

Felipe Teles Tourounoglou

A RESPONSABILIDADE PENAL
DA PESSOA JURÍDICA:

**LEGITIMAÇÃO DA TUTELA
PENAL EXPANSIONISTA NAS
INFRAÇÕES PENAIS
AMBIENTAIS**



Felipe Teles Tourounoglou

A RESPONSABILIDADE PENAL
DA PESSOA JURÍDICA:

**LEGITIMAÇÃO DA TUTELA
PENAL EXPANSIONISTA NAS
INFRAÇÕES PENAIS
AMBIENTAIS**



Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

Thamires Camili Gayde

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo do texto e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva do autor, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos ao autor, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora
 Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes
 Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do
 Paraná
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
 Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia /
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

A responsabilidade penal da pessoa jurídica: legitimação da tutela penal expansionista nas infrações penais ambientais

Diagramação: Ellen Andressa Kubisty
Correção: Yaiddy Paola Martinez
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: O autor
Autor: Felipe Teles Tourounoglou

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
T731	Tourounoglou, Felipe Teles A responsabilidade penal da pessoa jurídica: legitimação da tutela penal expansionista nas infrações penais ambientais / Felipe Teles Tourounoglou. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-1840-5 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.405232609 1. Direito ambiental. I. Tourounoglou, Felipe Teles. II. Título. CDD 344.046
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

RESUMO	1
ABSTRACT	2
INTRODUÇÃO	3
O DIREITO PENAL E A TUTELA AMBIENTAL NA SOCIEDADE DO RISCO....	5
1.1 Globalização econômica e sociedade de risco	5
1.2 Expansão penal oriunda do risco e a formação de um estado de exceção.....	10
1.3 Crise do sistema de política criminal e o fomento da expansão.....	24
1.4 Tutela ambiental e seus desdobramentos na sociedade de risco.....	31
LIMITES À EXPANSÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	37
2.1 A concepção de Estado Democrático de Direito	37
2.2 O conceito de bem jurídico como limitador inicial da tutela penal ambiental expansiva	47
2.3 Dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal.....	52
2.3.1 Introdução à principiologia penal	52
2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	52
2.3.3 Princípio da legalidade	53
2.3.4 Princípio da Intervenção Mínima	55
2.3.5 Princípio da fragmentariedade	57
2.3.6 Princípio da lesividade.....	57
2.3.7 Princípio da Proporcionalidade.....	58
2.3.8 Princípio da Adequação Social	59
2.3.9 Princípio da culpabilidade.....	59
2.4 Mandato constitucional de criminalização: dignidade da pessoa humana na imputação criminal à pessoa jurídica	60
3 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NA TUTELA PENAL AMBIENTAL PÁTRIA	65
3.1 Diagnóstico da estrutura legislativa de responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica.	65

3.2 Ausência de instrumentos de inocuização da pessoa jurídica no sistema de penas brasileiro.....	71
3.3 Suficiência de alguns instrumentos extrapenais na evitação do dano ambiental causado pela pessoa jurídica.	83
3.3.1 Lei de biossegurança: 11.105/2005	83
3.3.2 Desconsideração da personalidade jurídica	84
3.3.3 Ferramentas de gestão sustentável	86
3.3.4 Direito de intervenção	89
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	93

RESUMO

O aparecimento de um novo modelo de Direito Penal e Processual Penal, em paralelo àquele modelo posto, de origem clássica iluminista, faz aparecer a busca por sua legitimação. Assim, utiliza-se o legislador pátrio de inúmeros expedientes, em especial, a tutela penal ambiental, a fim de legitimar um modelo de invocações simbólicas, norteadas pela eleição de momentos de urgência, exceções, recrudescimento da norma penal e precípua efetividade do processo penal, chamado de Direito Penal Expansionista. A pesquisa objetiva-se pela pretensão de demonstrar a legitimação de um novo modelo de Direito Penal e Direito Processual Penal, por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Deve-se verificar, se a tutela penal ambiental, voltada à pessoa jurídica revela-se em uma tutela voltada à expectativa, ao simbolismo, à sensação de eficiência, a qual não tem e tampouco terá qualquer viés de efetiva justiça, contudo, atenderá aos reclamos sociais, através de mitigação de direitos e garantias sociais. Um novo modelo de Direito Penal e Processual Penal, existente em paralelo àquele modelo posto, de origem clássica iluminista, pode ser legitimado em detrimento de direitos e garantias sociais? Em uma sociedade de risco, legitima-se o Direito Penal Expansivo sem, aparentemente, rechaçarem-se princípios garantistas e humanizadores? A hodierna tutela penal ambiental, em sua vertente criminalizadora de empresas e indústrias, têm o condão de legitimar um modelo de recrudescimento da norma penal e precípua efetividade do processo penal, chamado de Direito Penal Expansionista? A pesquisa justifica-se pela premente e relevante tarefa de adequar a Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais) e seu instituto de responsabilização da pessoa jurídica na seara penal ao novo momento do Direito Penal, legitimando o aparecimento e a eficácia deste tipo de legislação penal, a qual é menos voltada para a tutela de bens da vida e mais para a tutela de expectativas, políticas e urgências sociais. Os métodos dedutivos e bibliográficos permeiam o desenvolvimento da pesquisa, que se desenlaça inicialmente de modo investigativo com levantamento dos critérios para demonstrar um cenário de riscos, o qual propaga o medo, insegurança e legitima-se o Direito Penal Expansivo sem, aparentemente, rechaçarem-se princípios garantistas, sociais e humanizadores. Conclui-se, que a tutela penal ambiental, sobretudo, com a imputação penal à pessoa jurídica é ausente de técnica e de consciência estrutural do sistema, o qual decide punir um ente ficcional, com sanções repetíveis no plano administrativo e civil, apenas como forma de desvelar uma ideia de proteção e guarda à constituição e ao meio ambiente de forma mais eficaz. Contudo, nada disso é tecnicamente verdadeiro o eficaz, a tutela penal ambiental com a responsabilização da pessoa jurídica, tal qual vemos na legislação atual, lei 9605/98 é inócua e pode ser substituída por outras formas mais eficazes, brandas e coerentes de proteção ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Penal Ambiental; Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica Legitimação; Expansionismo Penal; Efetividade; Direitos e Garantias Econômicas e Sociais.

ABSTRACT

The appearance of a new model of Criminal Law and Criminal Procedure, in parallel to that model, of classical Enlightenment origin, makes the search for its legitimation appear. Thus, the home legislator of countless expedients is used, in particular, the environmental penal protection, in order to legitimize a model of symbolic invocations, guided by the election of moments of urgency, exceptions, increase of the penal norm and the main effectiveness of the penal process. , called Expansionist Criminal Law. The research aims to demonstrate the legitimacy of a new model of Criminal Law and Criminal Procedural Law, through the criminal responsibility of the legal person in environmental crimes. It should be verified, if the environmental criminal protection, directed to the legal person is revealed in a protection directed to the expectation, the symbolism, the sensation of efficiency, which does not have and will not have any bias of effective justice, however, it will attend to the social claims, through the mitigation of social rights and guarantees. Can a new model of Criminal Law and Criminal Procedure, existing in parallel to that model, of classical Enlightenment origin, be legitimized to the detriment of social rights and guarantees? In an at-risk society, is Expansive Criminal Law legitimized without apparently rejecting guaranteeing and humanizing principles? Does today's environmental penal protection, in its criminalizing aspect of companies and industries, have the power to legitimize a model of recrudescence of the criminal norm and the main effectiveness of the criminal process, called Expansionist Criminal Law? The research is justified by the pressing and relevant task of adapting Law 9.605 / 98 (Environmental Crimes) and its institute of accountability of the legal person in the criminal field to the new moment of Criminal Law, legitimizing the appearance and effectiveness of this type of criminal legislation , which is less focused on protecting life's assets and more on protecting expectations, policies and social urgencies. The deductive and bibliographic methods permeate the development of the research, which is initially investigated in an investigative way with a survey of the criteria to demonstrate a scenario of risks, which propagates the fear, insecurity and legitimizes the Expansive Criminal Law without, apparently, rejecting it. guarantee, social and humanizing principles. It is concluded that the environmental penal protection, above all, with the criminal imputation to the legal entity is absent of technique and structural awareness of the system, which decides to punish a fictional entity, with repeatable sanctions in the administrative and civil plan, only as a way to unveil an idea of protection and guard the constitution and the environment more effectively. However, none of this is technically true or effective, environmental criminal protection with the responsibility of the legal entity, as we see in the current legislation, Law 9605/98 is harmless and can be replaced by other more effective, mild and coherent forms of protection to the environment.

KEYWORDS: Environmental Criminal Guardianship; Criminal Accountability of Legal Entities Legitimation; Criminal expansionism; Effectiveness; Economic and Social Rights and Guarantees.

INTRODUÇÃO

O acesso irrestrito dos seres sociais aos meios de comunicação, o aspecto exageradamente midiático da violência, a valorização da seara penal enquanto resposta aos reclamos populares, o descrédito de outros ramos do direito, o surgimento de bens jurídicos difusos. Tudo isso, demonstra o aparecimento de novas características e novas configurações para o Direito Penal e o Processo Penal. Certamente, o Direito Penal clássico de origem iluminista é inapetente para responder a esses novos aspectos. A simples tutela de bens da vida já não parece ser eficaz.

Destarte, a proteção penal começa a ter um cunho emergencial, havendo uma clara busca por um Direito Penal e um Processo Penal mais abrangente, célere, com traços de maior eficiência e desvinculado de aspectos minimalistas.

Esse novel Direito Penal é alcunhado de Direito Penal Expansivo ou Expansionista, o qual prega a existência da lei penal como forma de combate à criminalidade, o recrudescimento da norma penal como forma de controle social profícuo, bem como o princípio da efetividade como balizador do Processo Penal, mitigando direitos e garantias do processado.

Assim, no Brasil, através de uma produção legislativa pródiga, por exemplo, as infrações penais ambientais, aqueles delimitados à Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais), eclodem como a demonstração de Direito Penal Expansivo, de cunho simbólico.

Na verificação da tutela penal ambiental, observa-se uma interligação daquele meio de combate à delitos contra bens difusos e coletivos conflito com o expansionismo penal, sobretudo no que tange a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de crimes ambientais.

Neste viés, demonstra-se que, hodiernamente, o direito penal ambiental tem um escopo mais fadado ao simbolismo, a tutela da expectativa, a hipertrofia das leis penais, a mitigação de direitos e garantias, em nome de uma falsa efetividade, do que a vinculação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, da ordem social e econômica.

Em que pesem as valorosas e críticas ao expansionismo penal, as quais atribuem a este modelo caráter paralelo ao Estado Democrático, bem como criticam a dissociação do direito penal com ciência, restando uma seara penal menos ligada às estatísticas da lei penal do que a fé, puramente emotiva. A tutela penal ambiental parece refletir este caráter populista, midiático, maximalista, do Direito Penal Expansionista, o qual relega bases penais garantistas, como a culpabilidade, legalidade, taxatividade, humanidade, bem como minimiza a sustentabilidade e a verdadeira eficiência da Justiça.

A pesquisa objetiva-se pela pretensão de demonstrar a legitimação de um novo modelo de Direito Penal e Direito Processual Penal. A referida legitimação se desvela, dentre outras, na atual forma de tutela penal ambiental, a qual atribui responsabilidade a um ente ficcional, qual seja: pessoa jurídica, de forma contrária a ordem social e econômica, bem como ao próprio estado democrático de direito.

Assim, o presente trabalho pretende esclarecer a real eficiência da imputação penal à pessoa jurídica em sede de crimes ambientais.

Deve-se verificar, se a tutela penal ambiental, voltada a pessoa jurídica revela-se em uma tutela voltada à expectativa, ao simbolismo, à sensação de eficiência, a qual não tem e tampouco terá qualquer viés de efetiva justiça, contudo, atenderá aos reclamos sociais, através de mitigação de direitos e garantias sociais. Outrossim, servirá para que o legislador, em matéria penal, justifique o excesso de leis, as quais, em sua imensa maioria, têm penas brandas, haja vista seu caráter pouco ofensivo, sua ausência de delimitação de tutela de bem jurídico, sua extremada abrangência junto aos bens da vida e sua insistente demonstração que o Direito Penal encampa todos os fatos sociais.

Um novo modelo de Direito Penal e Processual Penal, existente em paralelo àquele modelo posto, de origem clássica iluminista, pode ser legitimado em detrimento de direitos e garantias sociais?

Em um cenário de riscos, o qual propaga o medo e a insegurança, legitima-se o Direito Penal Expansivo sem, aparentemente, rechaçarem-se princípios garantistas e humanizadores?

A hodierna tutela penal ambiental, em sua vertente criminalizadora de empresas, tem o condão de legitimar um modelo de invocações populistas e simbólicas, norteados pela eleição de momentos de urgência, exceções, recrudescimento da norma penal e precípua efetividade do processo penal, chamado de Direito Penal Expansionista?

Portanto, o problema de pesquisa, reforça a necessidade de discussão dogmática, em sede penal e processual penal, sobre a responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica. Rejeita-se a ideia de que a responsabilização da pessoa jurídica seja a melhor e mais profícua forma de evitar o dano ambiental a novel tutela penal ambiental, apenas como forma de legitimação de um modelo penal paralelo, que tem por objetivo estabelecer momentos de exceção e urgência, bem como mitigar direitos e garantias sociais e econômicas em nome da efetividade e em detrimento do Estado de Democrático de Direito, vai desvelando uma sensação expansiva de Direito Penal.

A pesquisa justifica-se pela premente e relevante tarefa de adequar a Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais) e seu instituto de responsabilização da pessoa jurídica na seara penal ao novo momento do Direito Penal, legitimando o aparecimento e a eficácia deste tipo de legislação penal, a qual é menos voltada para a tutela de bens da vida e mais para a tutela de expectativas, políticas e urgências sociais.

Tal panorama convida a uma análise percuciente da questão, que passa pela demonstração de que proteger o meio ambiente, fauna, flora, meio ambiente social, cultural, do trabalho, não significa utilizar-se de maneira desmedida do campo penal.

Acredita-se, portanto, que para além de evitar escassez de recursos naturais, o desenvolvimento econômico desenfreado e assegurar a sustentabilidade, a tutela penal ambiental atual revela um caráter expansionista, simbólico, político e excepcional, do Direito Penal e processual Penal.

O DIREITO PENAL E A TUTELA AMBIENTAL NA SOCIEDADE DO RISCO

A inserção irrestrita dos seres sociais dentro do sistema de capital, a globalização do mercado, o descrédito de outros ramos do direito, o surgimento de bens jurídicos difusos. Tudo isso, demonstra o aparecimento de novas características e configurações para a tutela penal ambiental, a qual lastreia em uma sociedade de riscos. Certamente, o Direito Penal clássico de origem iluminista é inapetente para responder a esses novos aspectos. A simples tutela de bens jurídicos individuais já não parece ser eficaz.

1.1 Globalização econômica e sociedade de risco

Destarte, a proteção penal começa a ter um cunho emergencial, havendo uma clara busca por uma tutela penal ambiental mais abrangente, célere, com traços de maior eficiência e desvinculado de aspectos minimalistas.

Essa tutela penal ambiental oriunda do risco prega a existência da lei penal como forma de combate à degradação ambiental, o recrudescimento da norma penal como forma de controle ambiental profícuo.

Assim, no Brasil, através de uma produção legislativa pródiga nas infrações penais ambientais, aqueles delimitados à Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais), eclodem como a demonstração de uma tutela penal baseada no risco, de cunho simbólico.

Na verificação da tutela penal ambiental, observa-se uma interligação daquele meio de combate a delitos contra bens difusos e coletivos conflito com o risco social.

Neste viés, demonstra-se que, hodiernamente, o direito penal ambiental tem um escopo mais fadado ao simbolismo, à tutela da expectativa, a hipertrofia das leis penais, a mitigação de direitos e garantias, ao expansionismo em nome de uma falsa efetividade, do que a vinculação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, da ordem social e econômica.

A globalização possibilitou o rompimento de barreiras geográficas, intensificando as relações entre os Estados, tornando-os interdependentes. Mais do que isso, contribuiu para a concentração de capitais em empresas transnacionais, gerando uma profunda crise no conceito de Estado-Nação, que passou a ser visto como um óbice ao processo de globalização econômica. A globalização, sem dúvida expõe uma faceta do pensamento de Marx, a qual é trazida por Carlos Roberto Vieira Araújo¹, o capital não é uma coisa, não é um objeto ou instrumento, o capital é sim a relação social entre as pessoas e as coisas. Não há capital sem relação social, não há capital sem esta interconexão das forças de trabalho e dos meios de produção. Sem dúvida, com a globalização, o capital,

¹ ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do Pensamento Econômico: Uma abordagem introdutória**. São Paulo: Atlas, 1995. p.53

nesta perspectiva, ganha seu ápice, alcança o tónus de uma relação social extremamente complexa e abrangente.

Com velocidade e sem limites aduaneiros, o capital ganha fluidez, aprofunda a luta de classes e desvela o surgimento de formas de forças de trabalho e desigualdades, as quais aumentam os riscos. A força de trabalho enquanto mercadoria, se renova, se transforma, trona-se intelectual, telemática, remota, menos pessoal, contudo, não deixa de ser força de trabalho, não deixa de ser capital, todavia, globalizado.

Contudo, a globalização, talvez tenha alcançado patamares para além da lógica Marxista, em uma visão para além de seu tempo, como já dito, Marx verificava o capital enquanto relação social, talvez, a globalização tenha transformado o capital enquanto à única relação social.

Antônio Negri², ao revitalizar conceitos de biopolítica e biopoder desvela que a vida, em seu critério biológico, gira em torno do capital, a força de trabalho está na própria maneira de ser, de comunicar-se de verificar o mundo.

A globalização imiscuiu o capital, a força de produção à própria existência humana, vivemos para capital e dentro do capital, o capital nos domina biologicamente. As sensações, os riscos, as percepções sobre a vida estão intimamente ligadas ao capital.

Assim, a abertura econômica dos países e a integração dos mercados contribuíram para a evolução do capitalismo. A globalização, pois, reforçou a célebre frase de Bobbio³ de que “nenhum Estado está só”.

De acordo com Anthony Giddens⁴, a globalização pode ser conceituada como:

a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a milhas de distância e vice-versa. É um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.

Conforme preciosa lição de Zaffaroni⁵, a globalização também pode ser considerada como um “novo momento de poder planetário”, assim como foram o colonialismo e o neocolonialismo:

El fenómeno general es la *globalización*. Pero *globalización* es una expresión ambigua, porque se emplea tanto para designar el hecho de poder mismo como también la *ideología que pretende legitimarlo*. Es indispensable no confundir ambos conceptos y, por ello, preferimos llamar *globalización al hecho de poder en sí mismo* y denominar *pensamiento único, globalismo* (Beck) o *fundamentalismo de mercado* (Soros) a la ideología legitimante. En

2 NEGRI, Antonio. **La Fabrica de Porcelana Uma Nueva Gramatica de la Política**. Barcelona: Paidós, 2006. p. 46.

3 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 101.

4 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.60.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. **Direito e Cidadania**. Praia, ano III, n. 8, p.71-96, 1999-2000.

este entendimento, a *globalización* não é um discurso, mas nada menos que *un nuevo momento de poder planetário*. Trata-se de uma realidade de poder que chegou e que, como as anteriores, não é reversível. A *revolución mercantil y el colonialismo* (séculos XV e XVI), a *revolución industrial y el neocolonialismo* (séculos XVIII e XIX) e a *revolución tecnológica y la globalización* (século XX), *son tres momentos de poder planetário*.

Pois bem. Para uma melhor compreensão desse novo poder planetário, necessário fazer algumas considerações.

De início, é possível afirmar que a globalização, em especial, a chamada globalização das comunicações, favorecida pelos avanços tecnológicos, introduziu uma nova cultura do consumo de informação nas sociedades contemporâneas. As redes de comunicação passaram a ser organizadas em escala mundial. Em outras palavras, o que antes era informação local, tornou-se global, deixando o mundo interligado.

A globalização das comunicações, conforme ensina Sánchez⁶, “é um correlato da globalização econômica, que torna necessário baratear os custos das transações (e requer, portanto, essa maior rapidez de comunicações)”. Dessa forma, a globalização das comunicações também pode ser vista como facilitadora da globalização econômica.

O segundo ponto, aqui destacado, diz respeito ao fenômeno da globalização econômica em si. A globalização, sobretudo, em sua dimensão econômica, possibilitou a constituição de uma economia mundial sem fronteiras (internacionalização das economias nacionais), enfraquecendo o poder de controle do Estado sobre a economia e colocando em xeque a soberania estatal. Nesse sentido, as características do processo de globalização se aprofundam na mudança do conceito de Estado-nação ou Estado nacional, que está mergulhado numa indescritível crise de identidade e, em consequência, de estabilidade.

Bauman⁷ também assevera que:

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independências anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas...

Zaffaroni⁸, resume bem o reflexo da globalização na soberania dos Estados:

(...) o efeito da globalização é o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais. Os Estados nacionais perderam aquele poder de mediação entre capital e trabalho, entre as forças produtivas. Não existe mais um representante do capital; as grandes corporações são internacionais. E temos uma acumulação de imensas quantidades de dinheiro, numa coisa não muito clara que se chama conglomerados.

6 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

7 BAUMAN, Zygmunt **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 74.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAN, Maria Lúcia (org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17-38.

Mas, afinal, quais seriam as características desse novo poder planetário (globalização)? Zaffaroni⁹ elenca 11 características:

A) La revolución tecnológica es, ante todo, comunicacional: la velocidad de comunicación aumenta hasta límites insospechados hace pocos años; B) Se produjo una reducción del poder regulador económico de todos los estados, aunque en diferente medida, invocando la necesidad de favorecer un mercado mundial. C) Se acelera la concentración de capital, con evidente predominio del financiero; D) Se desplazan los capitales con costo cero hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recortes de personal; E) el poder político compite por atraer esos capitales, o sea que los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos; F) el uso del salario y del empleo como variable de ajuste provoca creciente desempleo y deterioro salarial; G) como resultado de todo lo anterior, los estados perdieron su capacidad de mediación entre capital y trabajo; H) Los sindicatos carecen de poder para reclamar contra esa situación; I) La especulación financiera adopta formas que cada vez tornan más borrosos los límites entre lo lícito y lo ilícito; J) Los refugios fiscales para capitales de origen ilícito son conocidos por todos y nadie los obstaculiza; K) El sistema tributario se invierte, tratando de compensar la menor tributación del capital con mayor tributación del consumo, que recae sobre los de menor renta.

Como visto, a globalização permitiu o encurtamento das distâncias, mudanças na economia mundial, avanços tecnológicos, o surgimento de novos centros do poder mundial (multinacionais e blocos econômicos) etc. Além disso, ela fez a sociedade pós-industrial experimentar novos riscos.

A globalização econômica, indubitavelmente, conforme introduz, a cada dia, no catálogo dos riscos e insegurança, novas e aterradoras formas que eles podem assumir, o que nos leva a pensar em “globalização dos riscos. A sociedade que, algum dia, acreditou que os avanços tecnológicos seriam capazes de trazer uma maior segurança, hoje se sente ameaçada pelos novos riscos (tecnológicos ou não), vivendo uma sensação de insegurança. Nas palavras de Gomes e Bianchini¹⁰:

A grande ameaça já não é o comunismo, senão as enfermidades incuráveis (Aids), as epidemias incontroláveis (vaca louca), as grandes catástrofes naturais (Chernobil, risco de explosões nucleares), o crime organizado, as máfias, a corrupção, o terrorismo etc. (o que leva a pensar numa cooperação internacional, na criação de uma Justiça universal etc.).

Beck¹¹ afirma que os riscos sempre existiram, no entanto, destaca que eles deixaram de ser tão somente pessoais e passaram a ser globais:

Sin duda, los riegos no son invento de la Edad Moderna. Quien, como Colón, partió para *descobrir* nuevos países y continentes aceptó riesgos. Pero se trataba de riegos personales, no de las situaciones globales de amenaza que

9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., p.71-96.

10 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.18.

11 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 1998. p.27.

surgen para toda la humanidad con la fisión nuclear o el almacenamiento de basura atómica. La palabra riesgo tenía en el contexto de esa época la connotación de coraje y aventura, no la de la posible autodestrucción de la vida en la Tierra.

Ainda segundo Beck¹², as sociedades pós-industriais podem ser caracterizadas como “sociedades de riscos”, nas quais os riscos (globais) são oriundos de decisões humanas e podem atingir a todos, inclusive, quem os produziu ou se beneficiou deles, sendo os efeitos nocivos incalculáveis e imprevisíveis.

Beck¹³, diferencia a chamada sociedade de risco das sociedades de épocas anteriores, afirmando que:

A diferencia de todas las épocas anteriores (incluída la sociedad industrial), la sociedad de riesgo se caracteriza esencialmente por una *carencia*: la imposibilidad de prever *externamente* las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos con amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en la relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas.

Beck¹⁴ formulou 5 (cinco) teses sobre os riscos, que podem assim ser resumidas:

a) os riscos gerados no nível mais avançado de desenvolvimento das forças produtivas (radioatividade, substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos) causam danos sistemáticos e, muitas vezes, irreversíveis, permanecendo em geral invisíveis. Estes riscos são baseados em interpretações causais, que apenas se estabelecem no saber (científico ou não científico) deles, e no saber, os riscos podem ser transformados, ampliados ou reduzidos, dramatizados ou minimizados, pois estão abertos para processos sociais de definição; b) os riscos possuem efeito bumerangue: afetam mais cedo ou mais tarde quem os produziu ou deles se beneficiou, o que faz saltar pelos ares o esquema de classes; c) os riscos da modernização não rompem em absoluto com a lógica do desenvolvimento capitalista; d) nas situações de classe, é o ser que determina a consciência, enquanto nas situações de risco é o inverso, a consciência determina o ser; e) a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de emergência ameaça tornar-se o estado normal.

Luhmann¹⁵, apresenta uma diferenciação entre os conceitos de risco e perigo, afirmando que:

Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al entorno; y en este caso, hablamos de peligro.

12 Ibidem, p. 29.

13 Ibidem, p. 237.

14 Ibidem, p. 28.

15 LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. Tradução de Silvia Pappe et al. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 67.

Assim, podemos falar em risco quando um possível resultado danoso é fruto de uma decisão. No perigo, todavia, o possível resultado danoso decorre de uma causa externa, que independe de uma ação humana.

Giddens¹⁶, também traz precisa lição sobre o conceito de risco, afirmando que:

Perigo e risco estão intimamente relacionados mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. Qualquer um que assume um “risco calculado” está ciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode pôr em jugo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando.

A discussão sobre a noção de risco é longa e, independentemente, do conceito de risco adotado, o fato é que as sociedades contemporâneas têm convivido diariamente com ele.”.

Nas palavras de Bauman¹⁷, “a geração mais tecnologicamente equipada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e desamparo”.

Numa sociedade onde os riscos encontram abrigo, foi dado ao Direito Penal um papel de destaque. As novas formas de criminalidade, que surgiram a partir da globalização, fizeram brotar na sociedade uma maior sensação de insegurança.

A crescente demanda por mais punição e a hipersensibilidade ao risco da criminalidade moderna, contudo, foram fortalecidas pela espetacularização de crimes no *mass media*. O Direito Penal, também em sua faceta ambiental, foi chamado para atender às demandas punitivistas.

1.2 Expansão penal oriunda do risco e a formação de um estado de exceção.

A expansão do direito penal é considerada hoje uma forma de se alcançar a segurança perdida, assim, o mais severo meio de controle social passou a ser compreendido como um meio de contenção ou até mesmo erradicação dos medos¹⁸, sendo que a produção desse medo e da insegurança são discursos impetuosamente difundidos pela mídia de massa, possuindo a função de legitimar a crescente onda de expansão punitiva¹⁹.

Perante as reivindicações populares, muita das vezes influenciadas por notícias criminalísticas sensacionalistas veiculadas por meios midiáticos, apresenta-se como forma de reação populista do poder público, políticas criminais punitivistas e meramente

16 GIDDENS, Anthony. Op cit, p.37-38.

17 BAUMAN, Zygmunt **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

18 RAMOS, Jonas Machado. **Paradigma penal contemporâneo: o estado penal como estado de exceção permanente**. 2007.113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2007, p.69.

19 Ibidem, p. 79

simbólicas, sendo estas uma contraprestação ao clamor social, sem que no entanto, solucione efetivamente os problemas advindos dos conflitos criminais, possuindo apenas a finalidade de manifestação à população que o Estado está ativo, buscando o combate à criminalidade²⁰.

Neste mesmo sentido Ramos²¹ sustenta que os agentes públicos se rendendo à pressão da mídia ou aproveitando-se dos discursos do pânico, optam pela criminalização de condutas ou na severidade das penas, deixando de elaborar um programa efetivo de controle à criminalidade, bem como criam a ilusão na coletividade de que a resposta à insegurança está atrelada ao endurecimento das penas, o que produz um sistema punitivo com mutações, fugaz e restrito em garantias.

Sustenta ainda o autor, que sob o argumento de urgências e de medidas emergenciais, diante do agravamento da pressão social e midiática o Poder Público procura trazer respostas rápidas à população, o que lhe é oportuno, uma vez que o processo de criação e alteração de leis se apresenta menos complexo e mais rentáveis no aspecto eleitoral do que se trabalhar na elaboração de políticas públicas de base, que sejam eficazes em diminuir a delinquência²².

Para Silva Sánchez²³ notável penalista espanhol, a obsessão pela segurança fez surgir um paradigma de intervenção penal baseada na gestão administrativa do crime como risco social, ou seja, um dano causado à comunidade não é reprimido de uma forma lógica e proporcional calcado no princípio da ofensividade, princípio este que rege o direito penal de embasamento liberal, pelo contrário, realiza uma gestão dos riscos à comunidade de forma “administrativizada” principalmente quanto à antecipação da intervenção penal para punir crimes de perigo e neutralização de sujeitos perigosos. Nota-se desta forma a banalização do direito penal utilizando-o para resolução de problemas e disfunções da sociedade moderna, função que outrora era assumida por outros ramos do direito principalmente o administrativo até mesmo através de seu caráter sancionatório.

O termo “administrativizado” utilizado para Silva Sánchez ²⁴ possui o sentido de que o Direito Penal que outrora intervinha posteriormente a um fato lesivo delimitado individualmente quanto ao sujeito passivo e ativo, hodiernamente se tornou em um direito de gestão (punição) de riscos generalizados.

Com a expansão exagerada das condutas puníveis, o abuso das tipificações indeterminadas de atos preparatórios, crime de mera conduta e de crime abstrato, o poder punitivo reveste-se de função eminentemente preventiva, responsável pela garantia da

20 FERREIRA, Iago Oliveira. A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n.3, p. 149-188, set./dez., 2014, p.166.

21 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 91

22 Ibidem, p. 92.

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira.op.cit., p.176.

24 Idem.

segurança dos cidadãos, procura-se antecipar a repressão ao próprio ato criminoso²⁵. Essa hipertrofia da legislação penal objetivando a célere resposta penal e prevenção de delitos, visando conter os danos sociais causados pela criminalidade estabelece o que Silva Sánchez²⁶ nomeia de terceira velocidade do direito penal, em que o Direito Penal referente à pena de prisão dispute com uma vasta relativização de garantias político-criminais, normas de imputação e critérios processuais. Assim a primeira velocidade consiste na aplicação da pena privativa de liberdade por excelência, sendo asseguradas as garantias penais e processuais penais, já que se trata do bem mais importante do homem após a vida: a liberdade. A segunda velocidade se caracteriza pela adoção de penas não privativas da liberdade conjugada com o afastamento de algumas garantias penais e processuais penais para agilizar a aplicação da lei penal, no ordenamento jurídico brasileiro temos como exemplo de tais medidas a lei nº 9.099/95, bem como a lei de crimes ambientais 9605/98. A terceira velocidade consiste na aplicação da pena de prisão por excelência juntamente com a relativização de garantias penais e processuais, sendo representada pelo Direito Penal do Inimigo.

Conforme Ferreira²⁷ em síntese, pode se afirmar que as disposições políticas e criminais da contemporaneidade, baseadas na prevenção e severidade penal, a partir de ideias punitivistas e simbólicas sendo rotuladas como combate a criminalidade, se caracterizam pelo aumento de tipificações de condutas criminosas com ênfase na proibição de ações indeterminadas e ausentes de lesividade individual como os atos preparatórios e crimes de perigo abstrato. O aumento desproporcional das penas de modo geral, visando à contenção física de indivíduos perigosos, a flexibilização de garantias penais tais como os princípios da intervenção mínima, ofensividade, culpabilidade e no campo processual com o aumento do poder investigatório dos órgãos acusatórios em prejuízo de direitos e garantias fundamentais dos acusados com excessivas prisões cautelares mitigando a presunção da inocência, como nas prisões sem condenação e execução provisória da sentença na pendência de recursos, o que se depreende então é a punição de sujeitos perigosos à sociedade e não a busca da justiça.

É nessa conjuntura que se encontra a origem de uma verdadeira legislação penal de exceção, na qual há a flexibilização dos princípios garantistas do direito penal mínimo e liberal, justificando-se perante a emergência exteriorizada pelo senso comum do crime organizado, sobretudo quanto às organizações terroristas e de tráfico de armas e drogas, bem como a premente necessidade de proteção e prevenção da sociedade contra suas más consequências.

Muito embora diversos estudos avançados e atualizados no âmbito sociológico e

25 FERREIRA, Iago Oliveira.op.cit., p.167.

26 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.193 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira.op.cit., p.167.

27 FERREIRA, Iago Oliveira.op.cit., p.169.

criminológico declarem a patente ineficácia do Direito Penal e da utilização da prisão como forma de resolução da criminalidade cada vez mais crescente, ainda assim buscam utilizar-se do direito penal como forma de se prevenir e conter a violência criminal²⁸.

Por fim, relevante pontuar que no Brasil coloca-se sobre o Direito Penal a esperança de redução da criminalidade, quando na verdade a Política Criminal (ainda que grande parte da população assim não entenda) possui instrumentos relevantes para tal intento, uma vez que nas palavras de Masson²⁹ “baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas e também de oportunidade, em sintonia com a realidade social, para propor modificações no sistema penal vigente” para o autor, a Política Criminal analisa de forma crítica e metajurídica o direito positivo, para ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Assim pode se dizer que política criminal é tudo que tende a evitar o crime e especificamente no contexto brasileiro o investimento em educação, alimentação, distribuição de renda, reforma agrária, são maneiras sob a ótica social de se reduzir a criminalidade uma vez que reduz as desigualdades sociais.

No entanto o que tem ocorrido é a preponderância do Direito Penal como forma de solução de problemas relacionados à criminalidade, a relativização e flexibilização de garantias fundamentais penais o que tende a aumentar o preconceito aos indivíduos estereotipados pela seleção punitiva uma vez que os crimes investigados e que chegam à justiça, em sua maioria, são os crimes cometidos por pessoas marginalizadas e pobres, além de servir como justificativa dos que estão no poder como forma de manter controle da sociedade. Assim toda essa estrutura acaba se tornando a principal forma de iludir a sociedade de que estes meios prometem diminuir os índices de criminalidade, porém na realidade possuem a função de fazer com a sociedade se acalme e os mantém inertes socialmente, mantendo todo o sistema econômico, político e social vigente³⁰.

A terminologia estado de exceção possui de acordo com Moraes, A.L.Z.³¹ diferentes significados dependendo do período de tempo em que é estudada e em conformidade com o sentido colocado pelos autores, sendo essas terminologias diferentes das ideias tradicionais de autores constitucionalistas (que correlacionam a exceção como estado de emergência e estado de sítio) concluindo que:

O estado de exceção é definido por Carl Schmitt como a suspensão da ordem legal mediante uma decisão do poder soberano, durante determinado lapso temporal, em sentido oposto ao benjaminiano, que aduz ser o estado de exceção a própria indistinção entre este e a normalidade, retratando o espaço indistinguível da violência anômica (sem objetivo de pôr ou manter o direito). Giorgio Agamben, aproximando-se do último teórico, define o estado

28 BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* FERREIRA, Iago Oliveira. op. cit., p.166.

29 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Parte Geral**. 2.ed.rev. e. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

30 MELO, Marcos. A ilusão do sistema penal: o medo e a sensação de insegurança como formas de controle social. **Revista Eletronica de Direito Penal e Política Criminal**. UFRGS.vol.4.n.2.2016.

31 MORAES, Ana Luisa Zago de. **O estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal**: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo. 1994. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2008, p.12.

de exceção como a própria liminaridade do sistema, ou seja, uma zona topológica de indistinção entre norma e realidade, em que a própria norma pode ditar a exceção quando, por exemplo, desconsidera o indivíduo como dotado de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ou seja, como vida nua³².

O sentido de estado de exceção de Schmitt bem como o de Benjamin surgiram em um período antecedente à concretização do Estado constitucional democrático de direito, já a concepção trazida por Agamben é firmada na passagem entre o século XX e o século XXI, ocasião em que a maior parte das constituições ocidentais começaram a transformar os valores humanistas e democráticos em princípios e preceitos que então norteariam e limitariam a atuação do Estado³³.

Nesse sentido, Moraes, A.L.Z.³⁴ sustenta que a “exceção aos princípios básicos da Constituição brasileira de 1988 corresponde à materialização do estado de exceção” correlacionando-a a perspectiva de Giorgio Agamben, pois provém da dialógica entre leis penais de exceção, ou seja, criadas com a finalidade de combater emergências, contudo são incorporadas ao ordenamento jurídico permanentemente, provém também da atuação concreta das agências policiais, prisionais e judiciárias.

Tudo é permitido no campo legislativo do estado de exceção permanente, contando que seja no momento da reclamação, mesmo que a resposta muitas vezes violenta e arbitrária nada resolva, pois neste momento provisório o que se busca é o imediato resgate da paz e bem estar social³⁵.

O enfoque relativo aos problemas estruturais do Estado e da sua atuação repressiva e violenta é relevada pela utopia de se tentar resgatar a paz da sociedade para a questão do agir criminoso³⁶.

Acoberta-se o descuido do poder público no que se diz respeito à falta de implementações eficazes de políticas públicas que objetivam o tratamento de problemas do Estado de bem estar que estruturam a sociedade, no entanto o poder legislativo bem como setores de aplicação da lei penal escolhem a proliferação de discursos repressivos constatados na produção de leis como, por exemplo, criando novos tipos penais, incrementando as penas, aplicando medidas mais rigorosas no que se diz respeito a execução da pena, restando então patente o estado de exceção permanente³⁷.

Analisando sob a perspectiva da complexidade das relações entre regras, discursos e realidade, o estado de exceção é estabelecido pelo sistema penal através das leis penais no âmbito legislativo, bem como de forma concreto quando o ordenamento jurídico é desrespeitado. Essas excepcionalidades provém do tratamento de sujeitos como inimigos,

32 Ibidem, p. 12-13.

33 Ibidem, p.12.

34 Ibidem, p. 19.

35 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 93.

36 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 145.

37 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 91.

como não-cidadãos havendo a seleção de tipos de autores, buscando combatê-los e neutralizá-los³⁸.

Existem discursos com tentativas de legitimação de modelos intervencionistas do Estado, objetivando selecionar e combater inimigos. Um desses discursos de grande relevância é o do Direito penal do inimigo de Günther Jakobs, que por ter surgido em um contexto de Estado Constitucional democrático de direito, que possuía valores humanistas e não admitia tal tratamento, Jakobs buscou então legitimar a expansão nesse modelo de Estado Democrático de Direito, criando um estado de exceção³⁹.

Dessa forma, para entendermos melhor tal criação, é mister entender o surgimento, na Alemanha, aproximadamente em 1970, do funcionalismo penal. Essa teoria entende que a “construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim, orientar-se exclusivamente pelos fins do Direito Penal.”⁴⁰Essa linha de pensamento se divide em três vertentes:

- a. funcionalismo moderado em que o principal representante é Claus Roxin, entende que o sistema penal deve ser orientado pela valoração da política criminal. Sendo necessária a reconstrução da teoria do delito no sentido de analisar a conduta que deve ou não ser punida de acordo com critérios político-criminais.
- b. funcionalismo limitado de Santiago Mir Puig o qual entende que “o Direito Penal justifica-se por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites.”⁴¹
- c. funcionalismo radical em que o principal representante é Jakobs, entende que a finalidade do Direito Penal é proteger a norma jurídica, apenas indiretamente que protegerá os bens jurídicos. É um instrumento de reafirmação do ordenamento jurídico. Assim, a finalidade da pena é punir aquele que violou a norma, apenas indiretamente punirá a lesão ao bem jurídico.

Apartir do funcionalismo moderado que Claus Roxin desenvolve a teoria da imputação objetiva, segunda a qual para que o fato seja típico não basta se enquadrar formalmente ao previsto na norma, mas este deve criar um risco não permitido, concretamente. Entende-se que nessa teoria Roxin está defendendo o princípio da insignificância e consequentemente um direito penal minimalista, não expansionista.

Já Jakobs embasado no funcionalismo radical desenvolveu o Direito Penal do Inimigo resultante da pretensão do mesmo em desenvolver uma teoria do delito vinculada à finalidade preventivo-integradora da pena.

É cediço na doutrina penal que tais vertentes vêm consubstanciando a Teoria da pena e suas correspondentes concepções. Desse modo, os fundamentos desdobram-se

38 MORAES, Ana Luisa Zago de. op. cit., p.17.

39 Ibidem, p. 11.

40 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. Cit p.126.

41 Ibidem, p. 127.

em: a) absoluta: alega que o agente é punido porque praticou um delito; b) relativa ou utilitária: justifica que se pune para que o agente não volte a delinquir; c) mista: sustenta que se pune o agente porque praticou um delito e para que não cometa delitos novamente.

A teoria absoluta ou da retribuição considera o Direito Penal um fim em si mesmo, assim a justificativa da pena não depende de razão unitária ou preventiva. A pena é considerada uma retribuição justa ao mal injusto praticado pelo infrator, constitui uma mera retribuição jurídica, não existe uma finalidade na aplicação.

Ao contrário para a teoria relativa ou da prevenção a pena tem finalidade política e utilitária, funciona como meio de prevenção de outros crimes. Sendo que se divide: em prevenção geral que consiste na intimidação da coletividade, servirá de exemplo para que esta não delinqua; e prevenção especial destinada ao próprio infrator com a finalidade de impedi-lo de delinquir.

Dentre as teorias relativas é relevante destacar a doutrina da prevenção geral positiva ou da integração defendida por Jakobs já que foi a partir desta que esse professor alemão tentou reescrever a teoria do delito, chegando a um dos nossos objetos de estudo neste capítulo o Direito Penal do Inimigo. Segundo a prevenção geral positiva a pena tem a função de confirmar as normas que foram violadas, e consequentemente reforçar a confiança nelas. Assim, ratificar a fidelidade dos cidadãos à ordem vigente.

Já a teoria mista representa a junção das teorias absoluta e relativa visto que reconhece que a pena tem dupla finalidade de retribuir o mal injusto e prevenir a prática de novos delitos tanto por parte do infrator como pela coletividade. Dentre as teorias mistas merece destaque a teoria dialética unificadora de Claus Roxin já que apresenta fundamentos do direito penal mínimo, não expansionista.

Para Roxin, a finalidade básica do Direito Penal é a prevenção geral subsidiária de delitos (prevenção positiva-negativa), ou seja, visa dissuadir as pessoas do cometimento de delitos e somente deve ser aplicado quando fracassem outras formas de prevenção e controle sociais. No entanto, segundo Roxin, cabe ao Direito Penal não apenas a prevenção negativa, mas também o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, que passaria a intervir positivamente⁴².

Note-se como o direito penal expansionista, também pode ser analisado sobre o enfoque do Direito Penal do Inimigo. Tal teoria mencionada pela primeira vez em 1985 numa palestra em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt. Nesse primeiro momento, Jakobs apresenta o Direito Penal do Inimigo descritivamente, em seu discurso alerta que a política criminal dos Estados estava se direcionando para eleição de um inimigo, isto é, apenas expõe a tendência mundial de criminalização.

Em 1999, no Congresso de Professores de Direito Penal em Berlim, Jakobs toma outra postura, apresenta a tese afirmativa, legitimadora e justificadora desse modelo penalista. Em 2003, o mesmo publica um livro intitulado 'Direito Penal do Inimigo',

⁴² Ibidem, p. 155.

consolidando-se como claro defensor dessa linha de pensamento.

Essa teoria expansionista adquire relevância após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, de 2004 aos trens do metrô em Madri, na Espanha e de 2005 em Londres, na Inglaterra. A partir desses atentados os Estados Unidos e a Europa elegem um novo inimigo, o terrorismo. Assim, se difunde a teoria de Günther Jakobs, fundamentando as ações contra supostos terroristas.

É relevante salientar que a escolha de inimigos sociais não é uma novidade do século XXI, no decorrer da história, em cada momento histórico um inimigo foi eleito. Nesse sentido, assevera Meliá:

Desde a perspectiva da política criminal parece que se pode afirmar que o fenômeno do Direito Penal do Inimigo nas legislações atuais não é consequência de um fato externo- de um atentado desencadeante ou de uma maioria política circunstancial – a própria evolução dos sistemas jurídico-penais. Bem ao contrário, uma análise dos desenvolvimentos e os estudos político-criminais prévios a atual onda do Direito Penal do Inimigo nos diários oficiais mostra que sua origem tem raízes em momentos históricos anteriores a atual [...] o atual Direito Penal do Inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova⁴³.

Segundo Zaffaroni⁴⁴ a pré-história da legitimação do tratamento penal diferenciado está situada na Antiguidade, nos filósofos Protágoras e Platão. Este último alegava que infrator é inferior em virtude da sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras e, quando essa incapacidade for irreversível, o infrator deve ser eliminado. Protágoras defendia uma teoria geral e especial da pena, bem como sustentava que direito penal diferenciado para os incorrigíveis que deveriam ser excluídos da sociedade.

O sistema penal está sempre procurando um inimigo. Na Idade Média o inimigo era Satã, porém como este não externava suas ações sem a cumplicidade do ser humano, o direito diferenciado foi aplicado aos supostos cúmplices, isto é, aos hereges, feiticeiros, curandeiros, entre outros. Sendo que nesses primeiros séculos do renascimento do poder punitivo, as mulheres foram consideradas as maiores inimigas da sociedade, pois estas celebravam pacto com o Satã, segundo os governantes do período. Nos dizeres de Zaffaroni, “seu pecado era maior que o original, porque Adão e Eva, apesar de terem caído em tentação, não haviam celebrado um pacto com o maligno”⁴⁵.

Na Revolução Industrial, caracterizada pela ascensão e expansão de uma nova classe social, a burguesia, os inimigos eram aqueles que contrariavam o sistema capitalista, ou seja, os excluídos do mercado de consumo. Aqueles que não se sujeitavam ou não estavam aptos ao trabalho nas fábricas. Esse momento histórico se diferencia da Idade Média no que tange a publicidade da punição, enquanto nesta o processo era sigiloso e a punição pública, após a Revolução francesa o processo passou a ser público e o castigo

43 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. p. 77.

44 ZAFFARONI, E. Raul. Op. Cit. . p. 83.

45 Ibidem. p. 87

secreto.

No início do século XX, a fonte do inimigo passa a ser a degeneração de raça. Surgem nesse período histórico, vários movimentos autoritários como nazismo e fascismo, se destacando a escolha dos judeus como inimigos durante a Segunda Guerra Mundial. Já no período pós-guerra, o comunismo é eleito o novo inimigo mantendo tal rotulação até o fim da Guerra Fria.

Na atualidade, são tratados como inimigos os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, traficantes, entre outros. Quanto ao fim da Guerra Fria e a escolha do novo inimigo é relevante a ponderação de Zaffaroni:

A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (a narcoguerrilha) etc. À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a elucidação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso reforçou-se a guerra contra a droga⁴⁶.

Ainda segundo Zaffaroni, nos anos 80 do século passado, diversos países sancionaram leis antidrogas parecidas, resultantes da pressão norte-americana, sendo que a maioria dessas leis permanecem em vigor e contrariam princípios fundamentais.

Portanto, constata-se que em cada período histórico um inimigo foi escolhido e que os critérios para eleição são ditados pelos detentores do poder, quem está no comando estabelece quem é o inimigo.

Jakobs fundamenta o Direito Penal do Inimigo nos filósofos contratualistas. Estes alegam que entre os indivíduos e o Estado existe um pacto social e já previam um tratamento diferenciado para aqueles que não respeitassem esse pacto. De acordo com a teoria contratualista, inicialmente prevalecia o Estado Natural em que todos lutavam entre si, situação marcada pela instabilidade e insegurança. Os indivíduos almejando segurança abriram mão de parte de sua liberdade e firmaram um pacto criando o Estado de Controle.

Luiz Flávio Gomes sintetiza o suporte filosófico do Direito Penal do Inimigo, da seguinte forma:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant)⁴⁷.

Zaffaroni também leciona a respeito dessa fundamentação filosófica

46 ZAFFARONI, E. Raul. Op. Cit. p. 51.

47 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Introdução e princípios fundamentais** – v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295.

Nos últimos anos, dois pensadores de imponente estatura filosófica e política, nada menos que Hobbes e Kant passaram a ser citados como garante da viabilidade do conceito jurídico de inimigo ou hostis no Estado de direito. Para isso, coloca-se uma disjuntiva polarizante nada comum, mostrando como posições radicais as de Rousseau e Fichte, para quem todos os delinquentes seriam inimigos, e como posições moderadas – as de Hobbes e Kant, para que só alguns o seriam⁴⁸.

Jakobs encontra respaldo nos filósofos contratualistas para justificar a aplicação de um Direito Penal diferenciado àqueles que violem determinadas normas, ou seja, aos que desrespeitam o pacto social. Verifica-se que a linha de pensamento de Jakobs se coaduna melhor com o posicionamento de Hobbes e Kant uma vez que estes sustentam que não são todos os que romperem com o pacto social que serão considerados inimigos, apenas alguns. Da mesma forma, o Direito Penal do Inimigo defende que a rotulação de inimigo não é aplicada a todos que violarem a norma penal, mas somente aos que cometerem crimes que afrontem o Estado.

Deste modo, tem-se que o direito penal do Inimigo desvela um tratamento diferenciado de determinados autores de crimes dentro do sistema penal, em que garantias penais e processuais são relativizadas.

Segundo Jakobs [...] “o Direito Penal do Inimigo é [o direito] daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra⁴⁹”.

Meliá partindo da conceituação de Jakobs, afirma:

Está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com esse instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos⁵⁰.

Nos dizeres de Alexandre Rocha Almeida de Moraes, “o Direito Penal do Inimigo representa uma guerra cujo caráter limitado ou total depende também de quando se tema o inimigo.”⁵¹

Assim, o Direito Penal do Inimigo é a declaração de uma guerra contra determinados indivíduos, escolhidos por aqueles que detêm o poder, sendo manifestado por meio de um conjunto de normas que não observam as garantias do Estado constitucional e democrático de direito.

A partir do estudo da tese de Jakobs depreende-se que o inimigo é aquele delinquente que não apresenta garantia cognitiva de que permanecerá fiel ao direito, por isso a ele deve ser destinado um tratamento diferenciado.

Nesse estudo é relevante destacar o simbolismo penal e o punitivismo que conforme

48 ZAFFARONI, E. Raul. Op Cit. p. 121.

49 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Op. Cit. p. 30.

50 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. p. 58.

51 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. Cit. 186.

Meliá,⁵² são dois elementos que dão origem a tese de Jakobs.

O Direito Penal simbólico é representado pela legislação de emergência, tais como a legislação penal ambiental, em que os agentes políticos almejam somente transmitir à sociedade a impressão tranquilizadora. É a utilização da seara penal como solução dos problemas sociais. Diante do 'aumento' da criminalidade, consequentemente do clamor social por ações de contenção da violência, o legislador cria tipos penais. Assim, constantemente leis penais são introduzidas no ordenamento jurídico com a finalidade de transmitir a sociedade uma falsa sensação de segurança.

Na verdade, o simbolismo enfraquece o Direito Penal, pois o número excessivo de leis penais que prometem maior punição para os infratores, na realidade, representa a quase absoluta certeza da impunidade. O Estado não consegue punir todos aqueles que cometem as condutas previstas nos tipos penais, talvez até mesmo o legislador no momento de tipificar a conduta não tenha feito com a intenção de punir, mas apenas para se passar por atento e decidido.

A partir do momento em que o Estado não pune os que praticam infrações penais dissemina a falta de credibilidade no Direito Penal. É explícito que quanto mais infrações penais, menores as possibilidades de serem punidas.

O outro elemento presente no Direito Penal do Inimigo é o punitivismo, que consiste no endurecimento das penas dos crimes existentes e da previsão de penas desproporcionais aos novos delitos. Essa tendência acredita que quanto maior a punição para o descumpridor do contrato social, menor a incidência de crimes, pois os indivíduos temerão a punição. A respeito do punitivismo aduz Meliá:

Se verificam com a introdução de normas penais com o intuito de promover sua efetiva aplicação com toda firmeza, isto é, verificam-se processos que conduzem a normas penais novas para serem aplicadas, ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. Desse modo inverte-se o processo havido nos movimentos de reformas das últimas décadas, em que foram desaparecendo diversas infrações. (...) Neste sentido, percebe-se a existência, no debate político, de um verdadeiro 'clima punitivista': o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político criminal⁵³.

Beccaria já advertia, que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade⁵⁴[...]”

O Direito Penal do Inimigo pode ser considerado um produto do simbolismo penal e do expansionismo penal, se manifestando nas legislações penais principalmente pela falya de técnica e pelo desrespeito as estruturas clássicas e democráticas.

Jakobs defende a existência de dois modelos de Direito: um no qual todas as

52 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. 70-71

53 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit 61.

54 BECCARIA apud GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 05 de maio de 2019.

garantias penais e processuais devem ser respeitadas e outro em que tais garantias fundamentais não são observadas, em virtude das características do sujeito que merece um tratamento diferenciado. O primeiro modelo de Direito é aplicado ao cidadão, enquanto o segundo é destinado ao inimigo.

O Direito Penal do Inimigo não será aplicado a todos os criminosos, no entanto apenas aqueles que cometerem crimes contra o Estado. Os indivíduos que mesmo após o cometimento do crime demonstrar que se conduzirá como pessoa, sendo fiel ao Direito, é denominado cidadão. Já o delinquente que não oferece essa garantia é considerado inimigo do Estado, e contra ele é decretado guerra. O inimigo, portanto, é aquele indivíduo que se distancia permanentemente do Direito, rompe definitivamente com o pacto social. Nos dizeres de Jakobs:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído⁵⁵.

Verifica-se que para Jakobs, a punição diferenciada ao inimigo é até mesmo um direito do cidadão, já que este cometeu apenas um deslize, continua sendo fiel ao Direito, ao contrário do outro que atentou contra o Estado, rompeu drasticamente com o pacto social. Cidadão e inimigo não podem ter o mesmo tratamento, pois aquele que atenta contra o Estado não merece ser tratado como pessoa. Para Jakobs o inimigo é uma não pessoa, por isso não pode se beneficiar do Direito Penal do Cidadão.

Ainda de acordo com esse enfoque expansionista, nas violações ao pacto social, cometidas pela não pessoa não será analisada a culpabilidade, mas sim a periculosidade. Aquela é verificada no que diz respeito a infrações cometidas por cidadãos, quando se tratar de inimigos a valoração recairá sobre a periculosidade. Apesar de Jakobs não explicitar, podemos afirmar que ele considera o inimigo um doente, assim como Lombroso.

Sendo assim, na visão de Jakobs o inimigo é um ser perigoso e imputável. Em razão de sua periculosidade não é cabível pena, por isso o Estado deverá aplicar medida de segurança. Essa medida indicada por Jakobs é radical uma vez que ao contrário da pena que tem tempo máximo de cumprimento estabelecido, a medida de segurança é por tempo indeterminado, tem apenas tempo mínimo fixado. Dessa forma, o Estado poderá manter o inimigo longe da sociedade pelo tempo que for necessário.

É relevante ressaltar que Jakobs elucida a necessidade de adotar dois modelos de Direito para evitar que o Direito Penal do Cidadão seja contaminado pelas medidas e ações necessárias ao combate do inimigo. Sobre essa intenção do professor alemão, Zaffaroni faz a seguinte reflexão:

Cabe esclarecer que a proposta de Jakobs – a exemplo de muitos anteriores

55 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. 34

– é da mais absoluta boa-fé quanto ao futuro do Estado Constitucional de Direito. Afinal, como assinalamos, quando ele propõe habilitar o poder punitivo sob forma de mera contenção para não pessoa (entes perigosos), fá-lo imaginando que, desse modo, seria possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado e se afastasse do inimigo e, por conseguinte, que todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações. Ao mesmo tempo, permitiria que ambos funcionassem no marco do Estado de direito, com o que não se alteraria uma tradição pacífica na doutrina penal, que sempre o admitiu sem reparar na contradição que comporta⁵⁶.

Porém, ainda de acordo com Zaffaroni, não é possível manter a separação desses dois modelos de Direito Penal, visto que o Estado com o objetivo de identificar e conter os inimigos acabaria por limitar as garantias e liberdades de todos os cidadãos. Admitir um tratamento diferenciado a determinados indivíduos significa aceitar o exercício de um controle social mais autoritário sobre toda a população. Também existe o risco de identificações errôneas e, consequentemente condenação e penas aplicadas a inocentes.

No mesmo sentido leciona Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

Todo direito de exceção configura sério risco para o cidadão, pois é sempre construído em detrimento dos direitos e garantias individuais. Constitui também sério risco para o Estado Democrático porque, pouco a pouco, vai se incorporando ao direito comum e geral. Nem tudo que a política criminal sugere, em suma, encontra abrigo no *iuspositum*⁵⁷.

Conclui-se com Zaffaroni que o Direito Penal do Inimigo é inadmissível no Estado de Direito visto que os ditos inimigos são seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais, em virtude de não serem mais considerados pessoas. Na atual ordem constitucional democrática não é cabível fazer as distinções propostas por essa vertente maximalista. Sendo que “a melhor garantia de eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais⁵⁸.” E não a aplicação de um direito penal diferenciado, antigarantista e discriminador.

As sociedades modernas no combate ao ‘inimigo’ (terroristas, traficantes ou criminosos organizados) utilizam em suas legislações de caráter penal características do Direito Penal do Inimigo que são facilmente identificadas. Assim, no Brasil, a legislação penal ambiental acompanhou tal faceta, com características apresentadas pelo próprio criador do modelo:

o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são

56 ZAFFARONI, E. Raul. Op. Cit. p. 159.

57 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. Cit. p. 123.

58 ZAFFARONI, E. Raul. Op. Cit. p. 187.

relativizadas ou inclusive suprimidas⁵⁹.

No mesmo sentido, Alexandre Rocha Almeida de Moraes⁶⁰ apresenta as características do Direito Penal do Inimigo a partir de sua leitura da teoria, as quais podemos encontrar na legislação penal ambiental, como veremos mais a frente:

- a. antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b. desproporcionalidade das penas;
- c. legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d. restrição de garantias penais e processuais e
- e. determinadas regulações penitenciárias ou de exceção penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Luiz Flávio Gomes⁶¹ ainda destaca as principais manifestações da teoria expansionista de Jakobs na legislação penal, chamadas pelo jurista de bandeiras, que são:

- a. flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas);
- b. inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc;
- c. aumento desproporcional das penas;
- d. criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos);
- e. endurecimento sem causa da execução penal
- f. exagerada antecipação da tutela penal;
- g. corte de direitos e garantias processuais e fundamentais;
- h. concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.)
- i. flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada)
- j. infiltração descontrolada de agentes policiais;
- k. uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentais ou contra a lei);
- l. medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita;

Observa-se que várias dessas bandeiras estão expressas em modelos e institutos

59 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. p. 66.

60 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. Cit. p. 198.

61 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. Op. Cit. p. 296.

adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o modelo penal difundido por Jakobs se destaca pela distinção realizada entre cidadão e inimigo, sendo que a este é aplicado um tratamento diferenciado visto que não é considerado sujeito de direito, mas objeto de coação. Esse Direito destinado especificamente ao inimigo inclui a aplicação de medida de segurança e não pena; a análise de periculosidade ao em vez de culpabilidade e a aplicação de medidas que priorizam o futuro, ou seja, o perigo que o inimigo representa e não o que ele fez.

De acordo com Moraes, A.L.Z.⁶²

(...) o Direito penal do inimigo desenvolvido por Günther Jakobs, que defende um Direito penal diverso para os indivíduos que se afastaram de forma duradoura do Direito, não oferecendo "segurança" cognitiva e, portanto, não podendo ser considerados "pessoas". Logo, influencia quanto à possibilidade de subsistir um "não-cidadão" no âmbito dos Estados contemporâneos.

Desta forma, para Jakobs, o Estado deve possuir dois modelos de medidas coercitivas contra a ação do agente que delinque, tanto para tratá-lo como um indivíduo que praticou um deslize em seu comportamento – Direito Penal do cidadão- quanto para tratá-lo como indivíduo que deve ser impedido de perturbar a ordem jurídica vigente-Direito Penal do inimigo⁶³.

O Direito penal do inimigo trazido por Gunther Jakobs, bem como o Direito penal de Terceira Velocidade (momento assim classificado por Jesús-María Silva Sánchez) configuram medidas penais de exceção que não tem o fim de revogar as normas existentes, mas suspender tais normas para aplicação subsidiária de um direito penal voltado à contextos emergenciais⁶⁴.

1.3 Crise do sistema de política criminal e o fomento da expansão

Em conformidade com todos os ricos e com a expansão desvelada acima haveria uma necessidade de verificação de política criminal séria que tomasse por base índices de criminalidade reais e formas minimalistas de controle do fenômeno criminal.

Quando se fala em política criminal, na doutrina penal, o conceito dessa expressão não é unânime.

A princípio, a expressão "Política Criminal" significava apenas um "conjunto de procedimentos repressivos por meio do qual o Estado reagia contra o crime", ou seja, tinha como objeto apenas a repressão.⁶⁵

Para ZAFFARONI, trata-se de uma:

Ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que

62 MORAES, Ana Luisa Zago de. op. cit., p. 18.

63 DAVID, Marcos Vinícius Nespole de. op. cit., p. 6.

64 MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. Op. Cit. p. 148.

65 DELMAS MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 24.

iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.⁶⁶

Basileu Garcia a define como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Sendo assim, a legislação penal seria o seu meio de ação para a proteção contra aqueles que cometem o crime.⁶⁷

Pelos entendimentos acima mencionados, observa-se que a definição de política criminal possui distinções variáveis a depender da autoria doutrinária, uma vez que, essa definição leva em consideração o momento histórico em que foi constituída.

De acordo com estruturas apresentados, seria possível indicar que o objeto da política criminal é a análise das diferentes estratégias empregadas no combate ao crime, estabelecendo uma grande vinculação ao direito penal e à criminologia, que formariam, segundo Eliana Hauser, um tripé sobre o qual se constituiria a ciência penal.⁶⁸

Segundo Paulo Queiroz, o Direito Penal é:

O conjunto de normas jurídicas por cujo meio o Estado proíbe, sob a ameaça de uma pena, determinados comportamentos (ações ou omissões), aí incluídas as normas que, sem proibirem diretamente determinados fatos, estabelecem as condições de aplicabilidade da pena (dolo, culpa etc).⁶⁹

Complementando, Queiroz afirma que o Direito Penal também institui os princípios e as regras que regulam a atividade Penal do Estado, pois, ele fixaria os fundamentos e os limites do poder punitivo.

Para Shecaira, a Criminologia é entendida como:

Estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes são atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes.⁷⁰

Para o autor, na criminologia, o estudo seria mais amplo, considerando a interação entre a vítima, o criminoso, o controle social e a maneira que tais fatores interfeririam no acontecimento do fato. Dessa forma, “não se examina, então, o fato criminoso isoladamente, mas em conjunto”.⁷¹

Analisando os conceitos de Política Criminal, Direito Penal e Criminologia, seria possível concluir que Política Criminal está voltada para a forma de combater a violência ao analisar os meios preventivos e repressivos. O Direito Penal se vincularia à aplicação das normas expressamente dispostas na lei penal. Já Criminologia, em síntese, seria o estudo

66 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

67 GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. 7ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 37.

68 HAUSER, Ester Eliana. **Política Criminal**. Ijuí, 2010. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2752/Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

69 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

70 SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 35.

71 BANDEIRA, Thais; PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, 2017, p. 13. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174993/4/eBook_CriminologiaTecnologia_em_Seguranca_Publica_UFBA.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

a respeito do crime, conjugando todos esses fatores.

Nesse sentido, os três formariam um eixo importante para o estudo do fenômeno criminoso, mas com campos de estudos autônomos que se convergem.

Assim, a Política Criminal não pode ser vista apenas como uma forma de repressão ao crime e sim como um conjunto de procedimentos para prevenir e responder ao fenômeno criminal. Porém, com a necessidade de abrandar os risco e acomodar a expansão a política criminal entrou em crise, tornando-se apenas Direito Penal em expansão.

Ora, é necessário perceber que na criminologia existem quatro objetos de estudo essenciais: o crime, o criminoso, a vítima e o controle social.

O crime seria constituído por: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Para Júlio Mirabeta, “o crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena”.⁷²

A Lei de Introdução do Código Penal, Decreto lei n. 3.914 de 9 de dezembro de 1941, define o crime como:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Conforme a criminologia, o crime deve ser visto como um problema social, afinal, ‘deve-se levar em consideração os fatores sociais que levam tal indivíduo, vivendo em sociedade, a praticar o delito.’⁷³ Sendo assim, a criminologia analisa o crime como um fenômeno que, ao mesmo tempo, é individual e social.

Para Sérgio Salomão, o criminoso é:

Um ser histórico, real, complexo e enigmático, um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não determinismos). E arremata dizendo: as diferentes perspectivas não se excluem; antes, contemplam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual.⁷⁴

Para Thais Bandeira e Daniela Portugal, há duas correntes que tentam explicar a conduta do criminoso: o causalismo e o correccionalismo.

Na corrente do causalismo, o criminoso é aquele que usufrui do livre arbítrio e por isso, goza da pena retribuída ao mal causado, sendo a pena por prazo determinado e proporcional à gravidade do ato. Já para o correccionalismo, a conduta do criminoso é fundamentada na postura pedagógica e piedosa do Estado, pois, acredita-se que não existem criminosos incorrigíveis, e sim, criminosos não corrigidos pelo Estado.⁷⁵

72 MIRABETI, Julio Frabbrini. **Manual de direito penal – parte geral – arts. 1º a 120 do CP**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 95.

73 SCHECARIA, Sérgio Salomão. Op. Cit. .p. 46.

74 Ibidem, p. 46.

75 BANDEIRA, Thais; PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, 2017, p. 16. Disponível em: < https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174993/4/eBook_CriminologiaTecnologia_em_Seguranca_Publica_UFBA.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Na perspectiva da Criminologia, tem-se a vitimologia, que seria o estudo da vítima em aspecto global: psicológico, social, econômico, biológico, jurídico, bem como os meios de vitimização, sua inter-relação com o vitimizador e os aspectos interdisciplinares e comparativos.⁷⁶

O conceito de vítima passou a ser um assunto polêmico entre os estudiosos, pois, há discordâncias quanto ao seu alcance. O primeiro conceito considera que a vítima é aquela definida em lei. Em segundo, é considerado também os prejudicados. Por fim, em terceiro, os grupos – tais como a família, o Estado – também são considerados vítimas.⁷⁷

Na criminologia, o conceito é mais amplo, visto que as vítimas não seriam apenas o sujeito passivo ou o prejudicado pelo delito, mas aqueles que possuem sentimentos e sofrem prejuízos em seus bens jurídicos essenciais. Somado a isto, seriam partes na relação processual penal e possuiriam interesses nas informações dos atos processuais e assistencial.⁷⁸

O controle social seria o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitárias. Dessa forma, representaria o conjunto de mecanismos para impedir a prática de novas infrações.

Segundo Francisco Muñoz:

O controle social é a condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros.⁷⁹

Antônio Pablos de Molina, entende que no controle social a intervenção na conduta individual pode ser feita por diversas formas, como por exemplo, através da família, escola, religião, polícia, meios de comunicação, além do sistema penal. “O controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social”.⁸⁰

Com a crise de política criminal acima descrita, o Estado utiliza-se apenas de um modelo de justiça penal retributiva, a qual, por certo, fomenta o sistema expansivo e legitima a forma desprovida de técnica e antidemocrática da legislação penal, sobretudo a legislação penal ambiental, a qual é alvo desta dissertação.

Para verificarmos uma política criminal de justiça penal retributiva, é mister entender a Teoria Absolutista da pena, – também conhecida como teoria retribucionista – onde indivíduo é punido quando comete o crime, tendo a pena uma única função: retribuição

76 MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990, p.18.

77 BURKE, Anderson. **Vitimologia - Manual da Vítima Penal**. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2019, p. 32.

78 Ibidem, p. 25.

79 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 22.

80 PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.p.134-135.

jurídica. Trata-se de uma simples consequência do delito, onde a pena é meramente retributiva, sem efeito social, pois, o único objetivo é a punição para que haja “justiça”.⁸¹

Na sua aplicação, desconsidera-se eventuais consequências que o condenado sofrerá ao retornar para o convívio social após o cumprimento da pena. Montesquieu considera:

Muitas vezes, um legislador que quer corrigir um mal só pensa nessa correção; seus olhos estão abertos para esse objetivo e fechados para os inconvenientes. Uma vez corrigido o mal, não se percebe mais a dureza do legislador, mas fica um vício no Estado, que esta dureza produziu; os espíritos estão corrompidos, acostumaram-se com o despotismo.⁸²

De outro lado, a chamada Teoria Relativa não visa a punibilidade mediante a proporcionalidade do crime, mas sim, a punição de forma exemplar por meio do poder do Estado. Assim, o medo é utilizado como principal instrumento para promover o controle estatal, como apresenta Moraes:

[...] um medo, por assim dizer, social e culturalmente “reciclado”, ou (como o chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um “medo derivado” que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais), quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento de ameaça direta – um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou à integridade.⁸³

Na tentativa de balancear a pretensão punitiva entre a Teoria Absolutista e a Teoria Relativa, surgiu a Teoria Mista. Noronha a conceitua como:

[...] as teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária. [...] Cifra-se na prevenção geral e especial. A primeira dirige-se à sociedade, tem por escopo intimidar os propensos a delinquir, os que tangenciam o Código penal, os destruídos de freios inibitórios seguros, advertindo-os de não transgredirem o mínimo ético. Além dessa finalidade de caráter geral, há a especial. Com efeito, o delito é resultado de condições endógenas, próprias do criminoso, e exógenas, isto é, do meio circundante. [...] não se admite exclusivamente a sanção como retributiva – o mal da pena ao mal do crime – mas tem-se em vista a finalidade utilitária, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação.⁸⁴

Na Teoria Mista, “a pena tem duas razões: a retribuição, manifestada através do castigo; e a prevenção, como instrumento de defesa da sociedade”.⁸⁵

Considerando os breves conceitos apresentados, é possível identificar que na

81 RIBEIRO, Gabrielle Carvalho; FREIRE, Mariana Belchior Ribeiro. **Funções da pena: paradoxos fáticos da teoria preventiva**. ESMARN: Revista Direito e Liberdade. Vol. 13, n 12. jul/dez, 2011, p. 150.

82 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 96.

83 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 9.

84 NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 223-224.

85 FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; p.29.

atual realidade do Brasil a teoria adotada no sistema penal, inclusive recepciona de modo constitucional, é a Teoria Mista, onde o Estado é o responsável por retribuir em forma de punição o dano causado pelo indivíduo, e ao mesmo tempo, prevenir que novos crimes sejam cometidos pela sociedade.

A Justiça Retributiva consiste no pronunciamento de sanções que vão desde o pagamento de multa até a privação de liberdade.⁸⁶

Para Zehr, na Justiça Criminal, o crime é uma violação da lei e ao Estado e essas violações geram culpa. Como uma forma de promover essa justiça, o Estado impõe uma punição ao ofensor por meio do sofrimento, tendo como objetivo fazer com que esse indivíduo “receba o que merece”.⁸⁷

Bianchini considera que na Justiça Retributiva o ato cometido contra a sociedade é representado pelo Estado, primado de Interesse Público ele é o centro da Justiça Criminal. Além disso, há indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade.⁸⁸

Diferentemente da Retributiva, Bianchini defende uma justiça penal Restaurativa, haja vista que o crime cometido traumatiza a vítima, cansando-lhe danos. Ao invés do Interesse Público, há o Interesse das Pessoas envolvidas na comunidade por meio de uma justiça criminal participativa, em razão de um comprometimento com a inclusão.⁸⁹

Nesse arranjo processual – jurídico, os principais autores são as autoridades (representantes do Estado) e os profissionais de Direito. O ritual é solene e público, a linguagem é complexa, e o processo decisório está a cargo das autoridades (policial, delegado, promotor, juiz e profissionais do Direito).⁹⁰

No arranjo processual – jurídico – social, procedimento restaurativo, os principais autores são as vítimas, infratores, pessoas da comunidade e ONGs. O ritual é comunitário, com pessoas envolvidas, a linguagem é informal com confidencialidade, e o processo decisório é compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade).⁹¹

Brandão reforça:

[...] o ritual solene e público da Justiça Retributiva, com indisponibilidade da ação penal, contencioso, contraditório, linguagem e procedimentos formais, autoridades e profissionais do Direito como atores principais, processo decisório a cargo de autoridades (policial, promotor, juiz e profissionais do Direito) contrapondo-se ao ritual informal e comunitário, com pessoas envolvidas, com oportunidade, voluntário e colaborativo, procedimento informal com confidencialidade, vítimas, infratores, pessoas da comunidade como atores principais, processo decisório compartilhado com as pessoas

86 PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. **Justiça restaurativa – processos possíveis**. In: VITTO, Renato Campos Pinto de; SLAKMON, Catherine; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 134.

87 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 33.

88 BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas, SP. Servanda Editora, 2012, p. 81.

89 Ibidem, p. 81.

90 Ibidem, p. 82.

91 Ibidem, p. 82.

No modelo retributivo a prevenção é feita com foco no infrator para intimidar e punir. Há penalização através de penas privativas de liberdade, restritiva de direito e multa. Em suma, as penas são desproporcionais, pois, o regime carcerário é desumano, cruel, degradante e criminológico ⁹³.

O foco no modelo restaurativo é na relação entre as partes, ou seja, infrator e vítima ou bem jurídico tutelado. Além das penas privativas de liberdade, restritiva de direito e multa, há reparação dos danos, reparação do trauma social e dos prejuízos emocionais, restituição, prestação de serviços comunitários e responsabilização espontânea por parte do infrator. A reintegração do infrator e da vítima ou do bem atingido é prioritária, e não secundária. ⁹⁴

A vítima ou o bem atingido pelo crime, na Justiça Retributiva, possui pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupa um lugar periférico e alienado no processo. Não participa no processo, não tem proteção e praticamente nenhuma assistência. Apenas sendo demonstrado como de ataque. ⁹⁵

Já na Justiça Restaurativa, a vítima ou bem jurídico atingido ocupam o centro do processo. Em relação ao infrator, na justiça penal retributiva ele é subjugado por sua má-formação e raramente tem participação no processo.

Através das diferenças apresentadas, é possível compreender que a responsabilidade gera ao ofensor o dever não só de reparação, mas também de consciência da gravidade de seu comportamento e de assumir os danos causados. Diferentemente da punição, onde o olhar se volta exclusivamente para o castigo, baseado em uma pena imposta pelo juiz através de uma sentença condenatória, apenas como uma forma de correção de comportamento.

O potencial de responsabilização pelos danos causados é a principal visão que se tem do infrator em modelo de justiça penal como o restaurativo

Apesar da diferença nos modelos de justiça criminal, Zehr destaca o que ambas têm em comum:

Na verdade, as duas modalidades têm muito em comum. Um dos objetivos primários de ambas as teorias – a retributiva e a restaurativa – é o de acertar as contas através da reciprocidade, ou seja, igualar o placar. Elas diferem nas suas propostas quanto ao que será eficaz para equilibrar a balança. ⁹⁶

Além disso, Zehr afirma que tanto a retributiva quanto a restaurativa reconhecem que o comportamento social nocivo desequilibra a balança e conseqüentemente, a vítima

92 BRANDÃO, Delano Cândia. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2010 [Internet], s.p. Disponível em <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2010/08/artigojusticarestaurativanobrasil.html>http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 19 de outubro de 2019.

93 BIANCHINI, Edgar Hrycylo. Op. Cit. p. 82-83.

94 Ibidem, p. 82-83.

95 Ibidem, p. 83.

96 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 81.

merece algo e o ofensor deve algo.⁹⁷

O Autor considera que alguns casos são muito complexos ou hediondos para serem resolvidos por aqueles diretamente envolvidos. Nesses casos, as pessoas envolvidas podem escolher não tomar parte no processo e chegar a um desfecho. Contudo, seria preciso haver um processo em que as necessidades e obrigações da sociedade pudessem ser atendidas.⁹⁸

O ideal para o sistema penal brasileiro é avançar tanto quanto possível em direção a uma visão profícua e integral da política criminal, propiciando, por exemplo, uma justiça penal restaurativa em sede de infrações penais ambientais, bem como em infrações provocadas por pessoas jurídicas. Em alguns casos pode ser que esse modelo, oriundo de um pensamento de política criminal amplo não apresente efeitos, mas, em outros níveis, é possível chegar em uma solução verdadeiramente restaurativa. Para isso, é preciso que o sistema de política criminal e a justiça penal ofereçam uma oportunidade, uma alternativa de combate ao expansionismo oriundo dos riscos, e os princípios e os valores do iluministas, clássicos e democráticos possam erigir como modelo correto.

1.4 Tutela ambiental e seus desdobramentos na sociedade de risco

A Tutela do meio ambiente, através de institutos jurídicos, surge no mundo por meio do desafio de manter o desenvolvimento econômico globalizado, manter a utilização de recursos naturais, extrair das estruturas naturais o máximo do seu potencial econômico e desenvolvimentista, sem esgota-las. A tutela ambiental que se quer demonstrar na pesquisa, qual recai sobre o meio ambiente em sua diversidade biológica, ou seja, proteção da água, ar, solo, flora e fauna.

Tal diversidade biológica, precisa atender as necessidades do homem, precisa atender as necessidade presentes, sem comprometer o futuro, sem comprometer o por vir. O risco de comprometimento do futuro, o risco de extrair e extinguir toda diversidade biológica do planeta fez nascer a uma tutela ambiental global, oriunda da sociedade de risco, a qual está arraigada a ideia de sustentabilidade.

A tutela ambiental do risco, globalizada, está ligada a sustentabilidade, ou seja, ligada ao uso racional e consciente dos recursos naturais para não haver o esgotamento dos mesmos para o futuro.

Segundo Klaus Bosselmann⁹⁹, é preciso ter a noção, que ideia de sustentabilidade não é recente. Está calcada na Europa desde a era Medieval. A preservação da matéria prima, sempre foi uma tônica mesmo nas civilizações mais antigas da Europa.

Esta sustentabilidade, ainda que rudimentar, além de outras razões, sempre

97 Ibidem, p. 82.

98 Ibidem, p. 83.

99 BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade Transformando Direito e Governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 25.

encontrou amparo na incapacidade humana de viver dentro dos limites naturais e ecológicos.

A necessidade de sustentabilidade precoce, narrada acima, está longe da necessidade de sustentabilidade da era industrial, era esta que pouco se preocupou com os custos ambientais. Deste modo, a sustentabilidade em patamares de era industrial e globalizada, não encontra soluções rápidas e de eficácia abrangentes, com estruturas globais.

Toda vez que há um conflito entre a maior lucratividade e os recursos naturais, o primeiro parece sempre vencer, haja vista que o segundo não viabiliza as demandas de produção, parecendo algo distante e de mero aformoseamento.

Nada obstante, as corporações e os governos tem noção da necessidade de desenvolvimento ecológico sustentável, contudo, tem dificuldades para efetiva-lo.

Assim, é necessária a compreensão de que o desenvolvimento sustentável ecológico/ambiental, ao invés de frear o desenvolvimento econômico, permite a sua expansão, através da manutenção dos recursos explorados.

Esta demonstração de interesses concorrentes, tem permeado as legislações ambientais pelo mundo. Entretanto, tais legislações tem sido pouco integradoras com outros regimes, tais como o regime político, a gestão e sobretudo, com o regime penal.

Assim, é mister que os governos busquem tomadas de decisões sustentáveis no âmbito ecológico/ambiental sem demora, ao invés de tentarem saídas mirabolantes em esferas legais as quais, se quer dominam, tal qual o que acontece com o direito penal ambiental.

Ao falar de sustentabilidade, é necessário demonstrar o que é insustentável, deste modo, insustentável é: o descarte indevido do lixo, a poluição vertida pelos automóveis e fábricas, alimentos não saudáveis, energias não renováveis, degradação ambiental provocada pelas empresas, dentre outros. Assim, a sustentabilidade está calcada na pura necessidade, a mais elementar necessidade de ter, de ver-se sustentar-se. Assim, o ar, o alimento, a água, tudo isso deve ser sustentado, não pode parar de existir, deve ser perene. Este é mote, a estrutura basilar da existência, a regra básica de sobrevivência humana, qual seja: sustentar, dar sustentabilidade às condições necessárias de vida.¹⁰⁰

Dentro desta necessidade, qual seja: sustentabilidade o direito fundamental ao meio ambiente foi elevado ao plano internacional por meio da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como declaração de Estocolmo, de 1972, a qual abriu caminho para que as constituições de estados soberanos de todo o mundo pudessem reconhecer o meio ambiente como direito humano fundamental e metaindividual. A partir deste marco, o meio ambiente passou a não ter fronteiras, não ter cercas, e deu aos países a possibilidade de vislumbrar em suas legislações externas uma melhor tutela ao seu meio ambiente. A própria jurisprudência, em muitos países, passou a reconhecer a degradação ambiental e sua necessidade de tutela, buscando instrumentos para complementação legislativa e

100 BOSSELMANN, Klaus. Op. Cit. p. 30.

interpretações ligadas ao direito comparado para prestação jurisdicional ambiental.¹⁰¹

Também no ano de 1972, agora em caráter de tratado, foi firmada a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural inserida no Brasil pelo Decreto 80.978/1977. Assim, tal convenção considera patrimônio cultural as obras monumentais de arquitetura, escultura ou pintura, os elementos ou estruturas da natureza arqueológica, os conjuntos arquitetônicos ou paisagísticos de valor universal excepcional, os lugares notáveis. Por patrimônio natural, os monumentos naturais de valor universal do ponto de vista estético e científico, as áreas que constituam o *habitat* de espécies animais ou vegetais ameaçadas ou que tenham valor excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação, e os lugares notáveis, cuja conservação é necessária para preservação da beleza natural. Deste modo, a referida convenção institui um Comitê do Patrimônio Mundial e os países signatários fizeram o compromisso de elencar seus bens naturais e culturais tido como patrimônio mundial e proteger tais bens para gerações futuras.¹⁰²

Outrossim, em 05 de junho de 1992, erigiu-se a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a qual tinha o condão de garantir que a biosfera fosse preservada para as presentes e futuras gerações. É importante destacar, que os aspectos globalizadores da degradação ao meio ambiente, fazem com que os países desenvolvidos degradem muito mais o meio ambiente em comparação aos países menos desenvolvidos, contudo, os impactos ambientais são sentidos de forma igualitária por todos. Daí, a necessidade da política de proteção ambiental ser mundial. A Declaração de 1992, evolada no Rio de Janeiro, traz em seu bojo a necessidade dos Estados conservarem sua diversidade biológica, sendo necessária a cooperação internacional, regional e mundial para o desenvolvimento sustentável. Certamente, com chamada Rio 92, o alcance da proteção ambiental ganhou contornos inimagináveis até as décadas anteriores, o direito ambiente foi visto de forma sustentável, em conjunto com os direitos humanos, sendo um interligado ao outro e conectados a todo mundo.¹⁰³

Neste sentido, como dito, o direito humano se aproximou do meio ambiente. É possível vislumbrar, com o dano ambiental também vem inserido o dano aos direitos do homem. A exposição dos seres humanos à poluição, à rejeitos sólidos, à água impura, à desmates e degradação da flora, tudo isso compromete a vida, a propriedade, a família, a estrutura social a liberdade.

Tais padrões mundiais para a proteção do bem jurídico ambiental, chamado metaindividual ou de cunho difuso, alcançaram vários ramos do direito. Ora, a universalização do direito ao meio ambiente provou a constitucionalização deste, bem como reverberou em várias estruturas de justiça, inclusive a penal, a qual, dentro da sociedade de risco, parece ser porto seguro para resolução e apacentação de todos os grandes problemas sociais/

101 MAZZUOLI, Válerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

102 Ibidem, p. 1092

103 Ibidem, p. 1093

macrossociais.

Desta feita, é possível desvelar um crescimento mundial do que chamamos de tutela ambiental. Este fenômeno global fez, certamente, evoluir, dentre outros o instituto da tutela, em sede penal, ambiental.

Entretanto, em um cenário de riscos em que o expansionismo penal ganha força e a política criminal é relegada à simples resposta penal retributiva, está inserido o direito penal ambiental.

O Direito Penal Ambiental desvelado na pesquisa, também faz referência à tutela estatal mais incisiva a qual recai sobre o meio ambiente em sua diversidade biológica, ou seja, proteção da água, ar, solo, flora e fauna.

Assim, o meio ambiente, tal qual como aqui exposto, ganha status de bem jurídico universal. No ensinamento de Luiz Regis Prado¹⁰⁴, faz-se da tutela jurídica do meio ambiente uma exigência mundial. A proteção do meio ambiente ecológico passou, nos últimos anos a ser fixada por padrões transnacionais.

A tutela penal ambiental deu azo à vários estudos acadêmicos, fazendo surgir o que se chama de Criminologia ambiental ou Verde, “Green Criminology”. Assim, no cenário de riscos, os sistemas jurídicos passaram a encampar condutas penais lesivas ao meio ambiente, haja vista o movimento global de padrões e metas para evitar a degradação ambiental. Países como Estados Unidos, Espanha, França, Portugal, Colômbia, Itália e Alemanha têm leis penais específicas ao meio ambiente¹⁰⁵.

Assim, o Direito Penal sofreu intensa transformação no contexto da sociedade de risco. Muitos dos novos bens jurídicos, que surgiram com a globalização, foram penalmente tutelados. Com isso, diante da nova criminalidade, entrou em cena o chamado Direito Penal moderno, consagrando a tutela de bens jurídicos coletivos e difusos, sobre tudo a tutela do meio ambiente, a qual vem carregada de gatilhos de antecipação, manifesta nos delitos de perigo abstrato, flexibilização de garantias penais e processuais penais clássicas, o descompromisso com os princípios basilares do Direito Penal e do Direito Processual Penal e uma demonstração ou tentativa de demonstração de incipiência do Direito Civil e Administrativo para tutelar os possíveis danos ao meio ambiente.

Direito Penal Ambiental parece calcado no risco: prevencionista (preocupado com riscos futuros). Assim a tutela penal ambiental lastreia-se pela prevenção a qualquer custo. A título de exemplo, no que se refere à ofensividade, passou-se a criminalizar não apenas a efetiva lesão ao bem jurídico, mas também o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (delitos ambientais de perigo), gerando um novo critério de imputação penal. Assim, em nome da prevenção do risco ambiental, a antecipação da tutela penal alçou um lugar de destaque no Direito Penal contemporâneo.

104 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

105 SILVA, Julier Sebastião da. **Direito Penal do Meio Ambiente: um estudo do contexto internacional com ênfase no caso britânico e brasileiro**. Cuiabá: Entrelinhas, 2013. p. 31.

Na tutela penal ambiental, os princípios da culpabilidade, da taxatividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade etc. (característicos do Direito Penal clássico) são desconsiderados. É possível observar, por exemplo, delitos de comissão por omissão, responsabilidade penal da pessoa jurídica, leis penais em branco, delitos de perigo abstrato, delitos de acumulação e tipos penais vagos e imprecisos.

Na seara da legislação, sob o manto da eficiência, apresentam-se novos contornos. Busca-se a especialização, a tutela estanque de difícil compreensão sistêmica, contudo, de grande complexidade com atores diversos daqueles já definidos e consagrados pela doutrina clássica. No Brasil, v.g., observamos na Lei n.º 9.605/1998.

Além disso, é importante destacar que o Direito Penal Ambiental da globalização se volta para uma criminalidade empresarial, nas palavras de Sánchez¹⁰⁶:

O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: [...].

A delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação “excepcional”, à qual se tende a assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém.

Como visto, o Direito Penal, empurrado pela nova criminalidade, foi “reconfigurado”. Gomes e Bianchini¹⁰⁷ apontam sete “pecados capitais” do Direito Penal na era da globalização, as quais se adequam de forma plena a tutela penal ambiental:

1) Hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalização (do Direito Penal); 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); e 7) prisionização (exploração carcerária).

A hipertrofia penal é uma expressão utilizada para referir-se à produção inflacionária de leis penais. É um fenômeno que se apresenta como produto do binômio punitivismo-simbolismo. A produção legislativa penal, presa ao punitivismo, se concentra em criar novos tipos penais e aumentar as penas dos tipos penais já existentes. Hassemer¹⁰⁸ demonstra como do meio ambiente se adequa e utiliza dessa nova demanda penal:

O âmbito central da reforma da legislação penal é a parte especial do Código Penal como também o Direito Penal complementar. As reformas aqui não consistem em uma revogação, mas na ampliação ou na criação de novas cominações penais. Os âmbitos centrais de reformas na legislação penal são: o meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, tributos, comércio, em geral: a “criminalidade organizada”.

Ademais, essa desenfreada tutela penal ambiental objetiva tão somente tranquilizar

106 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op cit, p. 93.

107 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Op cit. p.83.

108 HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev/mar. 2003.

a população, combatendo de forma simbólica a criminalidade de degradação. O que importa é que a resposta seja rápida e capaz de produzir uma sensação de segurança ao bem coletivo.

Nota-se, que a tutela penal ambiental da sociedade risco ignora ou, pelo menos, entra em rota de conflito com outros ramos do direito, mais especificamente, entra em rota de conflito com o direito administrativo de cunho preventivo.

Assim, a tutela penal ambiental se expande no cenário da sociedade de risco. Tal expansão pressiona e isola todo sistema de direito administrativo ambiental, sufoca-o, retirando sua ingerência, bem como sua efetividade. O próprio risco, a própria sensação de perigo, faz com o sistema de prevenção ao meio ambiente, o qual deveria estar calcado no direito administrativo, pareça precário, insipiente e inefetivo.

Ora no cenário de risco, em que garantias são constantemente golpeadas, a rápida resposta e aparência de encarceramento aparece como resultado, ou seja, o próprio risco deslegitima o resultado das searas administrativas e preventivas do direito, bem como fomenta a expansão do direito penal e faz com que a tutela penal pareça ser mais atrativa e eficiente.

LIMITES À EXPANSÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Importa, inicialmente, salientar que a expressão Estado de Direito é de difícil conceituação. Por essa razão, no intuito de possibilitar uma melhor compreensão do tema, consideramos necessário discorrer sobre a evolução do Estado Moderno, o qual, sem dúvida, através de toda sua estruturação evoluiu um sistema de punição a condutas degradantes, através das experiências e choques culturais. O sistema penal posto em um Estado Democrático de Direito, é, sem dúvida, marca da evolução do Estado moderno, o qual visa impedir o uso penal de forma expansiva e desmedida, a fim de punir o que pode ser alcançado por outros sistema de direito.

2.1 A concepção de Estado Democrático de Direito

O Estado Absolutista é a primeira expressão do Estado Moderno. Durante o absolutismo, o poder estava concentrado na figura do monarca, que governava de maneira plena, ilimitada, sem que houvesse controle de outros poderes. Os poderes executivo e legislativo também estavam nas mãos do rei. O monarca devia ainda ser isento de qualquer responsabilidade, pois o seu poder era uma dádiva divina.

Streck e Morais¹ também afirmam que:

Com isso, as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, surgindo um poder de *imperium* como direito absoluto do rei sobre o Estado. Por outro lado, com esta postura, os reis constituíram-se como senhores dos Estados, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado.

Bastos² leciona que “(...) com o absolutismo, o Estado identifica-se com o poder, com a soberania, com o rei, e a sociedade – seja naquilo que vem de longe, seja naquilo que traz de novo – aparece à margem do poder político e sem projeção ao poder”.

Aos poucos, começaram a surgir vozes contrárias ao absolutismo monárquico e, no século XVIII, a resistência teve o seu apogeu com as revoluções burguesas.

A primeira revolução, conhecida como “Revolução Gloriosa”, ocorreu em 1688, a qual destronou o rei Jaime II, católico e absolutista, passando o trono inglês a ser ocupado por Guilherme de Orange, que professava a religião protestante, com apoio dos *Whigs* (liberais) e dos *Tories* (conservadores), que ocupavam o parlamento.

O *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de 1689 é, sem dúvida, uma das mais importantes consequências da Revolução Gloriosa. A aceitação desse documento foi

1 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 35.

2 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.

colocada pelo parlamento como condição para Guilherme de Orange assumir o trono, sendo esta condição aceita por ele em 1689. Surgia, então, na Inglaterra, a chamada monarquia constitucional.

O *Bill of Rights* limitou o poder do monarca, mas não apenas isso. Comparato³ declara que:

(...) o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (*cruel and unusual punishments*).

O filósofo inglês John Locke é tido como o maior teórico do antiabsolutismo. Ele defendia a limitação do poder do monarca, afirmando que o direito de liberdade é um direito sagrado do povo, sendo o povo a única fonte de poder. Dessa forma, o poder só é legítimo se houver o consentimento do povo.

Locke⁴ também acreditava que devia existir uma separação entre os poderes, afirmando que:

E como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.

Como destacam Streck e Morais⁵, “é com Locke que vemos a constituição inaugural do perfil de liberalismo político sustentando a necessidade da limitação do poder e das funções do Estado (...)”.

Dallari⁶ também assevera que “John Locke é, sem qualquer dúvida, um autor importante, cujas obras, marcadamente antiabsolutistas, exerceram grande influência na chamada Revolução Inglesa, de 1688, bem como na Revolução Americana de 1776”.

No século XVIII, surgem, então, a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789).

A Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da *Glorious Revolution* inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de

3 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.80.

4 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3ª ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 170.

5 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. Op. Cit. P.40

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.p.

cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico.

Anos após a Revolução Americana, mais precisamente, em 17 de setembro de 1787, foi aprovada, na Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América. Todavia, as declarações de direitos norte-americanas (*Bills of Rights*) só foram inseridas no texto constitucional por emendas à Constituição.

As dez primeiras emendas à Constituição datam de 15 de dezembro de 1791, sendo aprovadas novas emendas posteriormente.

O *Bill of Rights* norte-americano assegura certos direitos fundamentais, dentre os quais, podemos destacar: a liberdade de religião e o seu livre exercício, a liberdade de palavra, a liberdade de imprensa, o direito de o povo reunir-se pacificamente, o direito de petição, a proibição de penas cruéis ou aberrantes, a vedação da escravidão, o direito de voto a todos os cidadãos norte-americanos, o direito ao devido processo legal, o direito de ser defendido por um advogado etc.

É importante ainda destacar que antes mesmo da Constituição dos Estados Unidos da América (1787), o *Bill of Rights* de Virgínia (1776) já previa direitos fundamentais, sendo a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno.⁷

Diferentemente da Revolução Americana, na Revolução Francesa todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade⁸. A Revolução Francesa teve ainda forte influência do filósofo francês Jean-Jacques Rousseau, principalmente, pela doutrina do contrato social.

Destarte, a Revolução Francesa perseguia um futuro livre das algemas do absolutismo e uma nova forma de sociedade, em que todo o homem pudesse ser titular de direitos essenciais e o povo considerado como a única fonte de poder, rompendo as cadeias do passado e inaugurando uma nova história.

Arendt⁹, analisando as Revoluções americana e francesa, enfatiza o caráter mais universal da Revolução Francesa, afirmando que:

foi a Revolução Francesa, e não a Americana, que ateou fogo ao mundo (...)
A triste verdade da questão é que a Revolução Francesa, que redundou em desastre, tenha feito história no mundo, ao passo que a Revolução Americana, tão triunfantemente vitoriosa, tenha permanecido um acontecimento de importância quase que apenas local.

A Revolução Francesa resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) de 1789, que também possui um caráter mais universal em comparação com os *Bills of Rights* inglês e americano.

O caráter abstrato e universalizante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), afirma que ela possui três caracteres fundamentais: intelectualismo,

7 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153.

8 COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. 47

9 ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília-São Paulo: Editora Universidade de Brasília-Ática, 1988. p. 44-45.

mundialismo e individualismo¹⁰.

O intelectualismo se deve ao fato de que o reconhecimento da existência de direitos imprescritíveis do homem e a necessidade do restabelecimento de um poder legitimado pela anuência do povo não passou do universo intelectual, sendo apenas desenvolvido no plano das ideias. Possui como característica o mundialismo porque os princípios consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não se limitam ao povo francês, mas buscam um valor universal, ou seja, possui princípios de natureza universal. E, por último, o individualismo é observado em razão de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão somente reconhecer liberdades individuais, omitindo-se quanto às liberdades de associação e de reunião, preocupando-se apenas com a defesa do indivíduo em face do Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apesar do seu caráter abstrato, é indubitavelmente, um marco na história dos direitos humanos e, inclusive, serviu como fonte de inspiração para tantas outras declarações posteriores. Seu espírito é de liberdade e igualdade. Nela, o homem é visto como titular de direitos e livre por natureza. Ademais, podemos dizer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão simboliza o fim da era da monarquia absolutista.

Ademais, em 1791 foi inaugurada a primeira Constituição escrita da França, que assegurava a igualdade entre os homens, a liberdade, a segurança, a inviolabilidade das propriedades etc.

Com o fim do Estado absolutista nasce o Estado de Direito que, em resumo, é um Estado que se submete ao Direito. Esse modelo de Estado é marcado pelo fenômeno do constitucionalismo.

Segundo Silva¹¹, o Estado de Direito, inicialmente, era um conceito tipicamente liberal, que tinha como características:

(a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.

Destarte, no Estado Liberal de Direito, que é a primeira expressão do Estado de Direito, a atuação (poder) do Estado estava limitada pela lei. Além disso, a lei devia ser aplicada de forma igualitária a todos. A divisão dos poderes também aparece como um marco na história do Estado Moderno, cabendo somente ao Poder Legislativo (representantes do povo) a edição de leis. Os cidadãos também passam a ter direitos e garantias assegurados, como o direito à igualdade, à liberdade, à propriedade, a garantia do devido processo legal

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p.110.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 112.

etc. Com isso, ocorre o crescimento das liberdades individuais.

Ferrajoli¹² também destaca a profunda transformação na estrutura social com o advento do Estado de Direito, afirmando que:

(...) a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito de titular de direitos não mais exclusivamente “naturais” mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele.

No plano teórico, o Estado de Direito “emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtsstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa.”¹³

Assim, a expressão Estado de Direito remete a um pensamento jurídico-político que se desenvolveu, essencialmente, sendo considerado como corolário do contratualismo e pressuposto da autonomia ética individual, tendo como objeto essencial a limitação jurídica da intervenção do Estado em relação a individualidade dos cidadãos, assumiu dessa forma, uma característica individual, ainda que haja para a referida expressão conceitos anteriores tal como na contraposição platônica-aristotélica entre “governo das leis” e governo dos homens” e também na doutrina medieval que possuía embasamento jurídico da soberania.

Nas palavras de Torrão¹⁴, Estado de Direito significa a realização prática executável do pensamento liberal, em que os Estados se subordinam à lei, sendo esta a expressão da razão, bem como respeitam os direitos naturais, se contrapondo a forma absolutista do Estado de Polícia.

Para Canotilho¹⁵, no Estado de Direito, o Estado e todos seus respectivos órgãos políticos se submetem ao direito, ou seja, a uma forma de ordenação que seja racional e vinculativa de uma sociedade organizada, em que este articula medidas ou regras materiais, manifestando valores de justiça e com formas e procedimentos estabelecendo garantias jurídico-formais objetivando o cumprimento do seu programa axiológico.

Assim, apenas depois da ocorrência de violações na esfera legislativas mediante abusos por parte deste poder durante os regimes totalitários, foi que notou a necessidade da limitação jurídica formal e material referente à produção jurídica, qual seja, das leis. Percebeu-se assim a relevância do controle não apenas do exercício do poder, mas também no que se diz respeito ao conteúdo das decisões, através de um diploma normativo fundamental, a Constituição, sendo esta dotada de supremacia e força normativa que vincula o Poder Legislativo, desta forma associa a produção jurídica a um modelo ético-axiológico que objetiva o respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sendo esses fundamentos primordiais para concretizar a ideia limitadora e garantista dos

12 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 690.

13 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. Op. Cit. 68.

14 TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. op. cit., p.55 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 158.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.

direitos e liberdades referentes ao Estado de Direito. Nesse ínterim, normas protetivas dos direitos fundamentais foram consideradas como de supremacia normativa em muitas das Constituições ocidentais e com o pós-guerra resgatou-se com o constitucionalismo desta época as peculiaridades históricas basilares do conceito de Estado de Direito, refletindo não apenas na limitação jurídica e controle do poder do estado, mas também na delimitação das finalidades desse poder¹⁶.

Conforme Canotilho¹⁷, o Estado de Direito essencialmente deve ser ferramenta para limitar e também vincular o poder político em um Estado Constitucional, pois implica uma constituição normativa que estrutura uma ordem jurídica-normativa fundamental que vincula todos os poderes públicos, o que atribui à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma, vinculando-os juridicamente nos aspectos formal e material.

Considera-se que a função do Estado de Direito, no que tange ao seu caráter liberal-contratualista, é garantir os direitos dos cidadãos no que concerne às intervenções exteriores, tanto do Estado como dos demais cidadãos, sendo que para alcançar esse objetivo garantista deve haver a limitação do Estado de Direito por meio do ordenamento jurídico no que concerne ao próprio poder de produção jurídica, devendo dessa forma o próprio direito limitar-se. Essa limitação faz com que o direito programe suas formas de produção através de normas procedimentais, bem como seus conteúdos substanciais os quais remetem ao amparo da dignidade da pessoa humana e garantia de direitos fundamentais¹⁸.

Com o pós-guerra as Constituições nos Estados de Direito, passaram a ser dotadas de normatividade e supremacia, elevando-se os direitos e garantias fundamentais em posição de cláusulas pétreas. Esse rol de direitos e garantias são considerados limites jurídicos que se impõe sobre todos os poderes do Estado, condicionando tanto formal quanto materialmente a produção do direito, bem como protegendo o direito através do controle de constitucionalidade¹⁹.

Na esfera criminal princípios como o da legalidade estrita, subsidiariedade, ofensividade, proporcionalidade, culpabilidade entre outros, são considerados limites juríco-constitucionais ao poder de punir do Estado que ficam a eles restringidos, pois esses elementos constituem um vasto rol de princípios e garantias positivadas que estão presentes na grande totalidade das Constituições ocidentais hodiernas²⁰.

No entanto, apenas essa sujeição do Estado ao direito é insuficiente, ou tão somente embrionárias para frear abusos, bem como tutelas de risco. As aspirações garantistas fundamentais são restringidas gradativamente pela própria sociedade por meio de suas reivindicações de ampliação da repressão e solicitações de segurança e controle por

16 TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. op. cit., p.55 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 160.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p.245.

18 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p.19 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 160.

19 FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 178.

20 *Ibidem*, p.179.

parte do poder estatal²¹, uma vez que, o medo e o risco tornaram-se forças influentes de mobilização da sociedade pela busca de uma insaciável segurança, insurgindo então neste contexto, a legitimação de uma exacerbada intervenção punitiva estatal²².

De acordo com Ferreira²³ a essência da crítica ao modelo punitivista e simbólico de direito penal que prevalece e tem avançado nos dias atuais e que está intrinsecamente calcado na prevenção e na garantia da segurança pública pretensamente ameaçada pelas emergências, tem o condão de ofender e desconstruir os postulados garantistas do direito penal consolidados nos Estados de Direito de valor constitucional, o que gera a vulnerabilidade dos cidadãos em face do arbítrio estatal.

A atuação simbólica do Direito Penal, definitivamente ineficaz, viola o princípio constitucional da presunção da inocência, na perspectiva de encontrar no impensado encarceramento a segurança almejada e a renovação da legitimação de um modelo punitivo da exceção permanente²⁴.

Segundo Ferrajoli²⁵ “a razão de Estado, aliada ao discurso de exceção, caracteriza-se como princípio de legitimação histórica das ações estatais fora, e até mesmo contra, o direito” afirma ainda a incompatibilidade da existência de resquícios de razão de Estado em um contexto de Estado de Direito.

O discurso de exceção e sua consequente legitimação da ação estatal orientada pela razão de Estado relacionada à garantia da segurança, acarreta a extensão punitiva estatal em contradição aos limites das garantias do ordenamento jurídico-constitucional, ocasionando a degradação do Estado Constitucional de Direito - edificado em sua origem com vistas à limitação do poder estatal com a finalidade de preservação dos cidadãos-perpetuando um Estado absoluto e ilimitado que transgredir as garantias invioláveis dos que estão sob seu poder²⁶.

Pela essência hegemônica do estado de exceção, este além de manifestar no âmbito do direito material, abarca também os institutos processuais-penais que consequentemente estão corrompidos pela banalização das ações emergenciais²⁷.

Choukr²⁸ sustenta que nos termos da matriz liberal do Direito Penal moderno, as garantias processuais devem ser preservadas ainda que ocorram momentos de necessidade ou crise, pois é da segurança individual que provém do respeito pelo Estado dos direitos coletivos e individuais que floresce a segurança social que se interagirá com a segurança individual num processo dialético, pois o sistema penal no Estado democrático e de direito pauta-se pela proteção desses dois polos, pois desse equilíbrio nasce o estado de paz.

21 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 83.

22 Ibidem, p.82.

23 FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 174.

24 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 96.

25 FERRAJOLI, 2010 *Apud*, FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 180.

26 FERREIRA, Iago Oliveira, op. cit., p. 181.

27 RAMOS, Jonas Machado. op. cit., p. 94.

28 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.12.

No que se refere ao contexto brasileiro, subsiste o estado de exceção, sendo exemplo a seleção e o combate de inimigos internos pelo sistema penal, através do próprio sistema legislativo, como em lies voltadas para tutela penal ambiental.

Zaffaroni²⁹ analisa o Sistema penal na perspectiva de um conjunto de agências criminalizadoras que atuam na edição das normas, bem como concretamente, tanto se afastando das regras constitucionais e infraconstitucionais quanto as implementando. Esse enfoque inclui a consideração da dogmática como instrumento das agências intelectuais e, portanto, preocupada em criar modelos, influenciar, mas não diretamente, e sim como discurso, que concorre com outros meios, como os oficiais e os midiáticos, assim, por exemplo, os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população em geral perceba isso como “controle social” e sim como formas de recreação³⁰.

Considerando a existência de um estado de exceção brasileiro, insurge a necessidade de combatê-lo, através da aplicação efetiva das normas constitucionais que prescrevem a valorização do ser humano, do meio ambiente e suas respectivas dignidades, sendo necessário ir além de um Estado de Direito, ou seja, de um Estado que busca o respeito ao direito posto.

Neste contexto, a efetividade das normas constitucionais, especificamente dos direitos e garantias fundamentais, da ética e da consciência da realidade do Brasil precisa ser garantida através do exercício da política, como uma forma de cessar o estado de exceção, sendo a política como um espaço de exercício da liberdade, iniciativas e mudanças destinado a promover soluções até mesmo no que se diz respeito a produção legislativa sem técnica.

O rompimento da normatividade violenta, ou seja, o rompimento com uma produção legislativa sem técnica, abre a possibilidade da desconstrução do estado de exceção que vivenciamos, vai além da atuação dos poderes estatais (Judiciário, Legislativo, Executivo), pois deve passar pela construção cultural e social da cidadania no sentido substancial e também pela compreensão da realidade em uma dimensão fundamentalmente ética onde a realidade é sustentada pela alteridade. Acrescenta-se à ética a necessidade do encontro com o real, discernindo que o inimigo não é real, mas sim socialmente construído, por outro lado a influência econômica negativa, a ausência de proteção ambiental efetiva, a qual é substituída por uma proteção simbólica, são acontecimentos reais³¹.

Como delineado alhures, o Estado de Direito restou insuficiente para ilidir os abusos Estatais, bem como, especificamente, as tutelas penais expansivas e as produções penais oriundas do risco.

O Estado Democrático de Direito, fundado a partir do princípio da soberania popular

29 ZAFFARONI *apud* MORAES, Ana Luisa Zago de. op. cit., p.17.

30 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11. ed..rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p.49.

31 Idem.

que estabelece a participação ativa e operante do povo na coisa pública, sendo que esta participação não se esgota simplesmente na formação das instituições representativas, pois estas somente constituem um estágio da evolução do Estado democrático, porém não configura o seu completo desenvolvimento, a finalidade deste princípio vai além disso, pois objetiva apresentar o Estado Democrático de Direito como uma forma de garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana³².

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, possuindo em sua essência a dignidade humana como valor fundamental, que informa e norteia toda ordem jurídica. A Constituição Federal de 1988 ainda prevê, direitos e garantias fundamentais dispondo de mecanismos para que estes sejam efetivados tais como sua aplicabilidade imediata e o controle constitucionalidade de normas. Entre esses direitos e garantias estão incluídos, a vedação de penas cruéis, desumanas ou degradantes, a legalidade, a culpabilidade, o devido processo legal, sendo que todos eles compõem o modelo garantista brasileiro, que mesmo não se identificando plenamente pelo modelo garantista defendido por Ferrajoli, por este pode ser norteado³³.

Conforme Silva³⁴:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política.

Torna-se evidente então a necessidade de aplicação do exposto como forma de limitar e trazer racionalidade ao poder de punir do Estado em qualquer dos seus poderes, legislativo, judiciário e executivo. Quanto ao poder Judiciário, relevante mencionar a importância que possuem suas decisões e interpretações no sentido de tutelar direitos fundamentais a que se propõe a teoria do garantismo penal e do direito penal mínimo correlacionando-os ao princípio do Estado de Direito, pois estes trazem em seu bojo a essência da construção do Estado de Direito, o que se pode observar pela gama de princípios penais e processuais penais garantistas previstos na Constituição Federal de 1988.

Tais garantias são consideradas cláusulas pétreas nos termos do artigo 60 parágrafo 4º da Constituição Federal de 88 não podendo ser objeto de emenda tendente a restringir

32 SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 173, p.15-34 jul./set. 1988. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>.

33 MORAES, Ana Luisa Zago de. op. cit., p. 18.

34 SILVA, José Afonso da. op.cit., p.23.

ou aboli-las, nota-se então a relevância no contexto brasileiro tais garantias e direitos.

O Estado Democrático de Direito aparece como um conceito novo, que liga umbilicalmente o conceito de Estado de Direito ao de democracia, tornando-os conceitos indissociáveis. Nas palavras de Silva³⁵:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Destarte, o Estado Democrático de Direito baseia-se na ideia de transformação social, que partindo da vinculação do Estado de Direito ao ideal democrático consagra a soberania popular, a separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), os direitos e garantias fundamentais, o princípio da legalidade, a organização política democrática, a igualdade de todos perante a lei, a Constituição escrita etc. É esse o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 (art. 1.º, *caput*, CF).

Os princípios do Estado Democrático de Direito são: a) princípio da constitucionalidade, que determina que o Estado Democrático de Direito deve se fundar numa Constituição escrita; b) princípio democrático (democracia de representação e de participação); c) sistema de direitos fundamentais; d) princípio da justiça social; e) princípio da igualdade; f) princípio da divisão dos poderes; g) princípio da legalidade e; h) princípio da segurança jurídica³⁶.

Algumas observações devem ser feitas com relação aos princípios do Estado Democrático de Direito. A primeira é que um Estado só pode ser considerado Estado Democrático de Direito se houver a separação dos poderes. Sem essa separação, o poder se concentraria nas mãos de uma única pessoa ou de poucas pessoas e inexistiria o controle do poder estatal. A segunda é que o Estado Democrático de Direito é um Estado sedento por participação popular efetiva (democracia de representação e de participação) e, por isso, rege-se pelo princípio democrático. A terceira é que a Constituição escrita limita o poder do Estado e assegura direitos fundamentais, sendo a base do Estado Democrático de Direito. E, por último, conforme precisa lição de Streck e Morais³⁷, a legalidade nesse modelo de Estado “assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação na situação da comunidade”.

Ainda podemos destacar que o art. 3.º, incisos I, II, III e IV, da CF estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, na verdade, também são os objetivos do Estado Democrático de Direito, uma vez que o art. 1.º, *caput*, da CF expressa que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Assim,

35 SILVA, José Afonso da. Op. Cit. 119.

36 Ibidem, p. 122.

37 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. p. 73.

temos que os objetivos do Estado Democrático de Direito expressos no texto constitucional são: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, no campo penal, como veremos a seguir, os princípios constitucionais penais (explícitos e implícitos) aparecem como limitadores do poder punitivo estatal e decorrem da concepção de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 O conceito de bem jurídico como limitador inicial da tutela penal ambiental expansiva

O conceito de bem jurídico é um tema central do Direito Penal contemporâneo. Discute-se na doutrina se o conceito de bem jurídico, hodiernamente, pode ou não funcionar como instrumento limitador deste direito penal oriundo do risco. Alguns preferem negar a importância dessa teoria; outros encontram na teoria do bem jurídico um limite ao poder punitivo do Estado através da via exclusiva do direito pena.

O conceito de bem jurídico não é uníssono na doutrina, existindo, na realidade, uma ampla diferenciação conceitual. É por essa razão, que apresentaremos, em um primeiro momento, de forma bastante resumida, dada a limitação de espaço, a evolução do conceito de bem jurídico, destacando as peculiaridades de cada visão conceitual. E, em um segundo momento, apresentaremos recentes discussões sobre o conceito de bem jurídico.

Não objetivamos, no presente trabalho, um estudo aprofundado da teoria do bem jurídico, mas apenas discutir, ainda que brevemente, a capacidade de o conceito de bem jurídico funcionar como limite à intervenção penal do risco, sobre tudo nas questões ambientais.

A vertente positivista do conceito de bem jurídico tem como representantes Karl Binding e Franz Von Liszt.

Segundo Tavares³⁸, Binding é representante do positivismo jurídico que prega que “(...) somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado. O bem jurídico se reduz, aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a ratio de seu sistema”.

Binding³⁹, conceitua bem jurídico como:

todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde

38 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 187

39 MALARRÉ, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, apud: Binding.

su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas.

Assim, para Binding, o bem jurídico é resultado do juízo de valor do legislador, que pode, no caso penal, criminalizar tudo o que considera relevante. Em outras palavras, o bem jurídico é fruto da vontade do legislador (Estado).

Ademais, Malaree⁴⁰ lembra que Binding considera que o delito é uma lesão a um direito subjetivo do Estado. Isso significa que para Binding, o agente que pratica um delito está, na verdade, violando um dever de obediência à norma do Estado (titular do direito de obediência) e também lesionando um bem jurídico contido na norma.

Liszt, todavia, adota uma concepção positivista de bem jurídico diferente da adotada por Binding: é a chamada concepção positivista sociológica do bem jurídico. Liszt⁴¹ entende que “a proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”. Enquanto bem jurídico é “o interesse juridicamente protegido”. O autor afirma ainda que o interesse é produzido pela vida e não pelo direito e que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”.

Observe-se, pois, que para Liszt, sendo o interesse produzido pela vida, ele é anterior à norma. Isso significa que cabe ao legislador apenas escolher os interesses essenciais à vida em sociedade para que sejam reconhecidos como bens jurídicos. Assim, o interesse somente se converte em bem jurídico quando reconhecido pelo legislador, isto é, quando amparado pela norma.

Nasce, no século XX, a concepção neokantiana de bem jurídico, defendendo que bem jurídico é um valor cultural. Assim, o antigo conceito material de bem jurídico foi abandonado, sendo inaugurada a ideia de valor (conceito espiritualizado de bem jurídico). O bem jurídico na visão neokantiana tem uma função meramente interpretativa dos tipos penais (função teleológica do bem jurídico). E esse valor se entrelaça com a própria finalidade da norma. Na lição de Tavares⁴², com o neokantismo:

Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que se obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.

Surge, então, a concepção ontológica de bem jurídico, que tem como representante Welzel⁴³, que defende que é tarefa do direito penal amparar os valores elementares da vida em comunidade. E seguindo esse raciocínio, acrescenta que deve o direito penal proteger os bens jurídicos mediante o amparo dos chamados elementares valores ético-

40 Ibidem, p. 39-42

41 LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 93-94.

42 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Op cit. p. 198.

43 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 93-94.

sociais da ação. Assim, a proteção dos bens jurídicos é feita proibindo e castigando ações que lesionem os bens jurídicos. Com isso, evita-se o desvalor do resultado pela punição do desvalor da ação.

Como podemos observar, Welzel considera que a primeira missão do direito penal é a proteção dos elementares valores ético-sociais. Essa afirmação coloca a proteção dos bens jurídico-penais em segundo plano. Assim, o direito penal tem duas funções: função ético-social e função preventiva.

Güther Jakobs⁴⁴, funcionalista, apresenta uma nova visão da teoria do bem jurídico, defendendo que: a) a pena demonstra a vigência da norma; b) a função da norma penal é garantir expectativas de comportamentos; c) o bem jurídico penal protegido é a validade fática das normas.

Como se percebe, Jakobs despreza a concepção de bem jurídico, uma vez que considera que a função do direito penal é afirmar a vigência da norma e não proteger bens jurídicos.

Já Claus Roxin⁴⁵, também funcionalista, mostra um conceito de bem jurídico como instrumento de crítica legislativa. Em resumo, Roxin entende que: a) o direito penal tem como função garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura; b) bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, a fim de garantir todos os direitos humanos e civis de cada sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos; c) o conceito de bem jurídico deve ser crítico no que se refere à lei penal; d) o direito penal protege bens jurídicos (subsidiariamente).

Desse modo, Roxin⁴⁶ acredita que os bens jurídicos são imprescindíveis para o funcionamento do sistema social. Ademais, Roxin também defende “um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”.

No entanto, é preciso enxergar o conceito de bem jurídico como limitador do poder punitivo do Estado, considerando que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.

Luiz Regis Prado⁴⁷ conceitua bem jurídico como sendo:

(...) um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Werbild) vazado na

44 JAKOBS, Günther. **Derecho penal - parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.p.9.

45 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.16.

46 Ibidem, p. 20.

47 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º ao 120. 11ª ed. rev. atual e ampl. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.120.

Note-se que para o referido autor, o bem jurídico mantém íntima relação com a Constituição, devendo o legislador observar os valores e diretrizes constitucionais para definir um bem jurídico penal. Assim, “encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro de ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno”.

Destarte, o legislador, no momento da criação de um tipo penal, neste caso referimo-nos ao tipo penal para proteção ambiental, deve fixar o olhar nos valores previstos na Constituição, o que restringe sua liberdade na seleção de bens jurídico-penais. Em outras palavras, é na Constituição que o legislador encontra a referência para seleção de bens jurídico-penais. Logo, não existe a necessidade de que o bem jurídico-penal sempre se identifique com os bens jurídicos reconhecidos na Carta Magna, mas o bem jurídico-penal deve sempre estar de acordo com os valores e diretrizes constitucionais.

Assim, é possível tratar o meio ambiente como um bem jurídico metaindividual, ou supraindividual, contudo, não é possível trata-lo como um bem jurídico preponderante ao sistema.

A ideia de supraindividualidade ou de bem jurídico metaindividual não pode excluir o antropocentrismo, não se pode tratar o bem jurídico meio ambiente enquanto uma estrutura estanque ao homem e, portanto, alijada dos princípios fundamentais penais e das imposições limitadoras do sistema.

O risco oferecido ao meio ambiente ecológico, meio ambiente natural, é um risco inerente a todo e qualquer outro bem jurídico. Não há que se falar em tratamento expansivo ou *sui generis* para o bem jurídico ambiental. Há que se falar em tratamento sério, individualizado e acurado para tal bem, o que não se confunde com medidas penais oriundos da emergência e do risco.

Luiz Regis Prado⁴⁸, ao tratar exclusivamente sobre o bem jurídico ambiental desvela:

Daí o entendimento de que se deve impor cuidadosa delimitação de seu conteúdo substancial, no sentido de individualizar de modo transparente e precioso os objetos da tutela referidos nas hipóteses típicas. Isso significa fixação de critérios específicos que permitam individualizá-lo, de forma clara e objetiva, sem transgredir nenhum dos princípios penais fundamentais.

Tal exigência prende-se, para os fins do Direito Penal, à diretriz político-criminal conata ao Estado de Direito – em sentido material – de ser pena um instrumento de caráter excepcional, *ultima ratio legis*. Como bem se tem destacado, “a proteção penal deve ser autônoma e não mediatizada por fórmulas tradicionais, feita sob uma nova visão onde o equilíbrio e qualidade de vida sejam a base jurídica da mesma, dada sua consideração de bem jurídico protegido e valioso em si mesmo. Do contrário, ter-se-ia uma visão parcial e incompleta do que é ambiente.

Assim, mesmo diante da falta de consenso doutrinário sobre o conceito de bem

48 Ibidem, p. 121.

jurídico e, até mesmo, da crise enfrentada pelo instituto, o fato é que, em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal deve ser a proteção de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos). Devido ao seu caráter subsidiário e fragmentário, o Direito Penal deve apenas proteger os bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais graves, quando não puderem ser, satisfatoriamente, tutelados por outros ramos do direito.

Os novos bens jurídicos transindividuais, no caso em apreço os bens ambientais, que surgiram com a globalização, deram origem a uma discussão sobre o rendimento da teoria do bem jurídico, levando parte da doutrina a falar em crise do conceito de bem jurídico. Isso, contudo, não afasta a atual importância do conceito de bem jurídico como limite à intervenção penal. O legislador não pode selecionar a seu bel-prazer, através de aparecimentos de riscos, qualquer bem jurídico que deseja tutelar penalmente. Ele deve observar os valores constitucionais, que lhes servirão de norte na seleção dos bens jurídicos, não podendo, de forma alguma, legislar em manifesta afronta à Constituição. Além disso, é necessário que indique a finalidade da escolha daquele bem jurídico para receber a proteção penal.

O bem jurídico ambiental não pode ser tutelado de qualquer forma, não pode ser produto da sociedade de risco.

Não é pretensão deste trabalho afastar a possibilidade de tutela penal do meio ambiente ecológico, contudo, tal tutela não pode ser permeada pelo risco, pelas impressões de perigo, tal tutela não pode ser expansionista ou simbólica. A tutela penal ambiental precisa ser residual, precisa estar alocada dentro de uma sistemática que contempla outras formas de proteção e vedação de dano, após isso, e só após isso, a tutela penal ambiental poderia tomar seu lugar.

A sociedade contemporânea está umbilicalmente ligada ao sentimento de riscos. O a globalização econômica, a inserção da vida no próprio capital a emotividade e ignorância popular, tem contribuído de forma determinante para enraizar na sociedade a “cultura do medo”, fazendo-a acreditar que o problema da degradação ambiental pode ser resolvido com medidas penalmente miríficas. A ideia de punir mais e mais rápido através da tutela penal ambiental passa a ser socialmente cultivada.

O expansionismo, através de bens jurídicos supraindividuais, não se coaduna com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. O poder punitivo estatal deve ser. Assim, a tutela penal ambiental deve atuar como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos ecológicos mais importantes e indispensáveis à vida em sociedade.

2.3 Dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal

2.3.1 Introdução à principiologia penal

No século XVIII, com a expansão dos ideais do movimento iluminista por toda a Europa, o Direito Penal ganhou um caráter mais humanista, sendo afastada a crueldade antes existente. Durante esse período, muitos teóricos se manifestaram contra a crueldade do Direito Penal, dentre os quais, podemos destacar Beccaria, que escreveu a obra intitulada *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas) em 1764.

A ideia de limitação do poder punitivo estatal, amplamente difundida no século XVIII, resultou no nascimento de princípios limitadores da intervenção penal, sendo que muitos desses princípios continuam a servir de base para todos os Estados Democráticos de Direito.

A palavra princípio, do latim *principium*, significa origem, início, causa primária, o que vem antes.

No campo jurídico, “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”⁴⁹.

Ou como prefere Ávila⁵⁰, princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como veremos a seguir, há princípios expressamente previstos e outros implícitos, que devem nortear o legislador no momento da produção legislativa.

2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 1.º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um super princípio, de um meta princípio, o qual da norma, da tonos a toda estrutura legal bem como, especificamente, penal do nosso ordenamento jurídico. Colocando o homem, o ser humano, enquanto centro de gravidade das normas jurídicas.

A dignidade da pessoa humana é tanto um princípio constitucional fundamental quanto um valor fundamental, servindo como justificação moral e como fundamento normativo para os direitos fundamentais⁵¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana prega que todo homem tem direito à dignidade. Essa dignidade é inerente à pessoa humana e independe de quaisquer condições de natureza pessoal (religião, sexo, cor, classe social, origem, preferência

49 SILVA, José Afonso da. Op. Cit. 92.

50 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97

51 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320.

político-partidária e nível de escolaridade). Assim, “a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”⁵²

Nas palavras de Silva⁵³ “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Desse modo, a violação, *v.g.*, do direito à vida, à liberdade e à igualdade (direitos fundamentais) também importará em violação do princípio (valor) da dignidade da pessoa humana, pois este princípio funda o conteúdo de tais direitos fundamentais.

Por fim, necessário destacar que “a força normativa desse princípio supremo se espalha por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais”⁵⁴. Assim, é inadmissível a criação de um tipo penal que desrespeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é a base do Direito Penal. É também um princípio indissociável do Estado Democrático de Direito. Como afirmam Hungria e Fragoso⁵⁵ a fonte única do direito penal é a norma legal, não há direito penal vagando fora da lei escrita.

A doutrina diverge sobre a raiz histórica do princípio da legalidade. Alguns associam a origem do princípio à *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra de 1215, outros defendem que esse princípio nasceu com “o ideário da Ilustração (Montesquieu, Rousseau), em especial na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria (...)”. Há também quem afirme que o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito.

No nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade ou da reserva legal figura tanto no art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) quanto no art. 1.º do Código de Penal brasileiro (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).

O art. 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, determina que é competência privativa da União legislar (por meio de lei) sobre o Direito Penal, sendo, portanto, inadmissível a invocação de outras espécies normativas.

Importante ainda destacar que todas as Constituições brasileiras pretéritas, exceto a de 1937 (Constituição do Estado Novo), adotaram o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, da reserva legal ou da intervenção legalizada, determina que somente a lei pode criar crimes e cominar penas. Nesse sentido, Welzel⁵⁶ ensina que

52 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

53 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* 105.

54 PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 166.

55 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**: arts. 1º ao 10º. 5ª ed. vol. 1. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.21.

56 WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma

“solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena”.

A formulação latina do princípio da legalidade – *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legale* – que mais tarde passou a ser sintetizada para *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, deve-se a Anselm von Feuerbach⁵⁷.

Segundo Batista⁵⁸ o princípio da legalidade possui quatro funções. A primeira é a de vedar a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). A segunda é a de proibição de estabelecimento de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Enquanto a terceira é a de vedar o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). Por fim, a quarta função do princípio da legalidade é a de proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

A função de proibir a retroatividade da lei penal (princípio da irretroatividade da lei penal) encontra-se prevista no art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988. A irretroatividade da lei penal é uma condição de segurança jurídica. Isso significa que a lei penal não poderá retroagir para alcançar situações pretéritas, exceto quando a nova lei penal for benéfica ao agente (retroatividade *in mellius*), como ocorre na situação da *abolitio criminis*. Dessa forma, sendo a nova lei penal somente aplicável a fatos concretizados durante a sua vigência, não poderá retroagir para punir alguém por conduta (comissiva ou omissiva) que na data do fato nada mais era que um indiferente penal, uma vez que se exige a existência prévia da lei penal e da cominação da pena (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

A função de proibir a criação de tipos penais e penas pelos costumes diz respeito à necessidade de lei (fonte imediata do direito penal), elaborada e aprovada de acordo com o que estabelece a Constituição Federal, para criar crimes e cominar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

O princípio da legalidade ou da reserva legal proíbe ainda o uso de analogia para criar crimes, cominar ou majorar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), mas essa proibição se refere à analogia *in malam partem*. A analogia quando *in bonam partem* não se opõe ao princípio da reserva legal, e, depois, casos há em que, na iminência da punição iníqua, deve lançar-se mão dela.

O princípio da legalidade ou da reserva legal também veda incriminações vagas e imprecisas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), impondo ao legislador a obrigação de descrever a conduta delituosa de forma precisa e inequívoca, com todos os seus elementos e circunstâncias (princípio da taxatividade).

Editor, 1956. p. 28.

57 NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 29.

58 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.p. 68-83.

Ferrajoli⁵⁹ faz ainda uma distinção entre mera legalidade (*nulla poena nullum crimen sine lege*) e legalidade estrita (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione, sine defensione*), afirmando que a mera legalidade “é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”; enquanto a legalidade estrita é “a reserva absoluta da lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais”.

A mera legalidade se limita a exigir a lei como pressuposto para criar crime e cominar pena, enunciando condições de existência ou de vigência da norma jurídica e prescrevendo a sujeição do juiz à lei; ao passo que a legalidade estrita determina que a validade das leis vigentes está condicionada à taxatividade e determinação de seus conteúdos, bem como à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações. Além disso, pressupõe que todas as garantias penais (ou substanciais) e processuais (ou instrumentais) devem ser observadas pelo legislador. Da junção desses dois princípios (mera legalidade e legalidade estrita) Ferrajoli⁶⁰ expressa a seguinte formulação: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Assim, seguindo tal ensinamento, podemos afirmar que, em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que sejam observadas tanto a mera legalidade quanto a legalidade estrita, afinal, além da necessidade de prévia previsão legal do crime (art. 5.º, inciso XXXIX, CRFB/88 e art. 1.º do CP), cabe ao legislador descrever de forma precisa, clara e inequívoca o fato punível (conduta positiva ou negativa proibida pela lei).

2.3.4 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo estatal, preceitua que o Direito Penal, em razão de seu caráter subsidiário, somente deve cuidar dos bens jurídicos mais relevantes, que não podem ser devidamente protegidos por outros ramos do direito (administrativo e civil). Assim, havendo outros meios de proteger de maneira eficaz os bens jurídicos, deve ser afastada a tutela penal. Segundo preciosa lição de Conde.⁶¹

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas de derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

O Direito Penal deve ser, portanto, a *ultima ratio*, atuando somente quando outros ramos do direito forem manifestamente incapazes ou insuficientes de proteger determinado bem jurídico, uma vez que a intervenção penal é a mais gravosa forma de intervenção estatal na vida do cidadão, devendo apenas ser considerada em última instância. Nas palavras de Roxin⁶², “El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas

59 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 31.

60 Ibidem 305-36

61 CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.p. 107.

62 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Organização e Tradução de

protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le pude hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema (...).”

O princípio da intervenção mínima é um princípio constitucional implícito, que decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) – um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito – e dos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, como direito à vida, à liberdade, à igualdade etc.

Assim, o legislador não poderá criminalizar condutas a seu bel-prazer, pois somente os bens jurídicos mais relevantes e essenciais à vida em sociedade devem ser tutelados pelo direito penal. Caso o legislador decida dar ao direito penal a função de proteger bens jurídicos de somenos importância, estará violando os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança etc.), pois alguém só pode sofrer restrições de seus direitos fundamentais, como forma de proteger direitos de terceiros (v.g. homicídio é punido com pena privativa de liberdade), se a intervenção penal se revelar necessária. Ademais, o uso irrestrito do Direito Penal pelo legislador (direito penal máximo) malfere o princípio da intervenção mínima.

Prado⁶³ leciona que a intervenção penal só deverá acontecer “(...) na medida em que for capaz de ter eficácia”. Acrescenta ainda que “o uso excessivo da sanção penal não garante uma maior proteção dos bens: ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, deve o Estado intervir minimamente na liberdade individual, devendo o direito penal ser a *ultima ratio*. A utilização máxima do Direito Penal (expansão do direito penal), que se manifesta pela criação desenfreada de novos tipos penais incriminadores e pelo recrudescimento das penas de tipos penais já existentes, como forma de conter a criminalidade é, na verdade, uma forma de deturpar o direito penal, dando-lhe uma função simbólica, o que leva a uma afronta direta ao princípio da intervenção mínima, fazendo com que o Direito Penal seja a *prima ratio* no nosso ordenamento jurídico.

Bitencourt⁶⁴ também assevera que:

Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

Ademais, é importante destacar que com base nos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, que veremos a seguir, deverá o legislador descriminalizar condutas, quando perceber que os bens jurídicos antes considerados merecedores da tutela penal, já não possuem mais relevância penal. Podemos citar como exemplo o adultério, revogado

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.65.

63 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p.171.

64 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 127.

pela Lei n.º 11.106/05, que deixou de ser objeto de proteção penal, por não mais ser penalmente relevante, uma vez que era possível a tutela do bem jurídico por outro ramo do direito (direito civil) e já não existia um consenso social sobre a necessidade da tutela penal.

2.3.5 Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade é um corolário do princípio da intervenção mínima. De acordo com o princípio da fragmentariedade, o direito penal não tutela todos os bens jurídicos, estando seu âmbito de proteção restrito aos ataques mais graves contra os bens jurídicos mais relevantes. Nas palavras de Conde⁶⁵:

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal, lo repito una vez más, se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter “fragmentario”.

Desse modo, deve o legislador selecionar as condutas mais graves contra os bens jurídicos mais importantes para receber a tutela penal, pois “(...) apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização”⁶⁶. O Direito Penal, portanto, tem caráter fragmentário, ocupando-se apenas de um fragmento do universo dos bens jurídicos.

Segundo Conde⁶⁷ o caráter fragmentário do direito penal aparece de três formas:

(...) en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punitibilidad de la comisión imprudente em algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad o la mentira.

Assim, o Direito Penal somente deve defender bens jurídicos contra ataques graves e intoleráveis, tutelando apenas uma pequena parte dos bens jurídicos e desconsiderando ações meramente imorais.

Por fim, como lembra Toledo⁶⁸ “(...) dentre a multidão dos fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”.

2.3.6 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade também aparece como um limitador da intervenção penal estatal. Segundo esse princípio, somente é permitida a incriminação de condutas (dolosas

65 CONDE, Francisco Muñoz. Op. Cit. p.124.

66 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit p.171

67 CONDE, Francisco Muñoz. Op. Cit. p. 124.

68 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.p. 14-15.

ou culposas) que produzam lesão ou perigo (real) de lesão a um bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*).

Na precisa lição de Nilo Batista⁶⁹, o princípio da lesividade apresenta quatro funções: a primeira função é a de proibir a incriminação de atitude interna; a segunda função é a de proibir a incriminação de conduta que não ultrapasse o âmbito do próprio autor, ou seja, de condutas que não afetem bens jurídicos de terceiros; a terceira função é a de proibir a incriminação de simples estados ou mesmo de condições existenciais; por fim, a quarta e última função é a de impedir a incriminação de condutas que não lesionem bem jurídicos.

Assim, podemos afirmar que: não se pune a mera intenção de praticar uma conduta ainda não exteriorizada (atitude interna); não se pune a autolesão ou a tentativa de suicídio, uma vez que não ofende bem jurídico alheio; ninguém pode ser punido por simples estado ou situação existencial, mas sim pela prática de conduta que afete bem jurídico de outrem; e, por último, ninguém pode ser punido por praticar conduta meramente imoral, mas apenas por aquela que lesione bem jurídico alheio.

Importa ainda destacar que com base no princípio da lesividade não se justifica a presença da contravenção penal de vadiagem (art. 59, da Lei de Contravenções Penais) no nosso ordenamento jurídico, pois, nesse caso, a conduta do agente não afeta bem jurídico alheio.

Exige-se, portanto, a lesão ou perigo real de lesão ao bem jurídico protegido. O princípio da lesividade atua como um limitador do *ius puniendi*, pois o Estado somente pode intervir penalmente em caso de ofensa a um bem jurídico.

2.3.7 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade exige uma proporção entre a gravidade do delito (bem jurídico lesionado) e a pena. Esse princípio deve ser observado tanto pelo legislador no momento da cominação da pena (proporcionalidade em abstrato) quanto pelo juiz no momento da aplicação da pena (proporcionalidade *in concreto*). No primeiro caso, deve o legislador colocar na balança, de um lado a gravidade do delito e do outro a pena cominada, a fim de encontrar um equilíbrio entre o mal provocado e a pena cominada, estabelecendo, pois, pena proporcional ao delito. Enquanto no segundo caso, deve o magistrado, no caso concreto, aplicar uma pena proporcional à magnitude do fato perpetrado pelo agente.

Desse modo, não pode haver uma desproporção gritante entre a gravidade do delito e a pena cominada ou aplicada. Nas palavras de Noronha⁷⁰ “(...) não se punem, *igualmente*, o furto e o homicídio. O crime tem sua *quantidade*, que deve, de modo geral, ditar a quantidade da sanção”.

69 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. P. 92-97.

70 NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 227.

2.3.8 Princípio da Adequação Social

De acordo com a teoria da adequação social, formulada por Hans Welzel, as condutas previstas em lei como lesivas a bens jurídicos, quando socialmente adequadas, devem ser consideradas atípicas. Nas palavras de Welzel⁷¹:

Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. *Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.*

Assim, “o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser crimes.”⁷²

Muitos são os casos de condutas socialmente adequadas, dentre os quais, podemos citar a realização de tatuagem, que apesar de ocasionar lesão corporal (art. 129, *caput*, do CP), é considerada uma conduta atípica por ser socialmente aceita.

Como percebe-se, o princípio da adequação social busca afastar a tipicidade de condutas socialmente adequadas. Na lição de Welzel⁷³:

Solamente las acciones que sobrepasan la adecuación social son acciones típicamente adecuadas de homicidio, lesiones, daño, perjuicio, coacción, etc. La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal.

Ainda com base no princípio da adequação, caso o legislador pretenda incriminar uma determinada conduta, deverá observar se a conduta é ou não socialmente adequada. Do mesmo modo, deverá o legislador, atento às mudanças sociais, observar se uma conduta formalmente típica se encontra socialmente adequada. Em caso de resposta afirmativa, o melhor remédio é a descriminalização.

2.3.9 Princípio da culpabilidade

De acordo com o princípio da culpabilidade, consagrado no arts. 18 e 19 do Código Penal brasileiro e implícito na Constituição Federal de 1988, somente pode ser punido aquele que age com dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*). A responsabilidade penal, portanto, deve ser subjetiva. Nas palavras de Batista⁷⁴:

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo de lesão para um bem jurídico. É indispensável a

71 WELZEL, Hans. Op. Cit. 63.

72 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit 128.

73 WELZEL, Hans. Op. Cit 66.

74 BATISTA, Nilo. Op. Cit. p.104.

culpabilidade. (...) A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*.

Desse modo, se o agente não atuar ao menos culposamente, não poderá ser penalmente responsabilizado, uma vez que o princípio da culpabilidade afasta a responsabilidade penal objetiva. Esse princípio também estabelece que a pena deve ser fixada de acordo com a culpabilidade da conduta do agente. Além disso, em obediência ao princípio da culpabilidade, num Estado Democrático de Direito deve ser adotado o direito penal do fato e não o do autor. Isso, em síntese, significa que o agente deve ser punido pelo que fez e não pelo que é.

2.4 Mandato constitucional de criminalização: dignidade da pessoa humana na imputação criminal à pessoa jurídica

Como vimos alhures, os princípios constitucionais são tidos como o ponto inicial, ou seja, cerne comum de todo o direito ao qual se prendem e do qual também derivam os vários domínios da ordenação jurídica do Estado.

Defluem então os princípios de uma estrutura de suma importância para o direito penal. Isto se dá porque os ramos (direito penal e constitucional), sempre deverão estar correlacionados, nunca sendo interpretado isoladamente, pois a Constituição Federal, principal fonte principiológica, trás em seu bojo os denominadas normas genéricas que assistem de base para todo o sistema jurídico, inclusive para o direito penal, estabelecendo limites à atuação política, bem como instituindo proteção ao indivíduo em relação ao Estado, tal afirmação torna-se clara porque estamos tratando de um Estado democrático de direito. Sobre isto, vejamos:

[...] A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.⁷⁵

Isso é, a Constituição de um Estado é interpretada como pressuposto de validade de todas as leis, e no âmbito do direito penal, mais especificadamente, é o alicerce para a construção das normas penais, isto porque o ramo penal encontra sua base no próprio fundamento constitucional que determina a proibição de penas simbólicas, de um direito penal aberto, voltado a punição de autores, simbólico, lastreado pelo risco e com desrespeito

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. Op. Cit.

à integridade física e moral dos incriminados.

No sistema brasileiro de proteção ao meio ambiente, o Estado democrático de direito tem como também têm como intuito à concretização da democracia social, participativa, e pluralista, tendo como forma de tutela, inclusive, a utilização do direito penal, o qual, como dito, precisa ser interpretado através dos princípios basilares outrora demonstrados.

Assim, o constituinte elevou a proteção penal ambiente ao status de mandato constitucional criminalização. Senão, vejamos o artigo 225 § 3º da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 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.

(...).

O referido artigo dispõe ao legislador ordinário um mandamento, a fim de que este proteja através norma infra constitucional penal o meio ambiente. O constituinte chancela, ratifica, que o meio ambiente pode ser protegido pela estrutura penal, tal madamento demonstra a força da *ultima ratio*, demonstra a necessidade de unir, de alhiavar homem e natureza em seu contexto ambiental.

Portanto, quando o constituinte institui um mandamento para tutela penal ambiental, este não protege de forma estanque ou solta o meio ambiente, a fim de que este seja elevado ao patamar de bem jurídico autônomo. A proteção constitucional penal do meio ambiente, em verdade desvela a necessidade de proteger o homem, os seres sóciais, o seu habitat, a sua estrutura de vida plena e digna repleta de humanidade.

Deste modo, é impossível pensar mandato constitucional de criminalização, ou seja, tutela penal ambiental, direito penal punindo agressões ao meio ambiente, sem pensar em uma estrutura constitucional sistêmica. Tutelar penalmente o meio ambiente, não significa proteger um ente, uma abstração, uma estrutura com vida própria, significa proteger o ser humano, significa, proteger a dignidade destes. Luiz Regis Prado⁷⁶, desvela:

O reconhecimento do ambiente como bem jurídico-penal autônomo não significa negar sua natureza *antropomórfica*, aonda que relativa, ou antropocêntrica. A indispensável relação ambiente-homem (teoria persolalista relativa) lhe é inerente. Isso significa que o ambiente não é um dado absoluto, mas sim referido, afeto ao homem, como seu espaço vital de realização individual e coletiva.

Neste viés, mesmo que o legislador constitucional tenha craído um mandamento para que o direito penal encampasse o meio ambiente, ainda assim, o homem é o centro

76 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 80.

de tal mandamento.

Não se pode falar em tutela penal simbólica, expansionista, a fim de atender o mandato constitucional de criminalização das condutas degradantes ao meio ambiente. Não se pode falar em responsabilidade penal da pessoa jurídica, em sede de crimes ambientais, pelo simples fato de haver um mandamento constitucional.

Tal responsabilização deve ser interpretada de acordo com a sistemática constitucional, tal tutela deve respeitar limites principiológicos e democráticos.

Criar normas penais inefetivas, abertas, sem qualquer ligação com a estrutura penal constitucional, certamente não trará proteção profícua ao meio ambiente.

Punir penalmente a pessoa jurídica, sem critérios, a fim de atender reclamos sociais, afim de atender expectativas e riscos, certamente não é atender ao propósito do mandato de criminalização esculpido na Carta Magna. Regis Prado⁷⁷ novamente preceitua:

Afinal, a partir dessa exigência constitucional, impende ao legislador ordinário construir um verdadeiro sistema normativo penal que defina, de modo certo e taxativo, as condutas puníveis e respectivas penas, em harmonia com os princípios constitucionais penais, como estrutura jurídica mínima, para dar cumprimento ao estatuído na Constituição Federal.

A ordem constitucional para que o legislador ordinário proteja penalmente o meio ambiente, parece ser uma ordem para proteção de bens vagos, difusos, os quais não podem ser determinados. Assim, determinado por uma estrutura de riscos, o legislador parece, através das leis penais ambientais, bem como através a criminalização atécnica da pessoa jurídica, de forma simbólica e expansionista, proteger o meio ambiente.

Contudo, ainda que o bem jurídico, como dito em outro capítulo deste trabalho, seja vago, seja difuso, não se pode olvidar a sua proteção de acordo com a estrutura sistêmica constitucional.

Ainda que o direito penal sirva para criminalizar uma ficção jurídica, tal qual a pessoa jurídica, ainda assim, não pode suplantar a estrutura garantista à pessoa, não pode, mesmo que seja voltado à pessoa jurídica não pode relegar os princípios acima vertidos, bem como não pode relegar o principal deles, a dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana, princípio norteador e basilar de todo o ordenamento jurídico penal brasileiro, digno de destaque, é delineado, como vimos, por Ingo Sarlet da seguinte forma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...) ⁷⁸ (grifo nosso)

⁷⁷ Ibidem, p. 81.

⁷⁸ SARLET, Wolfgang Ingo. Op. Cit. 62.

Ainda sobre dignidade da pessoa humana afirma Gustavo Tepedino⁷⁹:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (...) (grifo nosso).

Nota-se que a Constituição Federal assegura que todos, sem distinção, têm direito a um rol mínimo de direitos e garantias constitucionais, de modo que a supressão e relativização das garantias estabelecidas na carta magna não coadunam com o sistema democrático, haja vista que a inobservância das referidas garantias despersonalizam o ser humano e fomentam a metodologia do risco e do terror. Acerca do tema dispõe José Afonso da Silva⁸⁰, o seguinte:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

Ou seja, a concretização do Estado democrático de direito, exige a observância rigorosa destes e outros princípios trazidos no bojo da Carta Magna, tal atitude demonstra respeito à difícil e morosa construção do Estado democrático de direito, até que chegasse finalmente na concepção moderna da qual tratamos anteriormente.

Ora, uma análise perfunctória dos históricos da estrutura penal, bem como do estado, conforme visto acima, nos permite constatar que o direito penal originou-se de séculos de evolução humana, ora marcado por períodos de progresso, ora de retrocesso, ora por fases de tortura, crueldade e falta de equidade.

À análise do exposto até esse momento nos dá sustentação para entender às etapas do Estado democrático de direito e da justiça punitiva, nos permitindo assimilar que nos dias atuais diferentemente do que acontecia nos períodos supracitados o direito penal passou a exercer, com muita luta, a função garantista. Dito de outro modo, o direito penal, no decorrer da história, passou paulatinamente a evoluir, abandonando os modelos tacanhos, a fim de concretizar e e garantir os reclamos de justiça.

Diante disso, é possível afirmar que no contexto atual, não se deveria tolerar

79 TEPEDINO, Gustavo. apud MAFRA., Francisco. O funcionário público e a Carta Magna de 1934. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=840>.

80 SILVA, Jose Afonso da. Op. Cit

qualquer tipo de segregação, exclusão, neutralização e aniquilação, de direitos e garantias, como havia no passado, em nome de punições penais de simbolismos, expansivas, as quais sem nenhuma técnica, visam alcançar até a pessoa jurídica.

Contudo, infelizmente, há que se pontuar também que na sociedade de riscos, nas estruturas do medo, diante do contexto de insegurança e sensações de aumento da criminalidade, fomenta-se a inverdade de que o direito penal clássico, de origem garantista, representa e acarreta impunidade e aumento da criminalidade, atingindo, inclusive, bens difusos e coletivos. É justamente neste cenário que surge a teorias expacionistas⁸¹. Vejamos:

Enquanto os meios de comunicação promovem debates acalorados, em dados momentos permeados pelo sensacionalismo, a comunidade jurídica coloca em xeque a sistemática penal brasileira sob um enfoque doutrinário deveras controvertido, quiçá tormentoso ad eternum, qual seja: garantismo versus direito penal de execução.

Todavia, a análise das estruturas supracitadas nos permite constatar que a todos, ante a estrutura penal, é assegurado um refúgio democrático. Não importa se o bem tutelado é vago ou difuso, não importa se a ficção jurídica será punida penalmente, por trás do bem vago, por trás da pessoa jurídica existe o homem, o funcionário, o trabalhador, o ser humano que depende da economia sólida, que depende da manutenção dos postos de emprego que depende do funcionamento estatal democrático.

Portanto, não há que se falar em tutela penal ambiental, em punição à pessoa jurídica, em mandato de criminalização, sem falarmos em respeito aos princípios, sem falarmos em dignidade da pessoa humana, sem falarmos no homem como principal e único beneficiário do meio ambiente.

81 RODRIGUES, Lincoln Almeida; LYRA JUNIOR, Richard Paes. Direito penal do inimigo, esse desconhecido. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10157&revista_caderno=3>

A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NA TUTELA PENAL AMBIENTAL PÁTRIA

Nas últimas décadas, nosso país tem apresentado um quadro de produção legislativa penal desenfreada. São notórias as inúmeras alterações na parte especial do Código Penal brasileiro e, quase sempre, para aumentar a pena cominada em abstrato para os delitos ou para inserir novos tipos penais incriminadores e novas qualificadoras. É este também o cenário da produção legislativa penal especial ou extravagante, caso das legislações penais ambientais.

3.1 Diagnóstico da estrutura legislativa de responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica.

O caos legislativo penal em nosso país impressiona. São muitas as leis penais simbólicas. O Direito Penal tem sido a *prima ratio*, o que revela um retrato de punitivismo extremo. Como veremos a seguir, a antecipação da tutela penal tem ganhado força. Do mesmo modo, tem crescido o número de qualificadoras dos crimes, o rol de crimes hediondos. A regra é alterar a parte especial do Código Penal ou a legislação esparsa para inserir um novo tipo penal ou causa de aumento de pena. A palavra descriminalização está “fora de moda”.

Aqui, algumas observações merecem ser feitas: a) a mídia tem importante participação na crescente demanda social por mais rigor punitivo, uma vez que cotidianamente apresenta nos noticiários um catálogo repleto de casos de desastres, inclusive os ambientais, e propaga a ideia de que essa forma de criminalidade pode ser combatida com uma legislação penal mais rigorosa; b) essas novas demonstrações punitivas não tem como objetivo diminuir a criminalidade, mas apenas acalmar a população, ou seja, é uma demonstração do Direito Penal simbólico no nosso país; c) a criação de novos tipos penais ou a imputação criminal à pessoa jurídica em nada altera o panorama desse tipo de criminalidade.

É importante notar que nos deparamos, mais uma vez, com um exemplo de deficiência legislativa e falta de reflexão e discussão sobre o tema tratado na lei que se pretende produzir. A produção legislativa penal parece seguir um modelo estranho aos princípios basilares do Direito Penal, os quais já foram mencionados alhures. Quanto maior a demanda por um tratamento mais rigoroso em relação à criminalidade, maior a produção de leis penais. Por ser uma produção em tempo reduzido, ainda que se espere um produto de qualidade, sempre aparecerão falhas. Assim, quando o legislador insere na legislação ordinária uma responsabilização criminal à pessoa jurídica, no que tange os crimes ligados ao meio ambiente, inobserva o dever de refletir sobre a nova criação legislativa, uma vez que isso leva tempo, escolhendo o que considera rápido e fácil, o resultado é uma lei penal carente de estudo prévio sobre a sua necessidade e efetividade, e despida da boa técnica

legislativa.

Antes de tratarmos de forma acurada da imputação à pessoa jurídica, é mister delinear que a Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), em síntese, é uma lei repleta de crimes de perigo, mormente, os de perigo abstrato. A antecipação da tutela penal impera nesta lei, evidenciando uma característica própria do Direito Penal da sociedade de risco. Nela, também observamos uma clara manifestação do fenômeno da “administrativização do direito penal”.

O artigo 49 da referida lei, criminaliza a conduta de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”. Aqui, em primeiro lugar, observamos uma violação do princípio da intervenção mínima. É, no mínimo, questionável a criminalização dessa conduta. É mesmo necessário que se recorra ao Direito Penal para tipificar a conduta de um agente que, *v.g.*, danifica uma planta ornamental que se encontra numa praça pública ou na casa de um vizinho? Parece-nos que não. Do mesmo modo, a modalidade culposa prevista no parágrafo único do artigo 49 é um tanto quanto absurda. O Direito Penal deve se ocupar somente dos ataques mais graves contra os bens jurídicos mais relevantes. Se possível a proteção do bem jurídico por outro ramo do direito, afastada deve ser a intervenção penal.

Outro exemplo de crime de dano e de perigo pode ser observado no art. 54, da Lei de Crimes Ambientais, que criminaliza a conduta de causar poluição em níveis que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Deste modo, já se assenta a grande dificuldade em definir “poluição”, a qual pode ser delineada como alteração significativa e prejudicial dos elementos físicos, biológicos e artificiais protegidos pelo direito de forma a causar degradação ambiental.¹

Assim, o tipo penal pode ser dividido em duas partes, quanto ao momento consumativo. Vejamos o tipo penal do artigo 54 caput, da lei 9605/98.

Art. 54 Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Destarte, a primeira parte que desvela a conduta de “causar poluição em níveis tais que resultem ou possam resultar dano à saúde humana”. Tratando-se assim de uma conduta de perigo. Outrossim, ao exigir a “provocação de mortandade de animais e destruição significativa da flora” a segunda parte do artigo, faz referência a um crime de dano, o qual exige prova da materialidade através de intervenção pericial ou outro meio lícito de prova.

Desta feita, a prova pericial exigida na segunda parte do tipo penal requer a

1 GODOY, Sandro Marcos. **O Meio Ambiente e a Função Socioambiental da Empresa**. 1ª ed. Birigui/SP: Editora Boreal, 2017. p. 154.

comprovação de modo técnico, haja vista que seus impactos poderão ser vistos de forma mais clara e palpável no mundo das coisas. Todavia, a primeira parte do artigo traz uma conduta de perigo com abstrações de difícil compreensão.

Segundo Sandro Marcos Godoy², a celeuma doutrinária sobre a forma que se dá tal conduta vem sob a seguinte forma: é necessário realizar a comprovação do dano ambiental em uma conduta de perigo? Seria tal conduta, uma conduta de perigo abstrato ou concreto, ou seja, necessitaria tal conduta de comprovação técnica de um impacto no mundo das coisas?

Ora, segundo o douto professor, não se pode interpretar a parte primeira do referido artigo, sem ideia de vedação de uma responsabilidade penal objetiva. Não se pode crer em uma conduta de perigo abstrato, a qual não se comprovaria no mundo tangível, haja vista que a redação do artigo, em sua primeira parte, trata de “níveis” de poluição que causem danos à saúde humana. Vejamos:

É com vênia que se discorda dessa posição, pelo dever de sustentar que as formas de interpretação hermenêutica, em especial quando se protege a liberdade, não podem ser consideradas como manobras de defesa, mas devem ser vistas como integração real da vontade do legislador em termos de criminalização.

Se o legislador, de forma comedida, integrou ao tipo penal a necessidade de avaliar o nível da poluição e a intensidade do dano, não se pode aceitar que se trate de perigo abstrato, a dotando-se posição que se aproxima da responsabilidade penal objetiva.³

É notável, o legislador penal brasileiro, atrás de uma resposta penal expansiva, simbólica, cria tipos penais de difícil elucidação e de um grande poder de erudição acadêmica penal. No exemplo acima, artigo 54 caput da lei 9605/98, tanto a doutrina, já citada, como a jurisprudência, ficam pé em desvelar que a conduta de causar poluição em níveis que causem dano à saúde humana é uma conduta de perigo concreto, o qual exige a comprovação científica do dano.

Entretanto, a doutrina e jurisprudência, ainda que façam um esforço hercúleo, não conseguem responder como se dará, por exemplo, tal tipo de perícia e quais os níveis exatos desta poluição, níveis estes que sem dúvida, carecem de regulamentação.

Portanto, e este o panorama em que a legislação penal ambiental está inserida, sem a devida técnica penal, e sem apoiar-se nos princípios e regras limitadores do direito penal de expansão.

É neste cenário de produção legislativa sem qualquer técnica, sem qualquer observância aos princípios e vedações do Direito Penal iluminista que está calcada a responsabilização penal da pessoa jurídica, sem sede de crimes ambientais. Para além do mandamento constitucional, já delineado neste trabalho, existem outras regras legais que

² Ibidem, p. 155.

³ Ibidem, p. 157.

tratam sobre o instituto.

Os artigos 3º e 21 da Lei 9.605/1998, explicitam a verdadeira sanha do legislador em abarcar as pessoas jurídicas enquanto sujeitos ativos para o cometimento de crimes ambientais, vejamos:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

[...]

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

É estarrecedor, os artigos 3º e 21 da Lei de Criminais Ambientais beiram o total descaso e menoscabo ao interprete da lei. O citado artigo 21, inclusive, se dá ao trabalho de explicar as modalidades de pena que serão cominadas à pessoa jurídica, deixando fora do rol, de forma explícita, a pena privativa de liberdade.

Ora, será que se a redação do artigo 2 não existisse, alguém iria pensar na descabida possibilidade de aplicar pena de privação de liberdade à pessoa jurídica?

Nesta toada, o artigo 3º parece se contrapor, se contradizer. O dispositivo indica que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas criminalmente nos casos em que a infração for cometida por decisão de seu representante legal, contratual ou órgão colegiado. Assim, em matéria penal, se já uma identificação e individualização de quem são as pessoas físicas que decidiram sobre o cometimento do dano, para que punir uma fixação, um ente sem personalidade?

A fim de explicar tais institutos, Luiz Regis Prado desvela a inspiração de origem francesa que fomentou tal criação:

Ipsa jure, convém destacar, como *conditio sine qua non* da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma pessoa física (ou um grupo de pessoas); isso quer dizer: há de se pressupor necessariamente um *substratum humanus*, que encarna a pessoa jurídica, intervindo por ela e em seu nome. Também os elementos objetivos e subjetivos integradores de determinada infração penal – imputada à pessoa moral – dizem respeito, na verdade, ao ser humano – pessoa natural. Melhor explicando: responsabilidade penal decorrente de uma infração é que poderá ser imputada à pessoa moral. A doutrina francesa explica essa espécie de responsabilidade criminal através do mecanismo *emprunt de criminalité*, feito à pessoa física pela pessoa moral, derivando daí a denominação responsabilidade subsequente, por *ricochete*, ou de *empréstimo* que tem como suporte uma intervenção humana. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: toda infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente

imputável uma pessoa física. Ou, noutro dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da segunda. Além disso, a norma constante do parágrafo único do artigo supracitado deixa clara a não exclusão da responsabilidade individual da pessoa natural, quando autora, coautora ou partícipe do mesmo fato. Isso para evitar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se converta em escudo utilizado para encobrir as responsabilidades pessoais.⁴

Em que pese todo esforço para justificar o instituto, ainda discute-se na doutrina se é possível a responsabilização penal de entes coletivos. Há quem defenda que sim; outros se posicionam pela impossibilidade. Parece-nos ter razão quem considera incabível a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esse raciocínio se justifica por, em apertada síntese, entendermos que a pessoa coletiva não tem capacidade de ação, de culpabilidade e de pena. O próprio Prado⁵ deixa claro que as alusões a uma suposta vontade coletiva servem, na realidade, para esconder, camuflar a vontade de pessoas individuais determinadas que realmente controlam, regem os destinos da pessoa jurídica.

Desse modo, em que pese a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, enquanto mandato constitucional de criminalização, e na Lei n.º 9.605/1998, aceitá-la, de qualquer forma, significa violar o sistema jurídico penal em nome de uma necessidade expansionista e falha.

A criação desses tipos penais, certamente aparecem como fruto do discurso político-midiático punitivista. O que se percebe é que o legislador, no intuito de tranquilizar a população, quis dar uma resposta emergencial ao problema do meio ambiente. O que demonstra uma criação legislativa meramente simbólica e expansionista, como já dito.

Na imputação penal à pessoa jurídica, mais uma vez nos deparamos com uso expansionista do Direito Penal. Do mesmo modo, também reafirmamos as críticas anteriormente feitas à ausência de respeito aos princípios e regras basilares atinentes ao Direito Penal, no que tange à contribuição midiática e o simbolismo penal. Parece-nos que o legislador quis apenas mostrar que “está fazendo algo”. Além disso, os casos de danos ambientais praticados pela pessoa jurídica ou em decorrência dela, podem ser alcançados pelo direito administrativo puro, ou pelo direito civil em suas vertentes de ressarcimento. Daqui a pouco, colocaremos a responsabilidade penal da pessoa jurídica no rol dos delitos hediondos.

Assim, quando o legislador percebe que existe um crescente aumento do discurso de impunidade no seio social em relação a um determinado delito, o interesse eleitoral alcança seu ápice, e decide valer-se do Direito Penal para dar uma resposta meramente simbólica à sociedade, o que resulta em uma catástrofe legislativa penal.

Essa obscuridade, vagueza e indeterminação na definição da conduta típica abre um leque de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Isso, em primeiro lugar, demonstra a imprecisão técnica legislativa em matéria penal. Em segundo lugar, revela uma tendência

⁴ PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p.169.

⁵ Ibidem, p. 170.

legislativa de criar tipos penais com expressões vagas e indeterminadas (tipos penais abertos). Enfim, verificamos um exemplo de como se dá a produção legislativa no cenário expansionista penal.

É importante notar que nos deparamos, mais uma vez, com um exemplo de deficiência legislativa e falta de reflexão e discussão sobre o tema tratado na lei que se pretende produzir. A produção legislativa penal parece seguir um modelo estranho aos princípios basilares do Direito Penal. Quanto maior a demanda por um tratamento mais rigoroso em relação à criminalidade, maior a produção de leis penais. Por ser uma produção em tempo reduzido, ainda que se espere um produto de qualidade, sempre aparecerão falhas. Assim, quando o legislador insere nos crimes ambientais a possibilidade de imputação à um ente ficcional, inobserva o dever de refletir sobre a nova criação legislativa, uma vez que isso leva tempo, escolhendo o que considera rápido e fácil, o resultado é uma lei penal carente de estudo prévio sobre a sua necessidade e efetividade, e despida da boa técnica legislativa.

Ainda sobre a lei 9605/98 os artigos 56 e 60 tipificam a realização de atos preparatórios com a finalidade de fabricar produtos tóxicos, ou comercializa-los, ou construir estabelecimentos que potencialmente sejam poluidores. Assim, o simples fato de se produzir, industrializar produtos, sem o condão, sem o animus de poluir ou de degradar, já tipifica o crime, não se exigindo o início da execução (criminalização autônoma do ato preparatório). Imaginemos, no contexto da imputação à pessoa jurídica o caso, por exemplo, de uma empresa que adquire e guarda substância perigosa, a qual é inerente a sua atividade comercial, contudo, descumpra obrigações legais ou de regulamentos para tal guarda. Tal empresa sofre as sanções administrativas, as quais restringem direitos e lhe atribuem multas e outras estruturas onerosas, os diretores, comandantes dessa empresa sofrerão uma sanção penal e a própria empresa, sem mesmo ter lesado qualquer bem jurídico, de forma efetiva, responderá criminalmente e sofrerá novas restrições de direito, uma vez que não poderá ir para atrás das grades.

A previsão dos artigos 56 e 60, da Lei n.º 9.605/98, colocam em destaque o problema da criminalização de atos preparatórios. Cada vez mais, não apenas no nosso país, mas em todas as sociedades contemporâneas ocidentais, é crescente o aumento da antecipação da tutela penal. Isso ocorre em nome da palavra mágica: prevenção. A ideia é que é na “guerra contra a degradação” é necessária a antecipação da tutela penal. No caso em comento, podemos questionar a existência da ofensividade. Há ao menos perigo de lesão ao bem jurídico tutelado? A resposta não é fácil. Por mais que tentássemos aprofundar o tema, a resposta continuaria em aberto. Mas uma coisa é certa: essa antecipação da tutela penal escancara um modelo de política criminal fundada na ideia de que o fim justifica o meio, isto é, se antecipação da tutela for um meio necessário para vencer a luta contra uma degradação ambiental que se quer ocorreu, então, é isso o que deve ser feito. Assim, seguindo esse pensamento, pouco importa se princípios e garantias penais e processuais

forem violadas.

Como veremos, ainda existe a esperança de que a expansão penal em sede ambiental não se intensifique ainda mais, mas a situação da produção legislativa penal geral e ambiental brasileira, em todos os seus aspectos, é desanimadora.

3.2 Ausência de instrumentos de inocuidade da pessoa jurídica no sistema de penas brasileiro.

O direito penal tem buscado, ao longo do tempo, maneiras/finalidades na aplicação da resposta penal aos delitos cometidos.

Deste modo, antes de qualquer outra elucidação, é mister desvelar a certeza de que seja qual for a finalidade da pena deve esta sempre se acossar a um fim condizente com a democracia e harmônico com as previsões constitucionais. Neste sentido, para que se alcance a finalidade da pena o Estado deverá apenas utilizá-la quando todos os outros meios de conservação da ordem jurídica não forem eficazes e suficientes no combate ao ato criminoso, o que não parece guardado no caso da imputação de crimes ambientais à pessoa jurídica.

Decorrente do princípio da legalidade, a doutrina tem reconhecido uma série de outros princípios, um deles, é princípio da intervenção mínima, que ajuda a formar um todo indivisível, de modo que a realização de cada um é imprescindível para "que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito". Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando os demais à aplicação das sanções⁶

Para o escritor espanhol, Muñoz Conde, existem outras formas de resposta/reacção social à criminalidade, que podem ser mais eficazes que a pena prevista no Direito Penal:

Existen otras formas de reacción social a la criminalidad no oficiales, pero a veces más eficaces que las oficiales propiamente dichas, de forma que, igual que sucede con el concepto de criminalidad, el concepto de reacción social frente a la misma excede, por lo menos en la Criminología, del plano estrictamente legal para incluirse en un marco más amplio de control social, en el que lo que no se ve (o no se dice) es quizás lo que más importa.⁷

Neste ínterim, existem diversas teorias que discutem a finalidade da pena, vejamos as teorias de fundo racional-instrumental que desvelam a pena como instrumento de busca de cumprimento de uma meta.

Assim, a teoria Relativa, Utilitárias, Finalistas ou da Prevenção - se apresenta em oposição a teoria absoluta que será aduzida a seguir. Esta elucida a pena como sendo uma medida prática que visa impedir o ato delituoso e ou que visa puni-lo, quando este já tiver sido praticado.

⁶ MIRABETI, Julio Frabbrini. Op. Cit. p. 95.

⁷ CONDE, Francisco Muñoz. Op. Cit. p.226.

Neste sentido, a prevenção não é tida como consequência do delito, mas sim intimidação causada aqueles que possuem um potencial delitivo, ou seja, a pena é utilizada para retribuir o mal causado a quem delinuiu e serve de exemplo intimidador a quem tende a delinquir.

A prevenção pode vir em duas formas: geral e especial podendo ambas serem negativas e positivas, vejamos: A prevenção geral, em sentido negativo, se da com a intimidação causada pela própria norma aos possíveis delinquentes, de forma que ao amedrontá-los com a pena pretende-se evitar o cometimento de crimes. Esta ideia produz a sensação de um aspecto comunicacional, pois se funda na relação diretamente proporcional entre quantidade de pena e sua eficácia, para que seja alcançada a prevenção. Sobre isso explana Shecaira:

Destarte, a teoria da prevenção geral negativa (intimidação) não tem conseguido justificar a aplicação da sanção penal. Se o Estado pune o delinquentes para que, com isso, consiga incutir o medo nos demais agregados sociais, a pena não está apoiada na culpabilidade, mas se restringindo a uma ação de intimidação através da punição exemplar daquele que cometeu o ato ilícito.⁸

Ainda no seu sentido geral, porém de forma positiva, a pena é utilizada para prevenção buscando um resultado eficaz da atuação da justiça. O sentido positivo que existe na prevenção é observado quando acontece a integração do apenado à sociedade de forma que este adquira uma maior consciência quanto a prática de seus atos. Sua reinserção deve ser gradativa, para que possa assimilar os valores básicos da vida em sociedade.

Quanto a prevenção em sentido especial positivo seria a correção, a reeducação e ressocialização do condenado. Esta teoria contradiz a teoria negativa da prevenção, pois, acredita que apenas com o labor do condenado e com ajuda de profissionais multidisciplinares, ocorrerá uma ressocialização capaz de evitar a reincidência.

Teoria Absoluta Ou Retributiva – visa punir o delinquentes como forma de retribuição ao delito cometido, aplicando assim, a justiça ao restaurar a ordem atingida pelo delito. Dessa forma o caráter atribuído à pena, para a teoria absoluta, é o retributivo, deixando certo sentimento de vingança na forma posta por tal teoria, de modo que a pena seja o reflexo do delito imposto ao criminoso, “pagar o mal com mal”.

Para Emanuel Kant, defensor desta teoria, a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. Elucida Júlio Fabbrini Mirabete, mencionando Kant e Hegel, na seguinte ideia.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribuicionistas) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (puniturquiapeccatum est). Dizia Kant que a pena é um imperativo

⁸ SCHECAIRA, Sergio Salomão. Op. Cit. 131.

categorico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais. Para Hegel, a pena, razão do direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica. Verifica-se, assim, que, quanto à natureza da retribuição, que se procurava sem sucesso não confundir com castigo, dava-se um caráter ora divino (Bekker, Sthal), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel, Pessina). Para a Escola Clássica, a pena era tida como puramente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente (item 1.4.9). A ausência da preocupação com a pessoa do infrator, como acentua Manoel Pedro Pimentel, foi o ponto fraco da referida escola, que a tornou vulnerável às críticas mais sérias⁹

Em suma como já dito, a teoria em questão não serve a outro propósito que não seja o de retribuir o mal com o próprio mal.

Teoria Mista Ou Unificadora Da Pena – a teoria mista surge como uma ponderação entre as teorias da prevenção e a absoluta. Esta teoria afirma que a pena possui as duas finalidades das teorias apresentadas anteriormente, servindo assim, a pena, para retribuir o mal cometido pelo transgressor, como também, precaver que novos crimes sejam cometidos, prevenindo o criminoso e a sociedade.

A nossa justiça é baseada nesta teoria e o Código Penal a estabelece em seu artigo 59 “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o legislador ao individualizar a pena, ao analisar a personalidade de cada delinquente, esta utilizando apenas como instrumento de ressocialização do condenado e também de retribuição ao mal causado por ele. Sobre o assunto elucida Mirabete:

A política criminal humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora). Adotou-se, como assinala Miguel Reale Junior, outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade. Esse posicionamento especialmente moderno procura excluir definitivamente a retributividade da sanção penal¹⁰

Para Evandro Da Cunha Luna “a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem a retribuição, é desonra”. Dessa forma caminharemos no decorrer deste artigo buscando elementos que poderão realmente nos dar a resposta de qual a verdadeira finalidade da pena em nossa estrutura social.

A origem da pena esta vinculada diretamente a existência da norma, esta por sua

⁹ MIRABETI, Julio Frabbrini. Op. Cit. p. 244

¹⁰ Ibidem, p. 245.

vez, possui o papel de garantir a proteção dos bens jurídicos por ela tutelado, conforme dito alhures.

As primeiras penas existentes eram aplicadas de formas violentas e desumanas e a determinação de indivíduos ou grupos e não um órgão competente para isto, geralmente as penas eram dotadas de cunho emocional e religioso, sendo imputadas com máximo rigor aos infratores. As formas mais primitivas de penas foram levadas à cabo através de vinganças de grupo contra grupo, expulsão de comunidades, o escárnio, a pena de morte.

No Brasil, período Colonial, o qual teve seu início em 1500, e se encerrou por volta de 1808 com o estabelecimento do império por Don João VI. Assim a legislação pátria era também a legislação portuguesa denominada de ordenações “Afonsinas”, impuseram-na a todos que aqui já habitavam, sem observar as regras sociais prévias e costumes existentes. Contudo, por volta de 1512, erigiram-se as Ordenações “Manuelinas”. Esse novo diploma tinha por objetivo satisfazer a vaidade de D. Manuel, sendo uma cópia do *códex* anterior acrescido pelas leis extravagantes.

A partir de 1603 passou-se a vigorar as ordenações Filipinas, impostas pelo Rei espanhol D. Felipe II. O Código Filipino ignorava totalmente os direitos inerentes ao homem, além de conter um vasto número de condutas proibidas e inúmeras punições degradantes ao corpo do apenado. O que chamava muito atenção neste código, era a forma que as penas eram aplicadas, na verdade, a parcialidade do aplicador em relação às classes sociais e o sexo, deste modo, os mais pobres e as mulheres recebiam as maiores penalidades.

Porquanto, o ordenamento Filipino ficou marcado pela sua desproporcionalidade entre o delito cometido e a pena cominada. Além das penas corporais, existiam também os castigos vexatórios em praças públicas, onde se expunham a pessoa do transgressor com a única finalidade de acabar com sua moral e boa fama.

O Período Imperial, se estabeleceu com a chegada da coroa portuguesa ao Brasil o que se deu por volta de 1808. O reino de Portugal sofria grandes ameaças de invasão territorial por parte dos franceses liderados por Napoleão Bonaparte, então o Rei de Portugal D. João VI embarcou com a corte portuguesa e vieram para a cidade do Rio de Janeiro, tornando o Brasil uma espécie de Reino Unido De Portugal. Somente em 1822 e após o retorno da coroa português para seu reino de origem, D. Pedro I, filho mais velho de D. João VI, permanece no Brasil e proclamou a independência ao reino de Portugal, tornando-se agora Império do Brasil.

Empós a implantação do império no Brasil, mantiveram-se por 2 anos as ordenações Filipinas, até a elaboração de um Código próprio que viria ficar pronto em 1824 sendo assim outorgado como a primeira Constituição Imperial Brasileira. Este Código trazia grandes ideias do movimento iluminista europeu que preconizava garantias a liberdades públicas e direito individuais, houve uma restauração dos valores políticos, humanos e sociais¹¹

11 DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 50.

A Constituição de 1824 previu a necessidade de um código criminal que deveria normatizar os mais diferentes tipos de delitos e de penas no intuito de se implantar a justiça equitativa, era mister que este código atingisse toda a extensão do território nacional e fizesse com que a aplicação de penas saísse das mãos de particulares e passassem para o Império. Em 1830 foi sancionado o Código Criminal, por D. Pedro I, este código extinguiu as penas infames, vexatórias e muitos casos que se aplicavam a pena de morte. Aqui surge a pena privativa de liberdade na substituição as penas corporais¹²

Outra grande conquista do período, foi a extinção absoluta da pena de morte no Brasil.

Outrossim, no período republicano, a partir de 1889, um novo modelo de sociedade se configurava, uma sociedade composta por indivíduos de ideais iluministas, com isto sobreveio a necessidade de alteração do sistema de normas vigente até então. No ano de 1890 foi criado o Código Penal Republicano, ele instituía a pena de Prisão como a principal sanção ao delinquente, previa também, as penas de interdição, suspensão de direitos, perda da função pública e de multa. A maior significância deste código foi o banimento de das penas que afrontavam o principio da dignidade da pessoa humana, dentre eles a pena de morte e castigos corporais.

No último dia do ano de 1940 é publicado o atual código penal, este tem como maior idealizador o jurista Alcântara Machado e como seu principal redator o professor Nelson Hungria. Código este, que valorizou o tecnicismo jurídico e despreza toda análise feita pela criminologia.¹³

O código de 1940, como é sabido de muitos, é utilizado na legislação pátria até hoje, mesmo com inúmeras modificações. Em 1946, a lei 3.274/1957 “declarou a individualização e personalidade exclusiva da pena”, em que consistia que a finalidade central da pena está na busca pela aplicação mais justa e a recuperação social do condenado.¹⁴

Em 1984 houve uma reforma penal, onde toda a parte geral do Código Penal de 1940 fora modificada. Através da lei 7.209/84, elucida René Ariel Dotti “o Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas ideias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais”. Dessa forma, René ressalta cinco linhas fundamentais que caracterizam essa lei, quais são; o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança¹⁵

Como vimos, incontroversamente, ao longo da história, a pena se tornou o meio irrenunciável de controle social, em resposta a infração de normas incriminadoras, justificando-se enquanto sanção penal, de acordo com o entendimento de Antônio García

¹² Ibidem, p. 53.

¹³ SCHECAIRA, Sergio Salomão. Op. Cit. 150.

¹⁴ Ibidem, p. 151.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. Op. Cit..p. 55.

Pablos de Molina¹⁶ como meio a se evitar a vingança privada.

O Direito Penal brasileiro, amarrado a grilhões sempre teve como mote a resposta penal através do cárcere, portanto, o legislador penal ambiental não deveria ter olvidado tal fenômeno, não deveria ter ingressado em uma estrutura de responsabilização da pessoa jurídica se esta, jamais, nunca, poderá receber a principal resposta do sistema penal, qual seja: a pena privativa de liberdade.

Assim, é mister rememorar que o sistema comporta três espécies do gênero penas privativas de liberdade, quais seja reclusão, detenção, previstas no Código Penal e prisão simples, prevista na Lei de Contravenções Penais.

Sob a ótica do legislador de 1940, foram criadas duas penas privativas de liberdade, a de reclusão, destinada à crimes mais graves, prevendo o período máximo de 30 (trinta) anos, e a detenção, com o período máximo de 3 (três) anos, para crimes menos graves.

A pena de reclusão, por ser pensada *a priori* pelo legislador, como sanção destinada a crimes de maior gravidade, consequentemente o seu cumprimento poderá ser fixado inicialmente no regime mais gravoso, qual seja, o fechado. Além de coerentemente permitir sua fixação inicial nos regimes semiaberto e aberto. Por outro lado, a pena de detenção, idealizada para os delitos de menor gravidade, inicialmente não poderá ter o regime fixado no fechado, entretanto, poderá ser cumprida nesse regime em razão de uma regressão de regime.

Uma das características marcantes entre estas duas espécies de pena, reside na prioridade na ordem de execução, conforme prelecionam os artigos 69 e 76, ambos do Código Penal, primeiramente será executada a pena de reclusão por ser considerada a mais gravosa e posteriormente a de detenção.

Tratamos aqui de regime inicial de cumprimento de pena, porquanto no nosso sistema é adotada a execução de forma progressiva, adotando-se o regime menos rigoroso, atendidos alguns requisitos legais, consoante se extrai do artigo 112, da Lei de Execução Penal.

O Código Penal, através da já referida reforma de 84, estabeleceu os três regimes de cumprimento de pena, fechado, semiaberto e aberto, e em seu artigo 33 e parágrafos, tratou de determinar desde logo, os estabelecimentos em que deverão ser cumpridas as reprimendas de acordo com os regimes fixados e distinguindo-os em razão do *quantum* de pena, reincidência e circunstâncias judiciais.

Nos termos do mencionado artigo a pena no regime fechado será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto a pena em regime semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, por sua vez, no regime aberto, a pena deverá ser executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A fixação do regime inicial de cumprimento de pena será determinado observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, assim como o *quantum* da

¹⁶ PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. Op. Cit . 170.

reprimenda e a incidência da reincidência ou não, nesse sentido, o artigo 33, §2º, dispõe que a pena superior a 8 (oito) anos, deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, enquanto o condenado não reincidente, à pena superior à 4 (quatro) e não excedente à 8 (oito) anos, iniciará o cumprimento no regime semiaberto. Ademais, a condenação de apenado não reincidente, com pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos, será executada desde logo, no regime aberto.

Desta feita, extrai-se do texto legal, que o condenado reincidente iniciará o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, independente da quantidade de pena. No entanto, conforme verbete da Súmula 269¹⁷ do Superior Tribunal de Justiça, admite-se o a fixação do regime inicial semiaberto, ao condenado reincidente à pena igual ou inferior à quatro anos, condicionada às circunstâncias judiciais (art. 59, do Código Penal) favoráveis.

Portanto, a fixação do regime de cumprimento de pena não poderá ser motivado exclusivamente na gravidade do delito, como bem assevera o artigo 33, §3º, do Código Penal, devendo observar os critérios previstos no artigo 59, do referido código.

A prisão simples por sua vez, somente será imposta como sanção penal, nos casos de contravenções penais, para tanto, o artigo 6º, *caput* e §1º, da Lei de Contravenções Penais, estabelece que deverá ser cumprida em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, admitindo-se os regimes semiaberto e aberto. Cabe ressaltar, que o condenado à pena de prisão simples, deverá ficar separado dos condenados à pena de reclusão ou detenção.

Por fim, no que tange as penas de reclusão e detenção, a rigor do que se extrai do artigo 92, inciso II do Código Penal, na reclusão, poderá incidir como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos casos de crimes dolosos contra filho, tutelado ou curatelado, efeito este que não poderá incidir nos casos de condenação à pena de detenção.

Além disso, a condenação à pena de reclusão autoriza o magistrado à aplicação de medida de segurança no caso de agente inimputável, sendo que na detenção, apenas lhe é autorizada a aplicação de internação ambulatorial, neste sentido, dispõe o artigo 97 do Código Penal.

Sendo assim, após todo o exposto, têm-se que a pena privativa de liberdade, consistente na separação/segregação do condenado do convívio social, admite as espécies de reclusão, considerada a mais rigorosa, detenção e prisão simples, aplicáveis conforme a legislação impõe, observadas a gravidade do delito.

Portanto, tal aspecto separatista segregatório, o qual é marcante nas penas privativas não pode ser estendido as pessoas jurídicas, as quais não podem ser, por óbvio,

17 É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. (Súmula 269, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135).

enclausuradas. Talvez, olhando, apenas um pouco para lógica do sistema, o legislador ao evolir na sua criação o artigo 21 da Lei 9605/98, entendeu a impossibilidade de restringir a liberdade de uma empresa nos termos acima.

Deste modo, socorreu-se o legislador, a fim de imputar as pessoas jurídicas nos crimes ambientais, das chamadas de penas alternativas, que são penas constituídas com o intuito de evitar a imposição das penas privativas de liberdade, uma vez, que a prisão, é a última *ratio*, devendo ser aplicada em situações extremadas, conforme criação do direito penal clássico.

As penas restritivas de direitos aplicadas alternativamente às privativas de liberdade são definidas por Nilo Batista¹⁸ como um movimento denominado “fuga da prisão” que se iniciara nos anos 70, com o fracasso do tradicional sistema punitivo brasileiro.

Nos termos do artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana;
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Contudo, a lei dos crimes ambientais inova e nos artigos 22 e 23 e traz novas penas restritivas de direito, inclusive, em uma falha de técnica legislativa, tenta diferenciar prestação de serviços à comunidade de outras penas restritivas de direito. Vejamos:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;

¹⁸ BATISTA, Nilo. Op. Cit. p.104. p. 803.

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Ora, a classificação dessas penas, em sede de código penal, se dá em duas espécies, as de natureza reais que abarcam a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, e as de natureza pessoais, abrangendo prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Portanto, prestar serviços à comunidade é ônus, em sede penal, de natureza pessoal. A empresa que presta serviços à comunidade não poderia fazê-lo enquanto pena, e sim enquanto função social ou sanção administrativa. O sistema penal clássico, mais uma vez, repito, está sendo subvertido para encampar institutos que não lhe são próprios, em nome de uma matéria penal expansionista.

Outrossim, quanto a natureza jurídica das sanções alternativas é que essas são substitutivas e autônomas. São substitutivas, pois resultam de um procedimento em que após a aplicação da pena privativa de liberdade realiza-se a substituição por uma ou mais penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos legais, que se encontram elencados no artigo 44 do Código Penal. Além disso, são ainda, autônomas, pois, após serem substituídas não podem ser cumuladas com as privativas de liberdade.

Deste modo, se as penas restritivas de direito tem natureza substitutiva, isto quer dizer, que elas tem o condão de superar aspectos segregatórios, inocuidadores, ou seja, as penas restritivas de direito querem retirar a carga da resposta dos ombros do criminoso, mostrando a esse um caminho menos gravoso de resposta penal. Pena restritiva de direito, visa abrandar a mão pesada do Estado, visa não inocuizar o criminoso, visa dar um tom ameno ao direito penal.

Ora, para substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, no sistema do código penal, devem ser observados requisitos objetivos e subjetivos. São requisitos objetivos, a natureza do crime e a quantidade de pena aplicada. No que se refere à natureza do crime, quando este for doloso, para admitir a substituição da pena, não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Quando o delito for culposos, o entendimento é de que poderá ser aplicada a substituição da pena em todos eles, independentemente se tenha resultado na produção de violência contra pessoa.

No que se refere ao *quantum* de pena o legislador tratou da pena efetivamente aplicada. Nos crimes dolosos, que não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça, a pena máxima deve ser de 4 (quatro) anos. Ademais, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça ¹⁹, no caso de concursos de crimes, para ser admitida a substituição é necessário que a pena total, já aplicada a causa de aumento de pena, não ultrapasse o limite de 4 (quatro) anos. Já nos crimes culposos, independente da quantidade

¹⁹ HC 90.631/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Tuma, j. 21.02.2008.

de pena, podendo ser substituída a pena em todos os casos.

Em atenção aos requisitos subjetivos, contidos no artigo 44 do Código Penal, o primeiro deles é não ser reincidente em crime doloso (art. 44, inciso II). Portanto, a reincidência em crime culposo não obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Excepcionalmente, o Código Penal, no art. 44, §3º, previu a possibilidade de substituição para apenado reincidente, desde que em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado pelo mesmo crime.

Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº. 475118 / SC²⁰, decidiu que a reincidência genérica não obsta a substituição da pena. Vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI N.10.826/2003. PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 44, §3º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O porte de munição, em desacordo com as normas de regência, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, é suficiente para a configuração do delito tipificado no art. 14, da Lei 10.826/03, pois o que se pretende é o resguardo da segurança pública e da paz social. III - Na hipótese, não há que se falar na atipicidade material da conduta praticada ou na incidência do princípio da insignificância, independentemente da pequena quantidade de munição apreendida com o paciente. IV - O art. 44, inciso II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico. V - *In casu*, preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo.

Ademais, ainda no que tange aos requisitos subjetivos, existe a necessidade de atendimento ao que se chama de **princípio da suficiência**, ou seja, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”, é o que estatui o artigo

20 HC 475118/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Tuma, j. 01.03.2019.

44, inciso III do Código Penal. Desse modo, não cabe substituição da pena quando forem fundamentadamente reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Conforme é possível vislumbrar de todo o ordenamento jurídico penal pátrio, não existem tipos penais prevendo como sanção imediata as penas restritivas de direitos. À exceção da pena atribuída ao delito de uso de entorpecentes, previsto no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06, em que impõe imediatamente penas restritivas de direitos, consistentes em advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, bem como a exceção, do que nos é caro, do artigo 21 da lei 9605/98. Ora o artigo 21 da lei crimes ambientais impõe imediatamente penas restritivas de direito aos crimes ambientais cometidos por pessoa jurídica, uma vez que não seria possível, em primeiro plano, fazer uma substituição das privativas de liberdade por restritivas de direito no caso da pessoa jurídica, uma vez que esta nunca poderá ser alvo de penas privativas de liberdade.

Portanto, as penas restritivas de direitos, configuram, no sistema penal brasileiro, em verdade, alternativas à prisão, que apenas deverá ser aplicada em último caso. Desse modo, nosso ordenamento previu a possibilidade da aplicação das penas restritivas de direitos, a fim de evitar o encarceramento quando do preenchimento de determinados requisitos que demonstrem a possibilidade de sua aplicação, como vemos alhures.

Contudo, a legislação penal ambiental deu as costas para essa estrutura e criou, para as empresas, penas restritivas de direito, para crimes que preveem penas privativas de liberdade, como forma de inocuizar essas empresas.

Ora, se a pena restritiva de direito é uma benesse ao sistema e ao réu para não encarcerar demais, para não segregar demais, porque o legislador penal ambiental criou um mecanismo de apenamento à empresa, o qual lhe será, no final das contas, mais benéfico?

A pergunta feita acima é difícil resposta, o legislador penal ambiental se apropriou de um sistema despenalizador (pena restritiva de direitos) a fim de tentar apenas e inocuizar a pessoa jurídica?

Nada faz sentido, a não ser a ideia de que, mais uma vez, estamos diante de um atributo de direito penal expansivo, da pura legitimação de um direito penal midiático e simbólico.

Quanto a pena de multa, é a espécie de sanção penal de cunho patrimonial consistente no pagamento de determinado valor em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A primeira indagação que nos ocorre, quando fazemos o cotejo entre o sistema de penas de multa e a imputação penal da pessoa jurídica é o seguinte: a pena de multa atribuída à pessoa jurídica, eventualmente, infratora ambiental será revertida para o fundo penitenciário?

A lei de crimes ambientais, parece ser omissa quanto a este ponto, aliás, o artigo 24 da 9605/98, fala sobre a liquidação forçada da pessoa jurídica criada apenas para o

cometimento de crimes ambientais, bem como do patrimônio desta empresa ser convertido ao fundo penitenciário nacional.

Ora, a pessoa jurídica não cumpre e nunca poderá cumprir pena no sistema penitenciário, portanto, qual a lógica da pena de multa ou dos valores de liquidação da empresa infratora ambiental serem revertidos em favor do fundo penitenciário nacional?

Caso concordássemos com a imputação penal à pessoa jurídica nos crimes ambientais, seria razoável que a pena de multa a esta atribuída fosse revertida em favor da reparação do dano ambiental, da preservação do meio ambiente ou de políticas de prevenção ao dano e não houvesse uma reversão ao fundo penitenciário. Todavia, o legislador penal ambiental quedou-se inerte sobre tal tema, permitindo que tais multas sejam revertidas ao fundo penitenciário.

Outrossim, continuando a falar sobre a sistemática das multas, o sistema penal brasileiro adotou o critério de dia-multa, em que cada tipo penal tratou de estabelecer a pena de multa, sem estipular seu valor, para tanto se deve utilizar as regras previstas no artigo 49 do Código Penal.

Enquanto a pena privativa de liberdade obedece ao sistema trifásico para fixação da pena definitiva, conforme preceitua a doutrina, a pena de multa obedece ao critério bifásico, sendo que na primeira fase será fixado o número de dias-multa, que pode variar de 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta) e a segunda fase, em que será estabelecido o valor de cada dias-multa a variar de 1/30 (um trigésimo) a 5 (cinco) vezes o salário mínimo.

Deste modo, para estabelecer o número de dias-multa o magistrado deverá analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, assim como eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena.

Além disso, para a determinação do valor de cada dia-multa levar-se-á em conta as condições econômicas do condenado (artigo 60, do Código Penal), cabendo ressaltar que o cerne desta pena é que tenha repercussão considerável no patrimônio do réu.

Assim sendo, o ordenamento pátrio além das penas que impliquem na privação da liberdade do condenado e na restrição de direitos, optou por estabelecer também, a pena de multa, de caráter pecuniário, de modo que a sanção fixada na sentença penal condenatória possa repercutir no patrimônio do apenado.

Importante ressaltar que a pena de multa, conforme o artigo 51 do Código Penal é dívida de valor, portanto, não pode ser convertida em privativa de liberdade, tampouco pode ilidir o devido cumprimento das outras penas.

Assim, em matéria penal ambiental, qual a diferença entre uma multa administrativa e uma pena de multa aplicada a uma empresa, uma vez que pena de multa transforma-se, como já dito, em dívida de valor?

Todas as perguntas feitas acima, demonstram que a resposta penal clássica, que as penas existem na estrutura penal são incapazes, inapetentes, para inocuizar, ou seja, tornar a pessoa jurídica ausente do sistema social, presa a um sistema paralelo.

Todas as penas possíveis à pessoa jurídica, apenas desvelam um caráter dúplice de uma sanção administrativa que esta empresa infratora já irá sofrer.

3.3 Suficiência de alguns instrumentos extrapenais na evitação do dano ambiental causado pela pessoa jurídica.

Como extensamente delineado, a imputação penal por crimes ambientais à pessoa jurídica parece apenas legitimar um sistema de expansão e simbolismo do direito penal, tornando-o o principal instrumento de política criminal e de segurança pública dos Estados.

Não é escopo desta dissertação, desvelar todos os institutos da imputação criminal à pessoa jurídica, bem como não é nossa pretensão sugerir a não imputação criminal da empresa nos crimes ambientais. O que esta pesquisa busca, é apenas desvelar que tal instituto de imputação a uma ficção jurídica, não pode ser ponte, elo, ou meio para implementação de direito penal de exceção.

Não se nega ou se refuta a validade do artigo 225, § 3º da Carta Maior. É certo que a Constituição Federal erigiu um mandato de criminalização à pessoa jurídica no âmbito da tutela ambiental.

Todavia, a obediência a este mandato, a guarda a este instituto, deve ser vista de forma sistêmica, obedecendo os princípios e garantias da estrutura penal clássica, sem fomentar a produção legislativa inflacionária, despicienda de técnica bem democrática e amparada em um direito penal de autores.

3.3.1 Lei de biossegurança: 11.105/2005

Neste escólio, a própria lei penal ambiental brasileira revela um modelo de tutela mais técnica, voltada ao direito penal garantidor. A Lei de Biossegurança, nº 11.105/2005, é exemplo de uma lei, também de cunho penal, que equilibra a tutela de *ultima ratio* com outros ramos do direito, dentro dos princípios inerentes ao sistema criminal.

Assim, a Lei de biossegurança passou a estabelecer mecanismos de fiscalização e de segurança na engenharia genética. Regulando, toda manipulação, transporte, armazenamento, importação, exportação, pesquisa, consumo e descarte de organismos geneticamente modificados, a fim de que esses não prejudiquem a existência de animais, plantas, meio ambiente, bem como o próprio ser humano.²¹

Portanto, essa lei, ainda que careça de melhor técnica, avançou na tutela penal ambiental, sobretudo por respeitar o sistema penal posto. A lei de biossegurança, legislação híbrida, não trouxe invenções no campo da imputação penal à pessoa jurídica, ao contrário, separou a esfera administrativa da esfera penal, bem como, atribuiu à pessoa jurídica sanções administrativas, as quais tem mesmo condão, ou ainda, tem mais impacto do que sanções penais à pessoa jurídica contidas na lei de crimes ambientais. Vejamos:

²¹ PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 378.

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

Art. 21. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as normas previstas nesta Lei e demais disposições legais pertinentes.

Parágrafo único. As infrações administrativas serão punidas na forma estabelecida no regulamento desta Lei, independentemente das medidas cautelares de apreensão de produtos, suspensão de venda de produto e embargos de atividades, com as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa;

III – apreensão de OGM e seus derivados;

IV – suspensão da venda de OGM e seus derivados;

V – embargo da atividade;

VI – interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;

VII – suspensão de registro, licença ou autorização;

VIII – cancelamento de registro, licença ou autorização;

IX – perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;

X – perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;

XI – intervenção no estabelecimento;

XII – proibição de contratar com a administração pública, por período de até 5 (cinco) anos.

Note, as mesmas sanções, inclusive sem tamanha abrangência, acima descritas, estão repetidas no bojo da lei de crimes ambientais, enquanto sanção penal à pessoa jurídica. Ora, trazer tais punições em sede administrativa facilita aplicação destas, tutela de forma mais profícua o meio ambiente e não torna fantasiosa e distante uma tutela penal ambiental, a qual jamais será eficaz, no que tange à empresa.

A lei de biossegurança, nos artigos 24 a 29, faz referência à crimes, traz em seu bojo a imputação penal, contudo, o faz sem pirotecnia jurídica. A imputação criminal nesta legislação se dá em patamares de obediência à culpabilidade, de referência aos princípios da responsabilidade subjetiva criminal, bem como tenta, ao menos, refutar crimes de perigo abstrato e tipos extremamente abertos.

3.3.2 Desconsideração da personalidade jurídica

Sem falar apenas na estrutura penal, existem outras tantas formas suficientes para a evitação do dano ambiental, as quais, certamente, desvelariam um aspecto mais útil e

técnico da legislação.

Assim, é possível eleger instrumentos judiciais e extrajudiciais, sem cunho penal, para tutela ambiental.

Um dos instrumentos suficientes e inovadores para tutela ambiental, certamente, é a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, a fim de, reparação dos danos ambientais. Assim, como destacada Sandro Marcos Godoy²², o artigo 4º da 9605/98 é cristalino ao prever que poderá haver desconsideração jurídica sempre que esta personalidade se mostrar um entrave para a reparação do prejuízo ambiental.

Deste modo, é mister entender a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual é fruto de construção jurisprudencial, notadamente a jurisprudência inglesa e norte-americana.

Faz-se pertinente a discussão do instituto, uma vez que nas relações trabalhistas, relações de consumo, e sobretudo, nas relações ambientais lei 9605/98, normalmente são admitidas pela doutrina e jurisprudência brasileira a possibilidade da decretação da desconsideração da personalidade jurídica, de ofício, pelo juiz da causa por conta da *ratio* em comum que tais diplomas possuem que é a de proteger interesses públicos.

Ora, Sandro Godoy²³, inclusive, destaca que o legislador ao permitir a desconsideração da personalidade jurídica em matéria ambiental não exigiu requisitos, tais como: desvio de finalidade ou confusão patrimonial, abuso de direito, excesso de poder, falência, insolvência, violação dos estatutos sociais e etc., exigiu, apenas, que desconsideração fosse feita quando a personalidade jurídica fosse um obstáculo à reparação do dano ambiental.

Compreende-se ainda sob a ótica de Stajm que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visa-se a tão somente evitar que a personalidade jurídica possa ser utilizada de modo desvirtuado. Afinal, “se os institutos jurídicos passam a existir para facilitar o tráfico econômico, em determinadas situações, estes mesmos institutos não devem servir de escudo para que se possa obter vantagens decorrentes de seu uso, vantagens que não seriam alcançadas de outras formas”.²⁴

Sobre a matéria Pinto acentua que:

Diante deste importante cenário jurídico, aliado também à concepção da função social da pessoa jurídica e da função social da empresa, observa-se que através da teoria em análise, o juiz, em situações de abuso da personalidade jurídica, fraude ou desvio de finalidade, dentre outras hipóteses apontadas em leis de direito substancial, poderá afastar episodicamente a personalidade jurídica da pessoa jurídica para atingir o patrimônio pessoal de sócios e administradores que causaram prejuízos aos seus credores por conta de seu uso indevido. Seria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica forma de sanção por ter alguém se valido abusivamente da pessoa moral. Esta sanção consiste em “*fazer de conta*” que a pessoa jurídica não existe

22 GODOY, Sandro Marcos. Op. Cit. p. 138.

23 GODOY, Sandro Marcos. Op. Cit. p. 138.

24 STAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-71, 2002, p. 68.

para se imputar a dívida à pessoa física ou a outra pessoa jurídica que conste em sua constituição. Não deve a desconconsideração da personalidade jurídica ser confundida com a responsabilidade dos sócios, pois a depender do modelo societário, como no caso das sociedades simples, a responsabilidade do sócio com a sociedade será solidária²⁵.

Nesse sentido, aquele que utilizar do véu conferido à personalidade jurídica, mediante sua autonomia patrimonial, com o fito de lesar o meio ambiente, desvirtuando-se da real finalidade para que foi criada a personalidade jurídica, será desconconsiderado e terá seus bens patrimoniais pessoais atingidos para a satisfação do prejuízo, por meio da instauração do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica.

Ora, como dito alhures, se um dos instrumentos da imputação criminal ambiental à pessoa jurídica é também a imputação aos sócios e gestores da pessoa jurídicas, as pessoas físicas, haja vista que tais sócios e gestores podem utilizar a empresa como seu escudo, o que dizer da desconconsideração da personalidade jurídica, como vimos acima? Sem dúvida, os institutos processuais civis, estão melhor aparelhados para transpor este escudo e punir não só a pessoa jurídica como seus sócios, sendo desnecessário qualquer tutela pena nesse sentido.

Outrossim, a desconconsideração da personalidade jurídica está calcada no princípio da reparação integral do dano ambiental, haja vista que a preservação ambiental deve ser totalmente abrangente, uma vez que reverbera no ser humano. A reparação do dano, é mais do que a simples compensação ao meio ambiente, contudo, é também a ideia de prevenção a danos futuros, o que, por certo, tal instituto encampa²⁶.

Tem-se, deste modo, que o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica tem uma função protetiva nas relações sociais com o meio ambiente, assim como para os próprios sócios, uma vez que desvirtuada a finalidade da pessoa jurídica com o intuito de lesar a fauna a flora, o meio ambiente cultural e etc., mediante a devida comprovação, ocorrerá a desconconsideração da pessoa jurídica com o afastamento da autonomia patrimonial e atingimento de bens particulares dos envolvidos, o que parece, como já delineado, um aspecto de integral proteção ao meio ambiente, desvelando a desnecessidade de uma imputação penal ambiental à pessoa jurídica, a qual inclusive, nesse caso, poder ser relativizada.

3.3.3 Ferramentas de gestão sustentável

Acima, foi possível vislumbrar alguns instrumentos, formas judiciais, extrapenais, de tutela ao meio ambiente, as quais, inclusive podem atingir a pessoa jurídica sem criminalizá-la e sem, portanto, inflar o sistema penal.

Contudo, os instrumentos de defesa ao meio ambiente nem sempre previsão ser

25 PINTO, Henrique Alves. **O incidente da Desconconsideração da Personalidade Jurídica do novo CPC: Breves Considerações**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. n° 77, maio. 2015-ago. 2015. P. 80. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580600.pdf, acesso em 28/12/2019.

26 GODOY, Sandro Marcos. Op. Cit. p. 140.

judicializáveis, nem sempre precisam provocar a jurisdição, devem ser estes também preventivos, haja vista a dificuldade de recuperação ambiental depois que degradação já foi levada à cabo. Portanto, evitar o dano através de institutos, além de extrapenais, extrajudiciais talvez seja o melhor caminho para conservação do meio ambiente e desjudicialização desse tipo de demanda, a qual é cara, morosa e pode não dar ao meio ambiente o *status quo ante*²⁷.

Assim, o desenvolvimento sustentável das cidades, dos estados, do país em que vivemos, não pode ser pensado simplesmente, para cumprir uma obrigatoriedade, mas sim para que possa ocorrer uma perspectiva de progresso e desenvolvimento verdadeira sustentável nos habitats humanos. Neste mote, nossa forma de habitar, precisa passar por uma profunda reformulação na forma de gerir, direcionar, encampar, tanger seus recursos, estratégias e políticas de preservação do meio ambiente.

Assim, as cidades, os estados, o país, como também já demonstrado, são o verdadeiro habitat do nosso modelo de sociedade, são a morada imediata da civilização contemporânea, as estruturas que acolhem e são identidade àqueles que procuraram refúgio, melhores oportunidades, inclusão econômica e social.

Deste modo, a forma como esses espaços são geridos e comandados, a forma como o seu dia a dia acontece, deve obedecer ao sustentável, deve propiciar a existente perene deles. As condições necessárias de vida humana devem ser mantidas, sustentadas nas em território de vida, a fim de que a sua busca e sua acolhimento seja cíclico.

Ferramentas, tais como o Plano Diretor, Tributos e Extrafiscalidade, Licenciamento Ambiental, Avaliação Ambiental Estratégica, etc., enquanto forma de gestão sustentável, devem conduzir o destino repetível das políticas ambientais e não criminais, o qual é propiciar a existência imediata do ser humano. Desta feita, devem contemplar estratégias para mobilidade urbana, vias de acesso, trafegabilidade, carga e descarga de grandes mercadorias, ciclo vias, descarte de lixo e resíduos por empresas, local de construção da indústria, estrutura de lançamento de poluentes dentre outros, as quais previnem o dano ambiental.

Outrossim, a política ambiental sustentável deve traçar estratégias para implementar ou reestruturar uma legislação tributária profícua, vontade para prevenção do dano. Deve preocupar-se com cadastros populacionais multifinalitários, fazendo o levantamento de questões, tais como: onde as empresas se instalam, por exemplo, as condições dessas empresas, se tem estrutura básica para impedir desastres e danos ambientais.

Nada obstante, uma gestão sustentável, através de uma política ambiental e não criminal, passa pelo olhar das regulamentações e proteções ao patrimônio histórico cultural, bem como as regulamentações de áreas arborizadas, praças, parques e sítios destinados ao lazer e a cultura de toda estrutura de habitat humano.

Através desta gestão sustentável, cíclica, ferramentas, tais como o Plano Diretor,

²⁷ Ibidem, p. 77.

de forma natural, de forma automática e sem impactos, conseguiram fazer uma gestão, também sustentável, das empresas e dos resíduos destas, prevendo onde serão destinados, alocados, inseridos de forma correta no espaço ambiental que também é das pessoas.

Toda esta gestão, pode ser feita, conforme já dito, através de instrumentos como o IPTU progressivo, zoneamento ambiental, dentre outros. Sem uma gestão sustentável das políticas ambientais, incorremos no risco de tornar os nossos espaços inabitáveis, de expulsar as pessoas de suas casas as empresas de suas áreas de fundação. O refugiado ambiental, já é uma realidade nas sociedades contemporâneas. O ser humano já foge do seu habitat, com escopo de buscar sustentabilidade, veja-se:

Segundo dados da Cruz Vermelha, aproximadamente 25 milhões de pessoas podem ser consideradas refugiados ambientais, o que é muito expressivo diante dos que são forçados a abandonar seus lares em decorrências de guerras ou perseguições políticas.

O refugiado ambiental ou climático, reitera-se, é forçado a emigrar a sua terra natal em decorrência de alterações climáticas: desertificação, elevação do nível dos mares, secas e interrupção de eventos climáticos sazonais, como as monções.

O século XXI tem oferecido esse problema. Os primeiros a enfrenta-lo, em 2005, foram os habitantes das Ilhas Carteret, na Papua-Nova Guiné, que evacuaram o arquipélago em razão da subida no nível do mar, resultado do aquecimento global.²⁸

Gerir mal o descarte de resíduos e poluentes emitidos pelas empresas, não transforma-lo em estrutura sustentável, significa fadar o habitat humano ao desaparecimento. As pessoas, vão seguir uma tendência, vão buscar refúgio em locais sustentáveis, os quais não estão condenadas ao superaquecimento, ao desmoronamento de encostas, aos alagamentos, ou seja, toda aquela ação humana, através de empresas. de degradação, a qual ocorre por ausência de gestão devida.

Por outro lado, a desertificação e a degradação ambiental geraram a migração de aproximadamente 10 milhões de africanos, nos últimos 20 anos. Em 1995, a elevação do mar desabrigou meio milhão de pessoas na ilha de Bhola, em Bangladesh; no Alaska, a população da cidade de Shishmaref deve ser evacuada proximamente, porque subiu demais o nível do oceano.

Há pouco, vivenciamos situação dessa natureza no Brasil, com o ingresso de milhares de haitianos, refugiados em decorrência do terremoto que assolou aquela república caribenha. No oriente, situação similar foi vivida no Japão, com o *tsunami* que atingiu o norte do país. Ou seja, as situações estão se multiplicando e o homem, por uma outra razão é responsável pelos acontecimentos.

No Brasil, a legislação é incipiente, necessitamos de cuidar, ao lado da conservação ambiental, da possibilidade de receber refugiados climáticos, considerando inclusive a ocorrência interna desse fenômeno, de que são exemplos os milhares de nordestinos que, fugindo das secas, recorrem às

28 FILHO, Georzenor de Sousa Franco. **Refúgios e Refugiados Climáticos – Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII, ed. 406, Consulex, 2013, p. 49.

Divergindo, em parte, do texto acima apresentado, a legislação brasileira, extrapenal, em matéria de conservação ambiental não parece incipiente. Instrumentos tais como Plano Diretor, Tributos e Extrafiscalidade, Licenciamento Ambiental, Avaliação Ambiental Estratégica e suas ferramentas de gestão ambiental sustentável, como já descrito, parecem ser profícuas em evitar o desaparecimento dos habitats humanos, a fugas destes e seu completo esquecimento.

Este é o escopo deste trecho do trabalho, desvelar a necessidade e demonstrar a existência de uma legislação integradora em matéria de gestão e sustentabilidade ambiental, a qual é paralela ao sistema penal e, sem dúvida muito mais eficaz, a qual tem o poder de controlar à pessoa jurídica sem precisar imputa-la penalmente e subverter o sistema de garantias.

3.3.4 Direito de intervenção

De outra forma, podemos verificar que Hassemer²⁹ apresenta uma solução para os problemas do Direito Penal moderno, a qual parece poder se adequar a tutela penal ambiental. Assim, defende “(...) uma redução do Código Penal a um “Direito Penal nuclear” (Kernstrafrecht), sobre cujos limites deve-se discutir no caso isolado”. Acrescenta que “certamente pertencem a este Direito Penal todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos, e pertencem a esse também, os perigos graves e visíveis (...)”.

Hassemer³⁰ propõe a criação de um “direito de intervenção”. Em resumo, o direito de intervenção se encontra entre “o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público (...)”. O direito de intervenção se caracteriza pela flexibilização de garantias, mas com sanções “menos intensas aos indivíduos”.

Ora, para o autor, supracitado, o direito penal da expansão, oriundo desta sociedade de risco, não é mais um ator da política pública. Este direito penal, é realizador da política pública.

O direito penal expansionista, oriundo do risco, não é limitador do poder estatal, não é limitador da barbárie estatal ou limitador da mão forte do Estado, o direito penal expansionista é aliado do estado e legitima a utilização na força máxima da intervenção.

Por isso, a necessidade de soluções, tais como a dada pelo autor supra citado, direito de intervenção. Note-se, este trabalho não tem a pretensão de esgotar a teoria acima referida, bem como não a pretensão de sugerir que esta seja a solução para freio da expansão do direito penal, ou o controle científico, técnico dos riscos calcados em nossa sociedade contemporânea.

Tal trabalho de finalização de mestrado, pretendente apenas apresentar algumas possibilidades, a quais devem ser, à posteriori, profundamente analisadas, a fim de que o direito penal ambiental encontre limitação na sociedade de riscos.

²⁹ Ibidem, p. 156.

³⁰ Ibidem, p. 156.

Deste modo, resta evidente que o direito penal, como já dito, em sua origem clássica iluminista, não consegue suportar, comportar dentro de estrutura este novel modelo penal, difuso, célere, oriundo do risco, emergencial, que visa punir uma criminalidade de fundo econômico, empresarial. Este novo modo de conduta social pernicioso, necessita de um novo olhar de uma nova fórmula de combate.

Portanto o direito de intervenção, por exemplo, retira das “costas” do direito penal o peso de solucionar os desvios da estrutura e devolve ao direito penal a sua verdadeira essência, o seu verdadeiro mote, qual seja: um mote clássico, tradicional, garantidor de liberdade individuais e limitador do arbítrio estatal.

Este trabalho, não entende que a mudança, que expansão do direito penal seja um caminho sem volta, este trabalho tenta demonstrar que talvez possam existir outros caminhos para conservação do direito penal clássico.

Ana Carolina Oliveira³¹ ao explicar o direito de intervenção de Hassemer pondera que o direito de intervenção não é direito penal mais leve, mais brando, não é uma faceta do direito administrativo, contudo, é um novo ramo do direito, é um novo mecanismo de controle social, que consegue intervir em questões difusas e coletivas, em questões econômicas e empresariais. Assim, o direito de intervenção encontraria limitações nas liberdades individuais, não extrapolaria estas, restringindo a atuação do direito penal, vedando imputações penais coletivas e a produção de tipos abertos. O direito de intervenção tutelaria as condutas de perigo abstrato, desvelaria uma antecipação de tutela, e buscaria a prevenção de delitos, os quais, eventualmente, poderiam desaguar na esfera penal.

Note-se, um direito de intervenção, por exemplo, atenderia aos reclamos do mercado, os quais não são atendidos pelo direito penal clássico. Desta feita, meio ambiental e mercado estão entrelaçados, nada melhor que tal sugestão.

Contudo é importante desvelar, conforme explicita Ana Carolina Oliveira³², a ideia de intervenção é ainda precária, precisa ser burilada, decantada, ainda é instrumento que necessita de estrutura doutrinária, que carece de melhor investigação.

Contudo, tal instrumento pode fazer com que o direito penal ambiental não seja apenas um mero produto do risco, um filho da expansão, mas sim um disseminador de uma tutela penal técnica, limitadora do estado e garantidora da individualidades.

Sem dúvida, a atual realidade da tutela penal ambiental mostra que o processo de disseminação dos riscos está a todo vapor. Ora, se hodiernamente tudo se mostra como uma possível ameaça à vida em sociedade, podendo-se falar em “sociedade de risco” ou mesmo em “era das incertezas”, é esperado que se busque de alguma forma combater os males decorrentes da globalização. O problema, todavia, reside no fato de atribuir e expandir ao Direito Penal a função de proteger todo e qualquer bem jurídico, os quais poderiam ser tutelados por outro ramo do direito ou por outra via como, por exemplo, o Direito de Intervenção, no caso da tutela ambiental estatal.

31 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. O Direito de Intervenção e o Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. p. 48/53. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

32 Ibidem, p. 48/53.

CONCLUSÃO

O uso do Direito Penal como *prima ratio* não se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito. A tendência expansiva do Direito Penal em sua faceta ambiental, criminalizando condutas praticadas por ente ficcional, tal qual a pessoa jurídica, vivenciada pelas sociedades contemporâneas ocidentais, tem colocado em xeque os limitadores da intervenção penal. O fato é que quando se utiliza demasiadamente do Direito Penal, sobretudo para tutelas, as quais podem ser atingidos por estruturas legais e extralegais diferentes, valores como liberdade e segurança são invertidos, abrindo as portas para o abuso do poder punitivo estatal e parca punibilidade.

Do mesmo modo, a intervenção penal ambiental deve ser proporcional. Portanto, é necessário o equilíbrio entre a gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado e a pena correspondente. Todavia, em direção oposta ao ideal de proporcionalidade, tem caminhado a tutela penal ambiental contemporânea, que prima pelo punitivismo e simbolismo, quando da imputação criminal inócua a uma empresa ou indústria, a fim de ver-se apenas repetir-se as sanções civis e administrativas aplicadas sobre esta. Em tempos de expansão penal, não é exagero dizer que garantismo penal fica relegado, a fim de vermos crescer uma sensação de punitivismo através de bens jurídicos importantes como o meio ambiente.

A luta contra a maximização do Direito Penal é hercúlea, mas necessária. Os reconhecidos limites à intervenção penal (ofensividade, culpabilidade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, etc.) são constantemente ignorados pelos atores penais. Sem a devida observância a esses limites, a contenção do expansionismo penal se torna difícil.

O conceito de bem jurídico é um importante limitador do *jus puniendi* do Estado, quando se aduz à proteção do meio ambiente. A função do Direito Penal em seu viés ambiental é tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Assim, todo arcabouço penal deve sempre proteger um bem jurídico fundamental contra uma lesão ou perigo (real) de lesão. Não existindo bem jurídico, ilegítima é a intervenção penal.

Com o surgimento de novos riscos, decorrentes do processo de globalização, exsurge o fenômeno da expansão do Direito Penal, o qual provocou uma explosão de novos bens jurídicos, muitos deles, já administrativamente ou civilmente tutelados, levando a uma ampliação da tutela penal. Outrossim, a sensação social de insegurança, a crença de que o Direito Penal é o único ramo do direito capaz de proteger a sociedade e meio ambiente contra todos os males, faz evoluir a produção legislativa penal simbólica.

No que tange aos efeitos, pode-se apontar: flexibilização de garantias penais e processuais, Direito Penal como *prima ratio* do Estado, hipertrofia penal, afronta aos princípios basilares do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ausência de inocuidade etc.

Por fim, o que se percebe com a tutela penal ambiental e, sobretudo, com a imputação

penal à pessoa jurídica é uma ausência de técnica e de consciência estrutural do sistema, o qual decide punir um ente criado pela lei, com sanções repetíveis no plano administrativo e civil, apenas como forma de desvelar uma ideia de proteção e guarda à constituição e ao meio ambiente de forma mais eficaz. Contudo, nada disso é tecnicamente verdadeiro o eficaz, a tutela penal ambiental com a responsabilização da pessoa jurídica, tal qual pode ser visto na legislação atual, lei 9605/98, é uma falácia, um engodo, um embuste, qual propaga uma sensação de uma proteção abrangente, contudo, como ficou demonstrado no presente trabalho, não existe é inócua e pode ser substituída por outras formas mais eficazes, brandas e coerentes de proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. Seleção de textos: Jorge Mattos Brito de Almeida. Tradução de Juba Elisabeth Levy et al. 5.^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ANDRADE, Schumacker. **O Direito Penal na atualidade**. Disponível em: <<https://schumackerandrade.jusbrasil.com.br/artigos/318964111/o-direito-penal-na-atualidade>>

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANJOS, Priscila. Faria. Legislação do pânico: Análise do rigor punitivista sob a influência do fenômeno da vítima/herói. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, v. 3, p. 38, 2015 Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/7191>>

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília-São Paulo: Editora Universidade de Brasília-Ática, 1988.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA, Thais; PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, 2017, p. 13. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174993/4/eBook_CriminologiaTecnologia_em_Seguranca_Publica_UFBA.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.^a ed. rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 1998.

BELTRÃO, Antonio F. G. **Entrevista à Revista Jurídica Consulex**. Ano XVIII, ed. 415, Consulex, 2014.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 475118 / SC2018/0277 295-4. Relator: Ministro Felix Fischer. Dje:01/03/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REINCLIDENCIA+GENERICA++SUBSTITUI%C7%C3O+DE+PENA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade Transformando Direito e Governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOTELHO, Júnior, Falkner de Araújo. O direito penal do inimigo e o princípio da dignidade humana: (in)compatíveis?. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19506&revista_caderno=3>.

BURKE, Anderson. **Vitimologia - Manual da Vítima Penal**. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2019.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Perseu Abramo, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Tradução de Flavia Valgiusti. Buenos Aires. BdeF, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAVID, Marcos Vinícius Nespolo de. **Direito Penal do Inimigo**: Realidade e Eficácia. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/marcos_vinicius.pdf>.

DELMAS MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, 2015. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.1: teoria geral do direito civil- 31 ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

FALCÃO, João Henrique Santana. **O Direito Penal: Função, a Criminalização e a Descriminalização**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13372-13373-1-PB.pdf>>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA, Iago Oliveira. **A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n.3, p. 149-188, set./dez., 2014.

FILHO, Georgeton de Sousa Franco. **Refúgios e Refugiados Climáticos – Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII, ed. 406, Consulex, 2013.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. **Direito Urbanístico**. 2ª Edição: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. 7ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (Trad.). Rio de Janeiro: LTC, 2004.

GODOY, Sandro Marcos. **O Meio Ambiente e a Função Socioambiental da Empresa**. 1ª ed. Birigui/SP: Editora Boreal, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev/mar. 2003.

INCERTEZAS fabricadas. Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck. In: **Amaivos, Inteligência e Tecnologia a serviço do amor**. 2 jun. 2006. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal - parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 01-03.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HAUSER, Ester Eliana. **Política Criminal**. Ijuí, 2010. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2752/Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf?sequence=1>>.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**: arts. 1º ao 10º. 5ª ed. vol. 1. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 5. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral, 4. ed. – São Paulo: Saraiva 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3ª ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. Tradução de Silvia Pappe et al. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Responsabilidade penal: aspectos polêmicos. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALARRÉ, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em debate**. São Paulo: RT, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Parte Geral** .2.ed.rev. e. atual.Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada**. 6.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Válerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELO, Marcos. **A ilusão do sistema penal**: o medo e a sensação de insegurança como formas de controle social. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. UFRGS.vol.4.n.2.2016.

MENEGAT, Isabela Costa & FERREIRA, Laura Pinto & MENUCCI, Julia Monfardini. **A influência da mídia no processo penal**. Periódicos.UFPB. Ano XII, n.01. Janeiro/2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/tematica/article/viewFile/27415/14725>>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional.4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal**: o “Direito Penal do Inimigo”. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2006.

_____. **Direito Penal do Inimigo a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **O Estado de Exceção e a Seleção de Inimigos pelo Sistema Penal: Uma Abordagem Crítica No Brasil Contemporâneo**. 2008. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15.ed. rev. e atual.-Rio.de Janeiro LumenJuris, 2011.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

PINHEIRO, Raphael Fernando. A teoria do direito penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_artigos_leitura&artigo_id=11334>.

PINTO, Victor Carvalho Pinto. **Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PINTO, Henrique Alves. **O incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica do novo CPC: Breves Considerações**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. nº 77, maio. 2015-ago. 2015. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580600.pdf.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º ao 120. 11ª ed. rev. atual e ampl. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Reincidência criminal entenda. Politizei, 28 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/reincidencia-criminal-entenda/>>.

RAMOS, Jonas Machado. **Paradigma penal contemporâneo**: o estado penal como estado de exceção permanente. 2007. 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2007.

- RAMÍREZ, Juan Bustos. Inseguridad y lucha contra el terrorismo. In: LOSANO, Mario G.; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**: “cedant arma togae”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 403-410.
- RIBEIRO, Gabrielle Carvalho; FREIRE, Mariana Belchior Ribeiro. **Funções da pena: paradoxos fáticos da teoria preventiva**. ESMARN: Revista Direito e Liberdade. Vol. 13, n 12. jul/dez, 2011.
- RODRIGUES, Lincoln Almeida; LYRAJUNIOR, Richard Paes. Direito penal do inimigo, esse desconhecido. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10157&revista_caderno=3>.
- RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.
- SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- SCHNEIDER, Gabriela. A sociedade da insegurança e o legislador atento e decidido. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13450>.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANT'ANA, Ana Maria de. **Plano Diretor Municipal**. São Paulo: Leud, 2006.
- SANTINI, Campos. Thiago. **A expansão do direito penal do inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria, 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1>.
- SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo, RT, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal. **Senatus**. Brasília, v.8, n.2, p. 30-36, out. 2010.
- SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988. ISSN 2238-5177. p.21 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>>.
- SILVA, Julier Sebastião da. **Direito Penal do Meio Ambiente: um estudo do contexto internacional com ênfase no caso britânico e brasileiro**. Cuiabá: Entrelinhas, 2013.
- SILVA, Carlos Henrique Dantas da. **Plano Diretor: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Michael César; THIBAU Vinícius Lott. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Novo Código de Processo Civil**. *RJLB*, Ano 2 (2016), nº 1. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1407_1444.pdf.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STAJN, Rachel. **Desconsideração da personalidade jurídica**. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade**: Do “estado de exceção” da violência sem memória ao “estado de exceção” da excepcionalidade do concreto. *PUC RS VERITAS*. Porto Alegre, v. 51, n. 2, Junho, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOMAZETTE, Marlon, **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, volume 1 - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELÁSQUEZ, Fernando V. Globalización y Derecho Penal. In: LOSANO, Mario G.; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **El Derecho ante la Globalización y el terrorismo**: “cedant arma togae”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 185-208.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A Dimensão (Des)Humana do Processo de Expansão do Direito Penal**: o papel do medo no e do Direito Punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares. 2010. 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAN, Maria Lúcia (org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17-38.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. **Direito e Cidadania**. Praia, ano III, n. 8, p.71-96, 1999-2000.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena ;2015.

A RESPONSABILIDADE PENAL
DA PESSOA JURÍDICA:

LEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL EXPANSIONISTA NAS INFRAÇÕES PENAIS AMBIENTAIS

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 @atenaeditora

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

A RESPONSABILIDADE PENAL
DA PESSOA JURÍDICA:

**LEGITIMAÇÃO DA TUTELA
PENAL EXPANSIONISTA NAS
INFRAÇÕES PENAIS
AMBIENTAIS**

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br