em relação ao modelo brasileiro, Helena Lobo da Costa (2010, p. 217) afirma que a lei 9.605/98 não constitui uma verdadeira parte geral limitando-se a criar regras esparsas incapazes de firmar os princípios gerais do sistema administrativo sancionador. Essa situação traz insegurança jurídica, o que é inadmissível em um ramo que atua com viés sancionatório. Em razão disso, sugere a criação de uma nova parte geral própria delineando princípios, institutos e garantias aplicáveis à esfera administrativa ambiental.

Na realidade a Autora vê com maus olhos a transposição de princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador, em razão de que a proximidade entre os ramos possa ser utilizada na contaminação do direito penal por critérios administrativos. Assim, o direito administrativo deve ter seus princípios e garantias próprias, que levem em consideração os objetivos e a especificidade desse ramo (COSTA, 2010, p. 218-219).

Há o reconhecimento de que o Direito Administrativo Sancionador, assim como o Direito Penal, deve buscar seus fundamentos nos princípios constitucionais (LOBATO, 2012, p. 104). Aplicando-se a esse ramo os princípios da legalidade (art. 5º, II e Art. 37), de competência (Art. 5º, LIII), inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, XXXV), contraditório e ampla defesa (art. 5º LIV e LV). Além de princípios constitucionais atrelados a noção de estado de direito: Legalidade, Proporcionalidade, segurança jurídica, proteção jurídica e garantias processuais (MELLO, 2007, p. 96).

Esses são alguns princípios reconhecidos para a atuação legítima do direito administrativo sancionador, mas não são os únicos, e não se pretende neste trabalho esgotar tal análise. Por isso, serão analisados os princípios e garantias mais relevantes para a aproximação com o ideal do direito de intervenção, buscando formalizar essa atuação.

Como o direito administrativo sancionador busca intervir na vida dos cidadãos, sua atuação deve estar adstrita ao princípio da legalidade, resumido pelo adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Dele advém duas garantias: a primeira é a necessidade de lei prévia determinando as condutas ilícitas, ou seja, tipicidade; já a segunda, traduz-se na necessidade de que tais condutas sejam reguladas por lei no sentido formal, ou seja, emanada do poder legislativo (CUTANDA, 2009, p. 493-494).

Quanto a primeira garantia não há maiores problemas ante o reconhecimento de que a conduta ilícita deva estar previamente definida⁹⁷, sendo vedado analogias, que possam colaborar com a atuação autoritária da administração pública. Entretanto, em relação, a lei formal encontramos um problema relacionado ao decreto 6.514/08, e a forma de atuação do direito administrativo sancionador, no que se refere a reserva de lei.

Um primeiro apontamento importante, é que na atuação do direito administrativo sancionador não há reserva de lei federal, como no direito penal. Logo, é possível, a partir da análise das competências constitucionais, que os Municípios e Estados estabeleçam leis alusivas às sanções administrativas, própria da ideia de descentralização administrativa (OSÓRIO, 2000, p. 204).

Em relação ao meio ambiente, a Constituição Federal estabelece

⁹⁷ Lembra-se que devem ser respeitadas algumas consequências do princípio da legalidade, como o *no reformatio in pejus*, e a possibilidade de *reformatio in mellius* (COSTA, 2010, p. 221)

competência administrativa comum, conforme art. 23, parágrafo único. Desse modo, em relação ao poder de polícia preventivo todos os entes administrativos podem atuar, ressalvadas a titularidade do bem atingido e o interesse atingido. Já a competência para legislar em matéria ambiental é concorrente, nos termos do art. 24, VI da CF. Devendo a união estabelecer regras gerais, e os Estados suplementar tal legislação para atingir interesses regionais, assim como o Município, no interesse local (NETO, 2011, p. 193-194).

A distribuição da competência legislativa pode colaborar com a criação de ilícitos adequados ao meio ambiente local. Entretanto, pode proporcionar uma flexibilização na tipificação de condutas pelos entes federativos, surgindo o perigo de violação ao princípio da igualdade no caso de disparidade legislativa entre os estados. Tal problema é relevante, e exige da união o exercício de sua competência (COSTA, 2010, p. 221). Além disso, deve-se tomar cuidado com o princípio do *ne bis in idem*, ante a possibilidade de mesma tipificação de infrações administrativas pelos diferentes entes federativos.

No que atine à produção de lei formal, é necessária a criação de infrações administrativas por meio de lei emanada dos órgãos legislativos (MELLO, 2007, p. 121). Entretanto, diferentemente do direito penal, tal forma de legalidade não pode ser tão restrita, não havendo qualquer problema a complementação da norma (norma em branco) por meio de regulamentos, decretos, portarias, entre outras manifestações da administração pública (CUTANDA, 2009, p. 494).

Em relação a legalidade formal das sanções administrativas na esfera ambiental, a lei 9605/98 definiu de forma geral às infrações administrativas, por meio do artigo 70⁹⁸. Nesse sentido, há quem entenda que tal forma de atuação é legítima, não ferindo o princípio da legalidade⁹⁹. Não obstante, entende-se que o artigo 70 viola esse critério, ao não especificar nenhuma conduta e deixar definição da ilicitude a cargo do poder administrativo (COSTA, 2010, p. 223).

Nesse contexto, pode-se dizer que o decreto 6.514/08 não é a melhor forma de aproximação com o modelo de direito de intervenção, pois não é lei no sentido formal, desrespeitando o princípio da legalidade. A atuação do direito

⁹⁸ “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.”

⁹⁹ Nesse sentido Nicolao Dino Neto afirma que: “Não há qualquer ofensa ao princípio da legalidade no fato de os ilícitos administrativos estarem explicitados de forma mais detalhada no dec. 6.514”

administrativo sancionador deve permitir a utilização de normas em branco, no sentido de complementar a tipicidade legal, entretanto, o art. 70 da lei 9605/98 é muito aberto, e lamentavelmente, a tipicidade ocorre por meio do decreto e não da lei.

Avançando na análise, a infração administrativa não está condicionada aos critérios de ofensividade do bem jurídico, possibilitando adiantar as infrações, regulando e restringindo as atuações humanas ou de pessoas jurídicas (LOBATO, 2012, p. 108). Com isso, os modelos de perigo abstrato, acessoriedade administrativa e infrações cumulativas, poderiam ser utilizadas de forma legítima pelo direito administrativo sancionador, uma vez que é reconhecida sua forma de atuação diferenciada do direito penal. Entretanto, deve-se respeitar a razoabilidade e proporcionalidade nas infrações (COSTA, 2010, p. 223).

Na análise da culpabilidade é interessante o modelo espanhol descrito por Blanca Cutanda, no qual para a ocorrência da infração se exige responsabilização subjetiva através do dolo, da culpa ou no mínimo negligência, não havendo espaço para a responsabilização objetiva. Entretanto, a hipótese de mera negligência trata-se de verdadeira relativização do componente subjetivo, para responsabilizar quem deixa de tomar as precauções necessárias¹⁰⁰. Além dessa flexibilização, permite-se a responsabilidade solidária, cobrando de um dos responsáveis o todo quando não for possível determinar o grau de participação, situação impossível na esfera penal (CUTANDA, 2009, p. 500-502).

Contudo, em razão da maior flexibilização na forma de atuação administrativa, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica não seria problema. Helena Regina Lobo da Costa assevera a necessidade de diferenciação entre a forma de culpabilidade da pessoa física e pessoa jurídica. Podendo em relação a segunda aplicar a responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa, mas deve se tomar o cuidado em relação às penas mais graves, como fechamento de empresas em que a responsabilidade objetiva deveria ser evitada (COSTA, 2010, p. 224).

Embora reconhecida alguma flexibilização do princípio da culpabilidade, não há como dispensar o elemento subjetivo no tipo administrativo, como sendo mera escolha do legislador como alguns Autores tem apontado no Brasil. Por

¹⁰⁰ No modelo de contraordenações as ações imprudentes representam uma violação a um dever de cuidado (LOBATO, 2012, p. 119)

exemplo Nicolao Dino Neto (2011, p. 189), afirma que “se o dolo e a culpa pertencem a tipicidade, há de se reconhecer, então, a liberdade do legislador, para exigir, ou não, esses elementos”. Tal flexibilização é um verdadeiro abandono ao princípio da culpabilidade, necessário em qualquer atuação sancionadora em um Estado Democrático de Direitos.

Diante do reconhecimento do dolo e culpa como elementos necessários para a tipicidade administrativa, entre as garantias imprescindíveis para um direito administrativo sancionador está o reconhecimento de hipóteses de erro quanto ao tipo, excluindo o dolo, salvo nos crimes puníveis na forma imprudente (LOBATO, 2012, p. 119).

Em relação a antijuridicidade da conduta, não deve haver a responsabilização nos casos em que a ação é autorizada (COSTA, 2010, p. 225). Além disso, devem ser reconhecidas às excludentes de ilicitude, como legítima defesa e do estado de necessidade (LOBATO, 2012, p. 120).

Em relação a reprovabilidade da conduta não há como se distanciar do direito penal, pois os elementos formadores são os mesmos (LOBATO, 2012, p. 120). Em razão disso, deve ser evitado o sancionamento em casos de inexigibilidade de conduta diversa (COSTA, 2010, p. 226).

Esses são alguns princípios e garantias indissociáveis a qualquer regime jurídico punitivo a fim de evitar arbitrariedades. Já se tem trabalhado na doutrina para melhor sistematizar a atuação do direito administrativo sancionador, o qual sem dúvidas deve avançar como modelo jurídico legítimo, sendo adequada alternativa ao direito penal na proteção de bens jurídicos. Até mesmo porque algumas sanções administrativas podem ser mais prejudiciais a atividade empresarial que a pena privativa de liberdade.

Em razão disso, Helena Regina Lobo sugere como sanção a publicação de decisões condenatórias relacionadas ao meio ambiente, o que afetaria diretamente a imagem da empresa, fomentando maior atenção dos consumidores e acionistas para as variáveis ambientais (COSTA, 2010, p. 230).

Outro problema na atuação administrativa sancionadora a ser enfrentado se relaciona com às regras processuais. Devem ser respeitados os princípios e garantias processuais, como: devido processo legal; o contraditório a ampla defesa; órgão julgador e investigador diferenciados; publicidade; decisões

motivadas; duplo grau entre outros¹⁰¹. Nesse sentido, é necessário a melhor regulação dos procedimentos administrativos ambientais, melhor definição de competências, entre outros problemas que poderiam ser solucionados com a codificação de normas procedimentais, pois tem-se reconhecido que normas dispersas atentam a segurança jurídica nos procedimentos administrativos (FREITAS, 2001, p. 122).

Em razão disso, a atuação do direito administrativo sancionador ambiental poderia se realizar por meio da atuação de órgãos jurisdicionais, no âmbito dos Juizados especiais por exemplo, em que a procuradoria atuaria como órgão acusador (LOPES, 2014, p. 23).

Contudo, desde que hajam garantias processuais como imparcialidade e independência, as sanções administrativas poderiam ser julgadas por órgãos independentes, como ocorre com o CADE¹⁰². Em relação ao meio ambiente poderiam ser sistematizados a partir de órgãos ambientais já existentes, desde que fossem dotados de maior independência e imparcialidade.

Um modelo interessante proposto por Helena Lobo da Costa prevê independência orgânica e administrativa aos órgãos julgadores. A independência orgânica seria garantida por meio da estabilidade dos agentes e a ausência de controle hierárquico. Enquanto a independência administrativa se daria por autonomia de gestão, vinculando parte da receita obtida com multas a manutenção e funcionamento dos conselhos (COSTA, 2010, p. 238).

Ambas formas de organização têm suas vantagens e desvantagens. Entretanto, nesse trabalho não se objetiva discutir qual órgão é mais interessante para a materialização do direito administrativo proposto, mas apresentar propostas, princípios e garantias que poderiam aproximar o direito administrativo sancionador ao modelo de direito de intervenção.

Dentro dos objetivos propostos por esse estudo, o direito de intervenção deve servir para denunciar o uso simbólico do direito penal do ambiente, que tem sido utilizado para desobrigar os poderes públicos de políticas reais de proteção

¹⁰¹ O Dec. 6514/08 prevê alguns desses princípios no art. 95: “O processo será orientado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como pelos critérios mencionados no parágrafo único do art. 2o da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999”. Entretanto na prática a atuação administrativa é muito confusa o que tem confundido até mesmo aplicador da sanção (COSTA, 2010, p. 179)

¹⁰² Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ao meio ambiente (HASSEMER, 2010, p. 6). E a partir dessa denúncia, abrir espaço para novas formas de proteção ambiental, que atue de forma preventiva, antes da ocorrência dos danos, que possibilite o diálogo entre os ramos jurídicos, criando novos instrumentos de tutela, mas também reconhecendo que o direito não pode ser o maior instrumento de política ambiental. A verdadeira proteção ambiental só pode ocorrer a partir de uma consciência coletiva, mudança de cultura, técnica e modelo econômico, que são os verdadeiros vilões na nefasta degradação de nosso planeta.

Não obstante, como é necessária a atuação jurídica, o direito de intervenção como modelo ideal, pode servir para a instrumentalização do direito administrativo sancionador, retirando a carga preventiva colocada sobre o direito penal.

Com a atuação administrativa sancionadora é possível enfrentar o problema ambiental com maior acuidade. Em primeiro lugar porque a atuação mais próxima dos instrumentos de controle administrativos, facilita a utilização de meios de prevenção técnica. Em segundo, dentro da esfera administrativa é possível à intervenção antecipada anterior à lesão de bens jurídicos, possibilitando o agir com base nos princípios da prevenção e precaução na contensão de riscos ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foram estudadas alternativas ao direito penal ambiental brasileiro, utilizando-se como marcos teóricos a dogmática penal e a teoria social do risco, em que o direito de intervenção aparece como tema central. Ao final buscou-se responder o problema de pesquisa que é a possibilidade do direito de intervenção como alternativa ao direito penal ambiental.

Com o referencial utilizado apresentou-se uma proposição distinta, na qual se reconheceu que a tutela penal ambiental é contraproducente, atuando em favor dos interesses políticos e econômicos vigentes, uma vez que é caracterizada por efeitos meramente simbólicos, num quadro de irresponsabilidade organizada.

A pesquisa se desenvolveu a partir da hipótese central de criação de um novo ramo jurídico chamado de direito de intervenção, conforme proposta de Winfried Hassemer. Entretanto, a hipótese empreendida no projeto de pesquisa não foi atestada por completo, pois o direito de intervenção como novo ramo jurídico possui dificuldades teóricas e práticas em sua implementação. Outrossim, com o aporte da teoria de Ana Carolina de Oliveira (2013) chega-se ao direito administrativo sancionador previsto na Lei nº 9.605/98 e no Decreto nº 6.514/08 como manifestação do direito de intervenção na esfera ambiental. Assim, o ideal direito de intervenção proposto por Hassemer seria admissível a partir da reestruturação do Direito Administrativo Sancionador Ambiental, o qual pode ser utilizado de forma alternativa ao direito penal ambiental. Com isso, livraria a utilização simbólica do direito penal, e poderia se estabelecer como instrumento mais adequado aos interesses do direito ambiental.

No primeiro capítulo se alcançou o objetivo de estudar o conceito de bem jurídico e a forma penal moderna, foi analisada a criação e desenvolvimento do conceito de bem jurídico como limite da atuação penal, que a partir do monismo pessoal serve para limitação da atividade penal aos interesses da pessoa humana, funcionalizando o bem jurídico a partir do indivíduo. O meio ambiente, dentro dessa análise, ainda pode ser um bem jurídico tutelado pelo direito penal, contudo, dentro do monismo pessoal deve seguir uma moldura clássica penal, própria da noção de estado democrático de direito. Dessa forma, todas garantias

e princípios penais não podem ser abandonadas, devendo a esfera penal atuar sempre de forma subsidiária e em *ultima ratio*.

Entretanto, ao analisar as características do direito penal ambiental brasileiro identificou-se a moldura penal moderna, que atua de forma antecipada e em *prima ratio*, funcionalizando o indivíduo para atender os interesses estatais, quando não protege bens jurídicos, mas funções administrativas, como licenças, permissões e regulamentos internos. Tal circunstância se observou dentro da chamada administravização do direito penal, que na lei 9.605/98 pode ser verificada pela utilização de crimes de perigo abstrato e na acessoriedade administrativa, na qual ao invés de tutelar bens jurídicos ambientais têm-se protegido funções administrativas.

Diante disso, evidencia-se que o direito penal ambiental tem características de direito penal moderno, pretendendo ser mais efetivo, ao passo em que despreza garantias e princípios clássicos, atuando de forma assessória ao direito administrativo.

No segundo capítulo se alcançou o objetivo de conceituar o direito penal simbólico com a contribuição da teoria do risco de Ulrich Beck, sendo desenvolvido os aspectos sociais que levam a ampliação do direito penal, reconhecendo que a expansão penal objetiva fornecer maior segurança à população, dentro da cultura do medo, num fenômeno que se aproxima das sociedades de risco. Nesse contexto, a escolha pela criminalização se dá de forma célere pela facilidade de criar tipos penais, e sem verificar os resultados, mantendo-se o reconhecimento ilusório e prévio de que o direito penal é efetivo, apenas, por ser o instrumento mais gravoso.

Na esfera ambiental Beck descreve o conceito de irresponsabilidade organizada, no qual o direito serve para normalizar juridicamente os riscos, por meio de seu emaranhado burocrático, em que existe previsão de responsabilidade, mas que, ao contrário, não se verifica a responsabilização, servindo como instrumento de desintoxicação simbólica.

O direito penal ambiental pode ser visto como um modelo de irresponsabilidade organizada, diante da sua caracterização como direito penal simbólico, em que a norma penal serve como elemento de engano e legitimação da degradação ambiental. Tal situação ocorre porque a atuação penal se dá por meio da mera prevenção normativa, visando a coerção psicológica, que

dissuadiria a prática do ilícito, o que não tem sido reconhecido, nem mesmo em relação aos tipos penais clássicos, diante das cifras ocultas. Além disso, a outra função da atuação simbólica é individualizar e descontextualizar problemas sociais, assim o direito penal serve para desfocar às responsabilidades políticas e econômicas na degradação ambiental.

A utilização simbólica do direito penal pode ser constatada na ausência de efeitos instrumentais, nos baixos índices de produtividade, e na seletividade do sistema penal ambiental, uma vez que os grandes poluidores sequer são processados criminalmente.

Com objetivo de demonstrar os baixos índices de efetividade dentro do próprio sistema penal, foi realizada uma pesquisa quantitativa das decisões que vem sendo concedidas em processos crimes na esfera ambiental no Estado do Rio Grande do Sul. Foram encontrados e analisados 69 acórdãos em apelações criminais julgado pela 4ª Câmara do TJRS no ano de 2016, nessas decisões foram avaliados 144 delitos ambientais, chegando aos seguintes resultados: 75 absolvições (52%), 24 casos de prescrição (17%), 14 casos não se analisou o mérito (10%) e 31 condenações (21%).

A pesquisa demonstrou a existência de um grande número de absolvições e prescrições em crimes ambientais, quase 70% dos casos, os quais indicam a atuação simbólica dentro do discurso declarado de proteção penal ambiental, pois ainda que verificado o sistema internamente, constata-se que na grande maioria dos casos não há responsabilização do provável poluidor.

Tal situação evidencia o que Beck denominou de irresponsabilidade organizada dentro do direito penal ambiental, no qual a responsabilização se perde em meio ao emaranhado de formalidades e questões acessórias. Contudo, o maior problema não é o baixo número de condenações, essa é apenas a ponta do iceberg, pois, dentro da atuação simbólica, os maiores déficits estão ligados com a seletividade da tutela penal e o engano contido na norma penal: a seletividade esconde os maiores poluidores, enquanto o engano se dá pela utilização da norma penal como embuste político para acalmar a demanda social por maior proteção ambiental.

Por essas razões, ainda que reconhecida a baixa produtividade penal, não é flexibilizando princípios e garantias do direito penal, criando novos tipos ou aumentando penas, que se chegará a maior proteção ambiental. Deve-se

reconhecer o uso simbólico desse instrumento que não tem a capacidade para solucionar os problemas que lhe são atribuídos.

Essa constatação do baixo número de condenações deve servir para a demonstração de que o direito penal ambiental tem sido contraproducente, e que não cumpre com os seus objetivos declarados, ainda que analisado internamente. Não obstante, ao verificar as penas aplicadas dentro dos casos em que houve condenação (21%) constatou-se que todas as penas foram substituídas por penas alternativas a prisão, e que poderiam ser aplicadas na esfera administrativa.

Diante disso, dentro do estudo desenvolvido no segundo capítulo demonstrou-se que a atuação do direito penal ambiental é simbólica, e que pode estar estruturada para atender interesses ocultos, que apontam para a utilização do direito penal como engodo político e instrumento de falsa proteção que serve para encobrir grandes poluidores.

Após reconhecer as características simbólicas no direito penal ambiental, no terceiro capítulo chega-se ao objetivo central da pesquisa, analisar a criação do direito de intervenção como instrumento alternativo a tutela penal do meio ambiente.

Nesse sentido, foram estudadas as propostas dos autores Silva Sanchez e Hassemer. O primeiro desenvolveu o modelo de segunda velocidade do direito penal, o qual não retira a proteção ambiental da esfera penal judicializada e simbólica, apenas, exclui às penas privativas de liberdade. De outro lado, Hassemer cria o Direito de Intervenção para atuar fora da esfera penal, como um ramo jurídico novo e qualitativamente superior, que abarcaria os ilícitos lesivos ao meio ambiente.

Comparando os modelos, compreendeu-se que a proposta de Hassemer é mais condizente, em especial, porque o direito de intervenção visa enfraquecer a utilização simbólica do direito penal, o que na esfera ambiental pode significar à atenuação da irresponsabilidade organizada. Além disso, como o direito de intervenção é uma proposta interdisciplinar demonstra melhor adequação com os interesses do direito ambiental. O grande problema é que a falta de sistematização teórica e prática representa dificuldades na implementação do direito de intervenção como novo ramo jurídico.

Contudo, a partir da sistematização de Ana Carolina de Oliveira (2013) pode-se reconhecer que o direito administrativo sancionador na esfera ambiental,

a partir da Lei nº 9.605/98 e do Decreto nº 6.514/08, apresenta características de um direito intervenção não planejado. Isso pode ser constatado dentro da chamada zona cinzenta entre os ilícitos ambientais, uma vez que direito penal e administrativo sancionador tem atuado muito próximos, até mesmo, desrespeitando o princípio do *no bis in idem*.

Ao analisar as infrações administrativas descritas no Decreto nº 6.514/08 constatou-se que muitos ilícitos são idênticos aos tipos penais descritos na Lei nº 9.605/98, e de certo modo o direito administrativo já foi estruturado para proteger interesses penais, o problema é que se mantiveram as sanções dentro da esfera penal. Não obstante, ao comparar os ramos jurídicos, verifica-se grande similitude nas sanções efetivamente praticadas, e em alguns casos a sanção administrativa é até mais grave que a penal, ao analisar as penas de multa, por exemplo, na esfera administrativa ela é quase dez vezes superior a multa penal.

Essas características do direito administrativo sancionador aproximam-no do objetivo principal do direito de intervenção: ser um instrumento que possa servir como alternativa à atuação penal. Em razão disso, a construção teórica do direito de intervenção pode servir ao direito administrativo sancionador, em que as sanções administrativas poderiam substituir os tipos penais, tornando a tutela do meio ambiente mais célere e adequada aos interesses preventivos ambientais. Além disso, evita-se a utilização simbólica do direito penal, o que facilitaria a reflexão sobre instrumentos técnicos capazes de atuação preventiva, como, por exemplo, na maior capacitação da atuação do poder de polícia administrativa, na fiscalização e controle de atividade poluidoras. Além disso, as sanções administrativas permitem formas diferenciadas de responsabilização com menor formalidade se comparadas a esfera penal, sem perder a gravidade das penas, que, além de tudo, podem ser consideradas mais adequadas, em especial, na responsabilização das pessoas jurídicas.

Veja-se aqui, a confirmação parcial da hipótese central do trabalho, uma vez que o direito de intervenção dentro do estudo realizado pode servir como modelo teórico para aprimorar o direito administrativo sancionador. Desse modo, não é o direito de intervenção como novo instrumento jurídico que atuaria na tutela do meio ambiente, mas sim, o direito administrativo sancionador exercendo o papel previsto por Hassemer para o direito de intervenção.

É importante salientar, embora tenham sido utilizados diversos fundamentos relacionados com a sociologia, o objetivo do presente trabalho a análise de instrumentos jurídicos. E por isso, não se pode deixar de salientar que, assim como o direito penal, o direito administrativo sancionador não irá resolver todos os problemas ambientais contemporâneos, que são sistêmicos e vinculados a sociedade neoliberal capitalista.

Deve-se reconhecer que a problemática ambiental é complexa e incapaz de ser resolvida apenas com o direito, tendo em vista à existência de interesses econômicos que distorcem, até mesmo, os objetivos centrais da política ambiental. Dessa forma, a verdadeira proteção ambiental só será possível com a mudança do paradigma econômico vigente, e reformas sistêmicas.

Contudo, dentro dos objetivos previstos nesse estudo, a partir do reconhecimento de que o direito penal ambiental tem sido utilizado como instrumento simbólico, servindo de embuste político para conter demandas sociais por proteção, e ainda, para desobrigar a administração pública de políticas ambientais mais efetivas. A busca por alternativas ao direito penal é uma necessidade, com o fim de encontrar instrumentos que possam efetivar os princípios de prevenção e precaução que regem o direito ambiental. Nesse contexto, a utilização do direito administrativo sancionador potencializada com os objetivos do direito de intervenção é uma via adequada, podendo atuar de forma antecipada, com ilícitos cumulativos, de mera conduta, e tipos de perigo em abstrato. Permite, também, a abertura de espaço para novas políticas públicas de proteção ao meio ambiente, acabando com o uso simbólico do direito penal, que deve manter sua atuação limitada e subsidiária em *ultima ratio*.

Diante dos abusos e recrudescimento do direito penal que se tem vivenciado nas últimas décadas, é necessário reconhecer os conceitos e garantias que formam o direito penal, e que devem ser utilizados de forma estratégica com o fim de evitar arbitrariedades dentro da própria noção liberal de estado de direito. Contudo, diante da constatação de outras funções atribuídas ao direito penal e o reconhecimento de sua ilegitimidade, a moldura clássica de direito penal não pode ser um fim em si mesmo, utilizado como argumento para conter o avanço de movimentos criminológicos por descriminalização

REFERÊNCIAS

ACOSTA, V. G. El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos. **Desacatos**, Distrito Federal - México, p. 11-24, setembro-dezembro 2005. ISSN 19.

ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALMINO, J. **Natureza Morta**: a filosofia política do ecologismo. Rio de Janeiro: Barléu, 2004.

AMARAL, É. B. L. D. Das Diversas funções atribuídas ao Direito Penal à função de proteção de bens jurídicos como condição legitimante. **Revista da ESMape**, v. 15, n. nº 31, 2010.

ANDRADE, V. R. P. D. **A ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AREOSA, J. Do risco ao acidente: que possibilidades para a prevenção? **Revista Angolana de Sociologia**, Luganba, n. 4, p. 39-65, dezembro 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/17002>>.

BARATTA, A. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: RAMIREZ, J. B. **Pena y Estado**: Función Simbólica de la pena. Santiago de Chile: ConoSur, 1995. p. 37-55.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos SANTOS. 2ª ed. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. , 1999.

BASOCO, J. T. Función simbólica y Objeto de Protección del derecho penal. In: RAMIREZ, J. B. **Pena y Estado**: Función Simbólica de la pena. Santiago de Chile: ConoSur, 1995. p. 9-22.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, V. M. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: Dois tempos de uma história. 2ª Reimpressão. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BATISTA, V. M. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. 2ª edição, 2ª reimpressão. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BECHARA, A. E. L. S. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, p. 16-29, maio-agosto 2009.

BECK, U. **Ecological Politics in an Age of Risk**. Cambridge: Polity Press., 1995.

BECK, U. A Reinvenção da Política: Ruma a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, U. **Políticas ecológicas en a edad del riesgo: Antídotos la irresponsabilidad organizada**. Barcelona: El Roure, 1998.

BECK, U. **La Sociedade del Riesgo Global**. Tradução de Trad. Jesús Alobés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de Spanã, 2002.

BECK, U. **Sociedade de Risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, U. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Coimbra: edições 70, 2015. não paginado p.

BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BIANCHINI, A.; MOLINA, A. G.-P.; GOMES, L. F. **Direito Penal, volume 1: Introdução e princípios fundamentais**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. Volume I: Parte Geral, 2009.

BOTTINI, P. C. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOZZA, F. D. S. **Bem Jurídico e a Proibição do Excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal** , Rio de Janeiro , 1940.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**, Brasília, 1988.

BRASIL. LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais** , Brasília, 1995.

BRASIL. LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. **Lei dos Crimes Ambientais** , Brasília , 1998.

BRASIL. DECRETO Nº 6.514. **Infrações e sanções administrativas ao meio ambiente** , Brasília, 22 Julho 2008.

BRASIL. Projeto de lei 5513/2016. Altera os artigos 54, 55, 60, 73 e 75 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais, a fim de aumentar a pena dos crimes de Poluição e outros Crimes Ambientais e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087306>>.

BUERGO, B. M. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

CAUBET, C. G. O conceito de sociedade de risco como autoabsolução das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 13, p. 65-84, jan.-jun. 2013. ISSN 24. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15600/22>>.

CAUBET, C. G. Tratados internacionais, interesses difusos e democracia-de-mercado: funções da aparência no direito e na política. In: CAUBET, C. G. **Tratados Internacionais, Direitos Fundamentais, Humanos e Difusos: Os estados contra o bem viver de suas populações**. Florianópolis: Insular, 2016. Cap. I, p. 17 à 76.

COSTA, H. R. L. D. **Proeção Penal Ambiental: Viabilidade, efetividade, tutela por outros**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, J. F. D. O perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas., Coimbra, 1992.

CUTANDA, B. L. **Derecho Ambiental Administrativo**. 10ª. ed. Madrid: Dykinson, 2009.

D'AVILA, F. R. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. . **Revista Brasileira de Ciências Criminas** nº 67, São Paulo, p. 29 a 55, 2007.

D'AVILA, F. R. Breves Notas Sobre o Direito Penal Ambiental. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminas**, São Paulo, Setembro 2010. ISSN ano 18, nº 214.

D'AVILA, F. R. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a Identidade do Direito Penal em Tempos de Indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 60, p. 9-35, mai-jun 2006. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 20 janeiro 2018.

DIAS, J. D. F. O DIREITO PENAL ENTRE A "SOCIEDADE INDUSTRIAL" E A "SOCIEDADE DO RISCO". **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo, v. 2, agosto 2001. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/>>. Acesso em: 25 novembro 2017.

FAYET JUNIOR, N. Considerações sobre a Criminologia Crítica. In: FAYET JUNIOR, N.; CORRÊA, S. P. M. **A sociedade, A violência e o Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FELDENS, L. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Federal**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO, G. G. D. **Crimes ambientais a luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 1ª. ed. São Paulo: IBCRIM, 2008.

FREITAS, V. P. D. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3ª. ed. Curitiba : Juruá, 2001.

GIDDENS, A. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDBLATT, D. **Teoria Social e Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAZIANO SOBRINHO, S. F. C. **Globalização e Sociedade de Controle: A cultura do medo e o Mercado da Violência**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

GRAZIANO SOBRINHO, S. F. C. **A Cultura do medo e a sociedade de risco**. Lisboa: Escolar, 2016.

GRECO, L. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 82**, São Paulo, n. 82, p. 165 - 185, 2010.

GUERRA, S.; GUERRA, S. **Curso de Direito Ambiental**. 2ª Ed. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUIVANT, J. S. A trajetória das Análises de Risco: Da periferia ao centro da teoria social. **BIB**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 3-38, 2º semestre 1998. ISSN 46.

HASSEMER, ; CONDE, F. M. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, W. Derecho penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. In: RAMIREZ, J. B. **Pena y Estado: Función Simbólica de la pena**. . Santiago de Chile: ConoSur, 1995. p. 23-36.

HASSEMER, W. Apresentação. In: ZAPATERO, L. A.; NEUMANN, U.; MARTÍN, A. N. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 11-12.

HASSEMER, W. Características e Crises do Moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144 à 157, fev/mar 2003. ISSN ISSN 1519-1818.

HASSEMER, W. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, W. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, W. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 29, p. 9 à 20, abr/jun 2008. ISSN ISSN 1676-8698.

HASSEMER, W. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 29, p. 9 à 20, abr/jun 2008a. ISSN ISSN 1676-8698.

HASSEMER, W. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008b.

HASSEMER, W. A PRESERVAÇÃO DO AMBIENTE ATRAVÉS DO DIREITO PENAL. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo, v. vol. 8, p. 213 - 224, Outubro 2010. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>.

HASSEMER, W. Defesa Contra o Perigo pelo Direito Penal - uma resposta para as atuais necessidades de segurança? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 55, p. 29-42, outubro/dezembro 2014.

HASSEMER, W. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 9-22.

HERZOG, F. SOCIEDAD DEL RIESGO, DERECHO PENAL DEL RIESGO, REGULACIÓN DEL RIESGO - Perspectivas más allá del Derecho Penal-. In: ZAPATERO, L. A.; NEUMANN, U.; MARTÍN, A. N. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha, 2003. p. 249-258.

HESPANHA, P. Mal Estar e Risco Social num Mundo Globalizado; Novos Problemas e Novos Desafios para a teoria social. In: SANTOS, B. D. S. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. 2ª ed. ed. Madrid: Civitas, 2000.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KINDHÄUSER, U. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 1/2009, p. 1-19, fevereiro 2009.

LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos**. 5ª. ed. São Paulo: atlas, 2003.

LASH, S. A Reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, U.; GIDDENS, A. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 137 - 207.

LEFF, E. **Ecologia, Capital e Cultura: A territorialização da Racionalidade Ambiental**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEITE, J. R. M. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 131 - 204.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. D. A. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOBATO, J. D. T. **Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos: parte geral**. 1ª reimpressão. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES, C. **Delinquência Ambiental: Os limites do Direito Penal**. Birigui: Boreal, 2014.

MACHADO, M. R. D. A. **Sociedade de Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, T. G. Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimização dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas. **Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2008.

MACHADO, T. G. **Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimização dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas**. Porto Alegre: Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008..

MALAREE, H. H. **Bien Juridico y Estado Social y democratico de Derecho: El objeto protegido por la norma penal**. 2ª. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

MELLO, R. M. D. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENTOR, D. **Teoria do Direito de Intervenção**: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MILARÉ, É. **Direito Do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIR PUIG, S. **El derecho penal en el Estado Social Democrático de derecho**. 1ª. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

MIR, J. C. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Porto Alegre, v. 4, p. 519 - 536, outubro 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 08 janeiro 2018.

MMA. Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal. **Ministério do Meio Ambiente**, 2016. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/component/k2/item/616?Itemid=1155>>. Acesso em: 21 Janeiro 2017.

MORAES, M. E. B. D. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco**: Lei nº: 9605/98. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

MÜLLER-TUCKFELD, J. C. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente. In: CASABONA, C. M. R. **La Insostenible Situación del Derecho Penal**. Granada : Comares, 1999. p. 507-530.

NETO, N. D. Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 62, p. 169-200, abr-jun 2011.

NEUMANN, U. Alternativas ao Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** , São Paulo, v. 125, p. 235-252, Novembro 2016.

OLIVEIRA, A. C. C. D. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

OST, F. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARDO, J. E. **O desconcerto do Leviatã**: Política e Direito perante as incertezas da ciência. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta verde, 2015.

PAUL, W. Megacriminalidad Ecológica y Derecho Ambiental Simbólico. In: RAMÍREZ, J. B. **PENA Y ESTADO**: Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Conosur, 1995. p. 111-124.

PAUL, W. A irresponsabilidade Organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: JUNIOR, J. A. D. O. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177 - 189.

PAVIANI, J. **Epistemologia Prática**. 2ª. ed. Caxias do Sul: EducS, 2013.

PERROW, C. **1999**: Normal accidents: living with high-risk technologies. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

PRADO, L. R. **Bem Jurídico – Penal e Constituição**. 2ª. ed. São Paulo: : Revista dos Tribunais , 1997.

PRADO, L. R. **Direito Penal do Ambiente**. 3ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PREUSSLER, G. D. S. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 134, p. 87-107, agosto 2017.

PRITTWITZ, C. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo, p. 915-927, outubro 2010.

RAMIREZ, J. B. Necesidad de la pena, función simbólica y bien juridico medio ambiente. In: RAMIREZ, J. B. **Pena y Estado**: Función Simbólica de la pena. Santiago de Chile: : ConoSur, 1995. p. 101-109.

REALE JÚNIOR, M. Despenalização no Direito Penal Econômico: Uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo, outubro 2010. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 janeiro 2018.

RIBEIRO, L. G. G.; COSTA, M. L. P. D. **O papel e os limites do direito penal ambiental como instrumento de proteção do meio ambiente**: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RIEGER, R. J. D. C. **A posição de Garantia do Direito Penal Ambiental, o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RIPOLLÉS, J. L. D. De La Sociedad Del Riesgo A La Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, 2005. ISSN 7.

ROXIN, C. A proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal, Porto Alegre, 2009.

ROXIN, C. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. **O bem jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233- 276.

SÁNCHEZ, B. F. Sobre a "Administrativização" do Direito Penal da "Sociedade de Risco". Notas sobre a Política Criminal no início do Século XXI. **Revista Liberdades - IBCCRIM**, São Paulo, p. 23-61, maio-agosto 2011. ISSN 7.

SANTOS, J. C. D. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCHUNEMANN, B. **! El Derecho Penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de derecho**. Bogotá: Universidade Externado Colombia, 2007. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/read/295462993/El-derecho-penal-es-la-ultima-ratio-para-la-proteccion-de-bienes-juridicos#>>. Acesso em: Janeiro 2018.

SILVA SANCHEZ, J.-M. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª Ed Rev. e atual.. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª Ed Rev. e atual. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, P. R. A. D. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 46, p. 73-94, jan-fev 2004.

SILVEIRA, C. E. M. D. Uma breve análise sobre a integração entre as dimensões científica e axiológica na construção do risco ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 8, janeiro-abril 2013. ISSN 1. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>.

SILVEIRA, C. E. M. D. **RISCO ECOLÓGICO ABUSIVO: A tutela do patrimônio ambiental nos processos coelivos em face do risco socioambientalmente intolerável**. Caxias do Sul: Educus, 2014.

SILVEIRA, C. E. M. D. A teoria da sociedade de Risco Como instrumento para a compreensão da emergência dos movimentos sociais urbanos no brasil: um contraponto crítico. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. vol. 08, n. 3, p. pp. 1913-1948 , 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18821/14136>>.

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

VIEIRA, H. A eficiência da lei de crimes ambientais (lei 9.605/98) no Município de Corumbá/MS.. **Revista Direito Ambiental e Sociedade/ Universidade de Caxias do Sul**, Caxias do Sul, v. 01, jan/jun. 2011 2012. ISSN (jan/jun. 2011).

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAPATERO, L. A.; NEUMANN, U.; MARTÍN, A. N. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003.

ANEXO

Crimes Ambientais Julgados pela 4ª Câmara Criminal do TJRS em 2016

	Nº PROCESSO	CRIME	DECISÃO	PENA ou MOTIVAÇÃO	Substituição da Pena
1	70061990263	art. 14 lei 10.826/03	Condenação	2 anos	Pecuniária 2 SM e 1 hora por dia de PSC
	-	art. 29 da lei 9605	Condenação	6 meses	
2	70063658371	art. 63 da lei 9605	Condenação	1 ano	Concurso formal Pena Total: 1a2m
	-	art. 50, I, da Lei 6.766/79	Condenação	1 ano	Subst. Pecuniária 1 SM e PSC
3	70057501470	art. 34 da lei 9605/98	Condenação	1 ano detenção	Pecuniária 3 SM
4	70066256041	art. 34, §u, II da lei 9605	Absolvição	Ausência de Tipicidade	
5	70065575656	art. 29 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova pericial	
6	70065840878	art. 38 da lei 9605 (réu 1)	Não Mérito	Revogou Decisão de Rejeição da denúncia	
		art. 38 da lei 9605 (réu 2)	Não Mérito	Revogou Decisão de Rejeição da denúncia	
7	70067522136	art. 38 da lei 9605	Não Mérito	Revogou Decisão Extinção Punibilidade	
8	70068236272	art. 56 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova perícia	
9	70067153528	art. 39 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova perícia	
10	70067275487	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Insuficiência de prova	
11	70067313585	Art. 60 da lei 9605	Não Mérito	Desconstitui sentença p/ oferecer transação	
12	70068805563	Art. 29, §1º, III, da lei 9.605	Absolvição	Insuficiência de prova	
13	70068244102	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova pericial	
	-	Art. 60 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
14	70067760934	art. 29 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Insuficiência de Prova	
		art. 29 da lei 9606 (réu 2)	Absolvição	Insuficiência de Prova	
		art. 29 da lei 9607 (réu 3)	Absolvição	Insuficiência de Prova	
15	70067678748	art. 29 da lei 9605 (reu1)	Condenação	6 meses	Substituída por 1 SM
	-	art. 29 da lei 9605 (réu 2)	Condenação	6 meses + 2 Anos (art. 14 lei 10.826/2003)	2 SM e Multa
16	70067709089	art. 54 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Insuficiência de Prova	
		art. 54 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Insuficiência de Prova	

		art. 54 da lei 9605 (réu 3)	Absolvição	Insuficiência de Prova	
17	70067372342	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Inépcia da denúncia	
18	70068895259	art. 32 da lei 9605	Prescrição	Prescrição retroativa	
19	70068865492	Art. 46 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 38 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
	-	Art. 46 da lei 9605 (réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 38 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
20	70067802256	Art. 34, II da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
21	70068992106	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
22	70068032986		Não Mérito	Não foi julgado recurso fora do prazo	
23	70069353555	art. 39 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		art. 39 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Insuficiência de prova	
24	70068971365	art. 39 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
		art. 48 da lei 9605 (réu 1)	Condenação	7 meses multa 30 dias 3/30 SM	PSC
		art. 39 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
		art. 48 da lei 9605 (réu 2)	Condenação	6 meses	PSC
		art. 39 da lei 9605 (réu 3)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
		art. 48 da lei 9605 (réu 3)	Condenação	6 meses	PSC
		art. 39 da lei 9605 (réu 4)	Absolvição	Materialidade não comprovada	
		art. 48 da lei 9605 (réu 4)	Condenação	6 meses	PSC
25	70068893098	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Ausência de Prova	
	-	Art. 60 da lei 9605	Absolvição	Prova da inexistência do fato	
26	70068429661	art. 56 da lei 9605	Absolvição	Falta de pericia	
	-	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Falta de pericia	
27	70068054253	art. 38-A da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
28	70067311324	art. 32 da lei 9605	Absolvição	Falta de tipicidade	
		art. 32 da lei 9605	Absolvição	Falta de tipicidade	
		Art. 60 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
		Art. 60 da lei 9606	Absolvição	Insuficiência de prova	

29	70068653351	art. 54, §2º, V da lei 9605	Absolvição	Ausência de Perícia	
30	70069526689	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Elementar floresta não comprovada	
	-	art. 50 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova	
31	70068936715	art. 54, §2º, V da lei 9605 (Réu 1)	Absolvição	Insuficiência de prova	
	-	art. 54, §1º da lei 9605 (Réu 1)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 1)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
	-	art. 54, §2º, V da lei 9605 (Réu 2)	Absolvição	Insuficiência de prova	
	-	art. 54, §1º da lei 9605 (Réu 2)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 2)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
	-	art. 54, §2º, V da lei 9605 (Réu 3)	Absolvição	Insuficiência de prova	
	-	art. 54, §1º da lei 9605 (Réu 3)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 3)	Não Mérito	Declina Competência para JECRIM	
32	70069242428	art. 29 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Réu com 19 anos	
		art. 29 da lei 9606 (réu 2)	Condenação	Sentença 1º grau não disponível	
		art. 29 da lei 9607 (réu 3)	Condenação	Sentença 1º grau não disponível	
33	70069341311	art. 56 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Ausência de prova de material contaminante	
		Art. 54, §2º, V da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Ausência de Prova	
		art. 56 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Ausência de prova de material contaminante	
		art. 54, §2º, V da lei 9605 (Réu 2)	Absolvição	Ausência de Prova	
34	70069796670	art. 34 da lei 9605	Condenação	Pena de 25 dias multa (dia 1/30 SM)	Apenas pena de multa
35	70067955336	art. 54, §2º, V da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
36	70067904144	art. 29, §1º, III e § 4º	Absolvição	Insignificância	
37	70069993400	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Ausência de perícia	
38	70067921825	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova	
	-	art. 64 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova	
39	70069100527	Art. 38 - A da lei 9605	Condenação	Não foi fixado pena	
40	70067790881	ART. 41 da lei 9.605	Condenação	2 anos e 10 dias multa	PSC +10DMulta
	-	art. 48 da lei 9605	Condenação	6 meses e 10 dias multa	
41	70070137807	art. 39 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova	

42	70069721835	Art. 41 da lei 9.605	Absolvição	Insuficiência de prova	
	-	art. 48 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
43	70066297029	Art. 38 - A da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Havia licenciamento	
		Art. 38 - A da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Havia licenciamento	
44	70069959070	art. 54 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
45	70066251166	Art. 54, § 2º, V da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
46	70068968049	art. 38 da lei 9605 (réu 1)	Condenação	1 ano de detenção	Substituída por PSC 1h dia
		art. 38 da lei 9605 (réu 2)	Condenação	1 ano de detenção	Substituída por PSC 1h dia
47	70069206266	art. 54 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 55 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 54 da lei 9605 (réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 55 da lei 9605 (réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 54 da lei 9605 (réu 3)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 55 da lei 9605 (réu 3)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 3)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 54 da lei 9605 (réu 4)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	art. 55 da lei 9605 (réu 4)	Prescrição	Prescrição retroativa	
	-	Art. 60 da lei 9605 (Réu 4)	Prescrição	Prescrição retroativa	
48	70069603678	art. 38 da lei 9605	Condenação	1 ano detenção	Substituídas por PSC
	-	art. 48 da lei 9605	Condenação	6 meses detenção	
49	70069471316	art. 69- A, §1º da lei 9605	Prescrição	Prescrição retroativa	
50	70070373824	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Elementar floresta não comprovada	
	-	Art. 38 - A da lei 9605	Condenação	1 ano	Substituída por Multa
51	70069506194	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Inépcia da denúncia/ Ausência de prova	
		art. 56 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova	
52	70070178710	art. 29 da lei 9605	Condenação	Cumulada c/ porte de arma 1a10m15d	Substituída por PSC e 3 SM
53	70068686195	art. 29 da lei 9605	Condenação	Cumulada c/ porte de arma 1a9m	Substituído por PSC

54	70068764810	art. 34 da lei 9605	Condenação	1 ano de detenção	Substituição por uma restritiva de direitos
55	70067986083	art. 29 da lei 9605 (reu1)	Condenação	1 ano e seis meses	Substituição por duas restritivas de direitos
		art. 34 da lei 9605 (réu 1)	Condenação		PSC + Limitação de FDS
		art. 29 da lei 9605 (réu 2)	Condenação	1 ano e seis meses	Substituição por duas restritivas de direitos
		art. 34 da lei 9605 (réu2)	Condenação		PSC + Limitação de FDS
		art. 29 da lei 9605 (réu 3)	Condenação	1 ano e seis meses	Substituição por duas restritivas de direitos
		art. 34 da lei 9605 (réu 3)	Condenação		PSC + Limitação de FDS
56	70070348560	art. 48 da lei 9605	Absolvição	Ausência de provas	
		art. 15 da lei 7802	Absolvição	Ausência de provas	
57	70070307806	art. 39 da lei 9605	Prescrição	Prescrição retroativa	
		art. 53, II, c da lei 9605	Prescrição	Prescrição retroativa	
58	70070553268	art. 54, §2º, V da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova pericial	
59	70070611835	art. 54 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
		art. 56 da lei 9605 (réu 1)	Prescrição	Prescrição retroativa	
		art. 54 da lei 9605 (réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
		art. 56 da lei 9605 (réu 2)	Prescrição	Prescrição retroativa	
60	70070965504	Recurso Intempestivo	Não Mérito	1º grau reconheceu prescrição	
61	70067915959	art. 38 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
		art. 39 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
62	70070316708	art. 34, p. único, II da lei 9605	Não Mérito	Discute a devolução do material apreendido	
63	70070729967	art. 68 da lei 9605	Absolvição	Ausência de prova/ nulidade da sentença	
64	70067953612	art. 56, §3º da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		Art. 60 da lei 9605 (réu 1)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		art. 56, §3º da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		Art. 60 da lei 9605 (réu 2)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		art. 56, §3º da lei 9605 (réu 3)	Absolvição	Insuficiência de prova	
		Art. 60 da lei 9605 (réu 3)	Absolvição	Insuficiência de prova	
65	70071510952	art. 38 da lei 9605	Não Mérito	Desconstitui sentença	Possibilidade de Susp. Condicional do Proc.
66	70070197025	Art. 54 §2º, V da lei 9605 (fato 1)	Absolvição	Ausência de prova	

		Art. 54 §2º, V da lei 9605 (fato 2)	Absolvição	Ausência de prova	
67	70071571152	art. 41 da lei 9605	Absolvição	Insuficiência de prova	
68	70071150718	art. 15 da lei 7802	Absolvição	Insuficiência de prova	
69	70071673370	Art. 54 §2º, V da lei 9605	Prescrição	Prescrição retroativa	

