FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – MESTRADO EM DIREITO
LUCIMARA APARECIDA SILVA ANTUNES DE OLIVEIRA

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OFENSIVIDADE: PARÂMETROS PARA SUA UTILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Nova Lima
2022

LUCIMARA APARECIDA SILVA ANTUNES DE OLIVEIRA

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OFENSIVIDADE: PARÂMETROS PARA SUA UTILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito nas Relações Econômicas e Sociais na Faculdade de Direito Milton Campos como requisito parcial para obtenção do título de mestre.
Linha de pesquisa: Relações Econômicas e Sociais, Estado Democrático de Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luciano Santos Lopes

Nova Lima

2022

OLIVEIRA, Lucimara Aparecida Silva Antunes de.

O48 c Crimes de perigo abstrato e ofensividade: parâmetros para sua utilização constitucional para a proteção de bens jurídicos. / Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2022.

149 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Santos Lopes.

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção de título de Mestre, área de concentração em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, Faculdade de Direito Milton Campos, 2022. Instituição de Ensino Superior (IES) do Grupo Ânima Educacão.

Referências: f. 145 - 149

1. Crime de perigo abstrato. 2. Bem jurídico. 3. Teoria do delito. 4. Administrativização do direito penal. 5. Ofensividade. I. Lopes, Luciano Santos. II. Faculdade de Direito Milton Campos. IV. Título.

CDU 343.232
343.232(043)

Ficha catalográfica elaborada por Tissiane Vieira - CRB6-2839

LUCIMARA APARECIDA SILVA ANTUNES DE OLIVEIRA

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OFENSIVIDADE: PARÂMETROS PARA SUA UTILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais e aprovado em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito da Faculdade Milton Campos

Nova Lima, 13 de dezembro de 2022.

_____

Prof. e orientador Dr. Luciano Santos Lopes
Faculdade Milton Campos

_____

Prof. Dr. André Rubião
Faculdade Milton Campos

_____

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus filhos Ana Luiza Antunes de Oliveira e Luiz Eduardo Antunes de Oliveira que, como presentes de Deus, são os motivos para eu querer ser alguém melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por realizar este sonho que eu nutria desde a graduação. Ao longo da minha caminhada, cheguei a pensar que era um objetivo impossível, e que o mestrado era para aqueles que dispunham de mais tempo, energia e condições financeiras do que eu. Deus provou ser fiel mais uma vez e me permitiu realizar este sonho, me fortaleceu em cada momento em que senti medo. Agradeço aos meus filhos, Ana Luiza e Luiz Eduardo, que enchem meus dias de alegria e me dão forças para lutar mesmo diante de medo e angústia. Aos meus irmãos amados por compreender minha ausência durante este processo. Deferência a cada professor que contribuiu para minha formação em todos os níveis, cada um ao seu modo, com empatia, cordialidade e excelência. Aos amigos, meu profundo agradecimento, por aliviarem meu fardo com seu carinho e disponibilidade. Aproveito para honrar a Dra. Ionice Neves, que foi fundamental para que eu desse esse passo de coragem, rumo a este sonho realizado. E, por derradeiro, imenso carinho ao meu professor orientador, Dr. Luciano Santos Lopes, por me guiar e conduzir, contribuindo para a realização desse intento acadêmico tão importante.

RESUMO

O Direito Penal tradicional volta-se, em regra, para a repressão de condutas lesivas a bens jurídicos individuais ou individualizáveis. Com o surgimento ou o reconhecimento de valores que transcendem o indivíduo, o Direito Penal passa a cuidar da prevenção de danos contra esses bens, o que ensejou a sua expansão para áreas que até então eram tratadas na órbita civil ou administrativa, o que fez surgir um espaço de regulação coercitiva que gravita entre os diversos ramos do Direito. O Direito Penal atua nesse contexto por meio de crimes de perigo abstrato, o que ocasiona por vezes a sua administrativização. Surge então o questionamento: quais são os parâmetros a serem observados pelo legislador para o uso dos tipos de perigo forma constitucional? Para responder ao questionamento, parte-se da hipótese de que a tipificação de condutas abstratamente perigosas será constitucional quando não se tratar de coerção para o cumprimento de deveres para com a Administração e quando o Direito Penal não for usado como sucedâneo de normas administrativas oriundas da função administrativa ordinária. Para atender ao proposto, analisa-se o tipo penal, constatando-se que nele deve conter o bem jurídico, a descrição do perigo não permitido e a ofensividade. Objetiva-se ainda a análise do tipo penal constituído pelo bem jurídico e pela ofensividade bem como dos crimes de perigo abstrato. Com o fim apresentar a linha divisória entre os crimes de perigo abstrato e a administrativização do Direito Penal, faz-se um estudo do artigo 51 da Lei 9.605 de 1998 o que possibilitou apresentar alguns parâmetros para tipificação de condutas como crimes de perigo abstrato de forma legítima. O estudo é feito à luz do funcionalismo teleológico teorizado por Claus Roxin, cuja principal contribuição foi a introdução de valores político-criminais na teoria do delito, tendo-se como função primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos de forma subsidiária. Pelo método hipotético-dedutivo e por análise doutrinária, bem como com a comparação entre alguns dispositivos legais, foi possível confirmar a solução hipotética como adequada, ou seja, os crimes de perigo abstrato são compatíveis com a Constituição quando forem alicerçados na proteção de bens jurídicos e contiverem a ofensividade na descrição da conduta, não podendo ser utilizados como meio para o cumprimento de normas administrativas, uma vez que a função administrativa não constitui um como bem jurídico-penal.

Palavra-chave: Crime de perigo abstrato. Ofensividade. Bem jurídico. Administrativização do Direito Penal. Assessoriedade administrativa

ABSTRACT

As a rule, traditional criminal law focuses on the repression of conducts that harm individual or individualized legal assets. With the emergence or recognition of values that transcend the individual, criminal law is now concerned with the prevention of damage to these goods, which has led to its expansion to areas that were previously dealt with in the civil or administrative sphere, creating an area of coercive regulation that gravitates between the various branches of law. Criminal Law acts in this context through crimes of abstract danger, which sometimes leads to its administrativeization. The question then arises: what are the parameters to be observed by the legislator for the use of the types of danger in a constitutional way? To answer the question, we start from the hypothesis that the typification of abstractly dangerous conduct will be constitutional when it is not coercion for the fulfillment of duties to the Administration and when the criminal law is not used as a substitute for administrative rules arising from the ordinary administrative function. In order to meet the proposal, the criminal type is analyzed, noting that it must contain the legal asset, the description of the non-permissible danger and the offensiveness. The objective is also to analyze the criminal type constituted by the legal asset and the offensiveness, as well as the crimes of abstract danger. In order to present the dividing line between crimes of abstract danger and the administrativeization of Criminal Law, a study of article 51 of Law 9.605 of 1998 is made, which made possible to present some parameters for the typification of conducts as crimes of abstract danger in a legitimate way. The study is made in the light of the teleological functionalism theorized by Claus Roxin, whose main contribution was the introduction of political-criminal values in the theory of crime, having as its primary function of criminal law the protection of legal assets in a subsidiary way. By the hypothetical-deductive method and by doctrinal analysis, as well as with the comparison between some legal provisions, it was possible to confirm the hypothetical solution as adequate, that is, crimes of abstract danger are compatible with the Constitution when they are based on the protection of legal assets and contain the offensiveness in the description of the conduct, and cannot be used as a means for the enforcement of administrative rules, since the administrative function does not constitute a legal-penal assets.

Key-words: Abstract Danger Crime. Offensiveness. Legal Asset. Administrativization of Criminal Law. Administrative advisability.

LISTA DE SIGLAS

CP – Código Penal

CR – Constituição da República

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

LCA – Lei de Crimes Ambientais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: TEORIA DO BEM JURÍDICO 15

2.1 CONCEITO E FUNÇÃO DO TIPO PENAL COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE **15**

2.1.1 Considerações sobre o tipo penal 17

2.1.2 Tipo penal na perspectiva funcionalista 22

2.1.3 As funções do tipo 27

2.2 A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DO TIPO **30**

2.1.1 Considerações sobre o bem jurídico-penal 30

2.2.2 Bem jurídico e política criminal 38

2.2.3 Espécies de bens jurídicos 42

2.2.4 Novos bens jurídicos e a gestão de riscos pelo direito penal 44

2.3 OFENSIVIDADE COMO PRINCÍPIO E SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DO TIPO **50**

2.3.1 Ofensividade e espécies de delitos 51

2.3.2 Ofensividade no tipo penal 54

3 O PERIGO ABSTRATO COMO TÉCNICA DE LEGIFERAÇÃO 58

3.1 CRIMES DE PERIGO CONCRETO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO **58**

3.1.1 Crimes de perigo concreto 60

3.1.2 Crimes de perigo abstrato 63

3.2 A PRESUNÇÃO DE PERIGO ABSTRATO:ABSOLUTA OU RELATIVA? **68**

3.2.1 Presunção absoluta de perigo 69

3.2.2 Teses intermediárias 72

3.2.2 Presunção relativa de perigo 73

3.3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO **75**

3.3.1 Parâmetros Constitucionais de legitimidade dos crimes de perigo abstrato 76

3.3.2 A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato mediante uma releitura do princípio da ofensividade 80

4 ANÁLISE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 51 DA LEI 9.605 DE 1.998: BEM JURÍDICO PROTEGIDO E OFENSIVIDADE....87
4.1 O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL....87
4.1.1 Tutela penal do meio ambiente....88
4.1.2 Meio ambiente como bem jurídico constitucional....93
4.2 TÉCNICAS LEGISLATIVAS PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL....94
4.2.1 Crimes por acumulação....95
4.2.2 Normas penais em branco....100
4.2.3 Reenvio à norma administrativa - a assessoriedade administrativa....102
4.3 O TIPO PENAL DE COMERCIALIZAR MOTOSSERRA SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE....107

5 RESOLVENDO O CASE....110
5.1 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL....110
5.1.1 Causas e expressões da administrativização do direito penal....110
5.1.2 Alternativas teóricas à administrativização do Direito Penal....116
5.2 ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E ILÍCITOS PENAIS....124
5.3 A LINHA DIVISÓRIA ENTRE A CONSTITUCIONAL UTLIZAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL....130
5.4 O ARTIGO 51 DA LEI 9.605 DE 1998: INCONSTITUCIONALIDADE....135

6 CONCLUSÕES....141

REFERÊNCIAS....145

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento de novos riscos inerentes à sociedade pós-industrial, o Direito Penal, cuja função era a proteção de bens jurídicos, em regra individuais, contra danos efetivos, passou a ter que tratar do perigo de dano, antecipando-se ao perigo concreto, com o uso mais frequente de tipos de perigo abstrato. O uso dessa técnica legiferante é causada pela expansão do Direito Penal que passou a regular até mesmo os casos em que outros ramos do Direito seriam suficientes.

Verifica-se que a expansão do Direito Penal que se expressa pela criação de crimes de perigo abstrato não possui limites estabelecidos. A decisão de uma lesão ou perigo de lesão ser ou não regulada pelo Direito Penal se mostra como escolha do legislador que, para demonstrar a importância dada ao valor tutelado, cria tipos penais sem observância do princípio da ofensividade e subsidiariedade, o que se mostra incompatível com o Direito Penal cuja função é a proteção de bens jurídicos contra lesão ou perigo de lesão, quando outros ramos do Direito não puderem fazê-lo.

A expansão do Direito Penal, com a eleição de novos bens jurídicos tuteláveis (coletivos e supraindividuais), acarreta por vezes a sua administrativização, ou seja, o Direito Penal é utilizado para garantir o cumprimento de deveres em face da Administração. Assim, não se pode diferenciar dogmaticamente um ilícito administrativo de um ilícito penal, ficando a cargo do legislador, com base na política criminal adotada, a utilização do Direito Penal para garantia de obediência à normatividade administrativa, por meio da criação de cada vez mais crimes de perigo abstrato, o que viola a subsidiariedade e a lesividade imprescindíveis para o Direito Penal Constitucional.

Nesse contexto, levanta-se a seguinte questão: quais são os parâmetros orientadores para o legislador na utilização da técnica legislativa de crimes de perigo abstrato para que a tipificação esteja de acordo com a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, de modo que estejam compatíveis com a Constituição?

A resposta a esse problema poderá contribuir para a adoção da política criminal de proteção dos bens mais importantes para a sociedade, evitando-se a sua indevida expansão para áreas que poderiam ser reguladas por outros ramos do Direito, com maior efetividade. Poderá ainda coibir a tipificação de condutas que não possuem potencial lesivo, mas que são proibidas, por muitas vezes, para garantir o bom funcionamento da Administração. Será possível ainda se reconhecer um ilícito essencialmente administrativo com a roupagem de

ilícito penal, o que poderá basear descriminalizações de tipos penais simbólicos, como tipos administrativos punidos com pena criminal para maior intimidação.

A fim de responder ao questionado, parte-se da hipótese de que a utilização dos tipos de perigo abstrato para proteção antecipada desses bens será constitucional quando não se tratarem de meios coercitivos para o cumprimento dos deveres de ordem administrativa. A criação de crimes de perigo abstrato será então legítima para a tutela de bens jurídicos quando a ação ou omissão prevista não se tratar de descumprimento de ordens ou preceitos emanados em razão das funções administrativas do Estado. Soma-se a isso a necessidade de a norma ter como escopo a proteção de um bem jurídico genuíno, além da imprescindibilidade do perigo descrito no tipo e da ofensividade da conduta.

Considerando que a função do Direito Penal é de exclusiva e subsidiária proteção de bens jurídicos, quando a tipificação não for mera proibição de comandos administrativos do Estado com a roupagem do Direito Penal, a norma terá sua finalidade de proteção de bens jurídicos, não havendo, no caso, contrariedade ao princípio da ofensividade.

Para tal propósito, busca-se traçar alguns parâmetros a serem observados para a utilização de crimes de perigo abstrato em conformidade com a Constituição, verificando-se os limites entre a atuação do Estado por meio do Direito Penal e do Direito Administrativo para gestão de riscos. Feito isso, espera-se comprovar a hipótese de que o uso de crimes de perigo abstrato para gestão de riscos realiza a função constitucional do Direito Penal de exclusiva e subsidiária de proteção de bens jurídicos quando não se mostrar como instrumento de coerção para cumprimento dos comandos Estatais em sua Função Administrativa.

A fim de alcançar esse objetivo, faz-se um estudo do tipo penal e sua construção em face do princípio da ofensividade e a proteção ao bem jurídico. Com um breve estudo da evolução da teoria do tipo, percebe-se que este é a expressão do princípio da legalidade, basilar para o Direito Penal, é constituído pela ofensividade e tem o inerente escopo protetivo do bem que fundamentou sua criação. Passa-se ao tipo penal sob a ótica do funcionalismo teleológico preconizado por Claus Roxin (2002a), em que a imputação se dá com elementos que superam a mera causalidade (a criação de um risco não permitido e a realização do risco no resultado).

Por conseguinte, passa-se ao estudo do bem jurídico, partindo-se da evolução de seu conceito junto à teoria do delito, desde sua concepção como direito subjetivo, então como direitos naturais (bens com existência pré-jurídica) e após como bens positivados. O bem jurídico passa a ser entendido como realidade social (interesse), o que causou seu alargamento e consequente incremento da criminalização. Sob a ótica finalista, o bem jurídico passou a

abarcar diversos valores sociais, dentre os quais estava a moral e a ética. Daí surgem os mais recentes conceitos de bem jurídico, que são constitucionalmente orientados, o que não é tão positivo quanto aparenta, uma vez que quaisquer valores constitucionais poderiam ser objetos de proteção penal. À luz do funcionalismo, ganha força a ideia de bem jurídico que passa a ser essencial, mas não suficiente para a criminalização.

A análise das espécies de bens jurídicos é também basilar para resolução se compreender o âmbito de atuação do Direito Penal de forma legítima, pois o surgimento ou reconhecimento de bens jurídicos que transcendem o indivíduo contribuiu para a nova criminalização.

Passa-se então ao estudo da ofensividade, elemento indispensável para todo e qualquer tipo penal. No presente estudo, dá-se ênfase às formas pelas quais a ofensividade se revela nos tipos penais, bem como em crimes classificados como de perigo em que esta não está presente. Objetiva-se assim compreender a construção do tipo penal à luz do princípio da ofensividade, valendo-se do estudo da teoria do bem jurídico e da função do Direito Penal de proteção desses bens.

Os crimes de perigo abstrato são objeto de análise sob a ótica das diversas teorias do delito e como meios para prevenção de danos a bens supraindividuais, em especial ao meio ambiente. Passa-se ao estudo dos crimes de perigo abstrato como técnica de legiferação, diferenciando-os dos crimes de dano e de perigo concreto, verificando-se sobre a presunção de perigo desses crimes, se *juris et de jure* ou *juris tantum,* bem como sobre a constitucionalidade da antecipação de tutela penal por essa tipificação.

A discussão sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é bastante ampla, principalmente por se tratar de expressão do uso indiscriminado do Direito Penal para gestão de riscos como primeira opção. Por essa razão, no presente trabalho, faz-se a análise de um dispositivo legal de crime de perigo abstrato, o Art. 51 da Lei 9.605 de 1.998 da Lei de crimes ambientais, que é um exemplo de tipos penais de crimes de perigo abstrato de questionável constitucionalidade. Por esse dispositivo, é proibido “comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente.” (BRASIL, 1998). Posto isso, propõe-se analisar o dispositivo, a fim de verificar se é o caso de tutela legítima do meio ambiente ou se é uma matéria afeta à Administração com a roupagem de crime, como hipótese de administrativização do Direito Penal. Com a análise do dispositivo sob comento, busca-se estabelecer alguns parâmetros para fixação dos limites entre o Direito Penal e Direito Administrativo para gestão de riscos.

O método para a resolução do problema adotado é o hipotético-dedutivo e da análise de conteúdo como procedimento metodológico. Partindo-se de um dispositivo legal de utilização dos crimes de perigo na legislação brasileira, o artigo 51 da Lei de crimes ambientais, faz-se um estudo crítico doutrinário sobre o assunto para então se estabelecer alguns parâmetros para utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo, bem como a utilização dessa técnica legislativa em conformidade com os princípios da ofensividade e subsidiariedade, que devem nortear o Direito Penal como meio para proteção de bens jurídicos.

Com pesquisa realizada com a metodologia adotada, espera-se que, com a detida análise dos dados obtidos em pesquisa doutrinária e análise legislativa (do tipo exemplificativo e outros semelhantes da Lei de Crimes Ambientais), seja possível comprovar a hipótese de que o uso dos crimes de perigo abstrato é constitucional somente quando não forem sucedâneos do Direito Administrativo ou como seu reforço coercitivo, bem como quando tiverem o bem jurídico objeto de proteção e a ofensividade da conduta proibida.

Como referencial teórico para a pesquisa proposta, adota-se o Funcionalismo Moderado, cujo principal expoente é Claus Roxin (2002a) que introduziu a política criminal na dogmática do Direito Penal, fazendo com que todos os elementos do delito tenham uma nova leitura, dado que incluiu a política criminal no injusto (funções do Direito Penal) e na culpabilidade (funções da pena).

Segundo o funcionalismo de Roxin (2002a), o Direito Penal possui a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, quando os outros ramos do Direito não puderem fazê-lo. Para o autor, “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, somente e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.” (ROXIN, 2006, p.16). Sob esse prisma está o presente escrito, através do qual se espera contribuir, ao menos um pouco, para a decisão do legislador na escolha das condutas a serem proibidas quando forem consideradas abstratamente perigosas, se no âmbito penal ou administrativo.

2 A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: TEORIA DO BEM JURÍDICO

A teoria do delito sofreu importante evolução desde suas primeiras acepções no Séc. XIX e se encontra em constante construção, pois com a sociedade pós-industrial surgiram novos conflitos, passando o dano a não mais ser a principal razão da intervenção penal. O direito penal passou a se antecipar ao dano, passou a evitá-lo pela tipificação de condutas que exponham concretamente o bem jurídico a perigo, caso em que este é verificado no caso concreto. De forma a ampliar a proteção, ganhou destaque ainda a tipificação de condutas perigosas abstratamente, o que fez com que surgissem discussões sobre a legitimidade dessa forma de criminalização, quando expostas ao princípio da ofensividade.

O direito penal em um Estado Democrático de Direito deve ser fundado na pacificação social que é atingida quando os cidadãos confiam que os bens e valores mais caros à convivência harmônica e vida digna estão protegidos pelo ordenamento jurídico. Em se tratando de ofensas graves a esses bens e valores, ofensas não evitáveis por outros ramos do direito, o direito penal se mostra como instrumento importante de proteção.

Assim, a decisão sobre qual conduta deve ser proibida pelo direito penal precisa se fundar na proteção de bens jurídicos. Essa proteção deve se mostrar no tipo penal que deve descrever a conduta, o bem ou valor protegido e a ofensa a estes, que pode ser um dano, um perigo concreto de dano ou um perigo abstrato.

2.1 CONCEITO E FUNÇÃO DO TIPO PENAL COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A incidência do direito penal que é o meio mais gravoso de restrição dos direitos fundamentais, como a liberdade, deve obedecer ao princípio da legalidade, que está expresso na Constituição brasileira, no artigo 5º, inciso XXXIX que assim dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988). Por esse princípio, qualquer conduta a que se comina pena criminal deve ser descrita em lei, cuja competência é privativa da União, conforme previsto no artigo 22, inciso I da Lei Maior. Desse modo, o Estado deve descrever quais as condutas que são proibidas ou quais são obrigatórias de forma expressa e taxativa com observância da anterioridade e irretroatividade da lei penal, salvo se for benéfica, conforme previsto no Art. 5º, incisos XXXIX e XL da Constituição da República.

O princípio da legalidade[1], expresso no axioma *Nullum crimen nulla poena sine lege,* veio limitar o poder punitivo do Estado que até então podia criminalizar condutas após o fato ou impor penas não previstas em lei. Com a revolução Francesa, incluiu-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 o princípio da legalidade no artigo 8º que assim dispõe: ”A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

Tal princípio configura como a espinha dorsal do direito penal no Estado Democrático de Direito e configura “por um lado a resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal.” (BATISTA, 2002, p.65).

Como funções do princípio da legalidade, destacam-se as de proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), da criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), do emprego da analogia desfavorável ao acusado na criação de crimes ou na aplicação da pena (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta)* e da proibição de criminalização de condutas de forma vaga e imprecisa (*nullum crimen nulla poena sine lege certa).* (BATISTA, 2002).

A irretroatividade da lei penal está expressa no artigo 5º, XL da Constituição, dispondo que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (BRASIL, 1988). Trata-se de importante desdobramento do princípio da legalidade, uma vez que não basta que haja lei para a criação de crimes, mas esta deve ser prévia ao fato. A lei penal deve ser ainda escrita e certa, devendo conter todos os elementos necessários para se individualizar as condutas que se busca coibir. Deve ainda ser formal, no sentido de obedecer ao devido processo legislativo constitucional.

A legalidade penal é expressa pela descrição das condutas (comissivas ou omissivas) proibidas em leis previamente estabelecidas, com a finalidade de proteger dado bem cuja importância justifica a intervenção subsidiária penal. A essa descrição legal da conduta proibida ou imposta sob a ameaça de sanção penal dá-se o nome de tipo penal.

Qualquer que seja a concepção de tipo penal a ser adotada, por ora é importante considerar que este é o substrato mínimo da legalidade penal, ou seja, qualquer conduta

1 Luigi Ferrajoli (2006) distingue a mera legalidade da estrita legalidade. Segundo o autor, a legalidade é aplicável a todo o ordenamento jurídico, como princípio geral e a estrita legalidade é inerente ao direito penal.

proibida pelo Estado deve estar prevista de forma taxativa e individualizada na lei (BOZOLA, 2015).

2.1.1 Considerações sobre o tipo penal

Com base no princípio da legalidade, pode-se dizer que o tipo penal é o modelo descrito pelo legislador em lei federal de ação proibida ou obrigatória, quer se trate de crime comissivo ou omissivo, passível de punição na esfera criminal. "É um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes." (ZAFFARONI; PIERNGELI, 2002, p. 443). Trata-se de "descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica (TOLEDO, 1994, p. 127)".

Discorrer sobre o tipo penal requer a contextualização quanto à teoria do delito em que se insere, ainda que de forma breve, com foco na evolução da teoria do tipo até o tipo funcionalista teleológico preconizado por Claus Roxin[2] (1997), que traz intrínseco o objetivo primordial do direito penal de proteção a bens jurídicos.

O tipo sofreu evolução conceitual e estrutural, tendo antecedido a teoria do delito, passando de puramente descritivo para o tipo com conteúdo valorativo e normativo e, posteriormente, para o tipo com elementos subjetivos (dolo e culpa). O tipo puramente descritivo, o *Tatbestand*, foi idealizado primeiramente por Ernest von Beling em 1906[3], tendo concretizado, ainda que de forma embrionária, o princípio da reserva legal. O tipo em Beling (1906) não possui elementos subjetivos. "É um conceito abstrato que se deduz da leitura dos preceitos legais. Estes formam um livro de imagens que o legislador pode eliminar e modificar. Os delitos serão, portanto, os fatos que correspondem às imagens desse catálogo"

---

2 Para os fins a que se destina este trabalho, disserta-se sobre a teoria do delito do Causalismo até o Funcionalismo, deixando de abordar especificamente outras teorias que têm ganhado corpo na atualidade, como a teoria da ação significativa em que ação é interpretada conforme sua expressão no contexto social. Nesse modelo teorizado por Tomás Vives Antón, propõe-se, segundo Busato, "a reordenação das categorias do delito segundo uma perspectiva que arranca da relação descrita entre norma e ação. Ao reconhecer uma pretensão de validez genérica da norma, Vives propõe que as distintas pretensões que compõem essa pretensão de validez representem as categorias do delito. Convém notar que Vives não rechaça as categorias do delito tradicionalmente conhecidas, propondo tão só um câmbio de perspectivas de sua composição' (BUSATO, 2020). Nesse modelo, a ação típica dá lugar ao tipo de ação que passa a figurar como o elemento da pretensão de relevância, a antijuridicidade dá lugar à pretensão de ilicitude, a culpabilidade se apresenta como pretensão de reprovação e a punibilidade é a pretensão de necessidade da pena (ANTÓN, 1996).

3Segundo José Cirilo Vargas, "O ano de 1906 marca o aparecimento da obra fundamental "Die Lehre vom Verbrechen" (A Doutrina do Crime) ,de von Beling, que passou a ver o tipo não mais como o conjunto das características exigidas para a aplicação da pena e demais conseqüências penais" (VARGAS, 2007, p. 23).

(CAMARGO, 1982, p. 11). Nessa fase da teoria do tipo, o Direito Penal tem como fonte exclusiva a lei. Conforme pontuado por Roxin (2002a, p. 198),

> O sistema "clássico" do delito, de Liszt e Beling, dominante no início do século,[...] partia do pressuposto de que o injusto e culpabilidade se relacionavam um ao outro como o lado externo e interno do delito. Todos os pressupostos objetivos do delito pertenciam ao tipo ou à ilicitude, enquanto a culpabilidade era considerada o conjunto de todos os elementos subjetivos do crime (o assim chamado conceito psicológico de culpabilidade). Nessa perspectiva, o dolo era visto como forma de culpabilidade.

Liszt (1899) e Beling (2002) deram a contribuição causal para a teoria do delito, construída sobre o conceito de ação. Os sistemas causais, o clássico e o neokantismo, partem do pressuposto de que toda ação tem um resultado. Esses sistemas partem da mesma premissa de ação causadora de um resultado típico, mas se diferenciam quanto aos elementos do tipo. No sistema clássico, a ação é um conceito que antecede o tipo, sendo o pilar da teoria e é concebida como o movimento corpóreo que altere o mundo exterior, sendo integrante do conceito analítico de crime que tem como elementos a ação típica, antijurídica e culpável (CALEGARI; LINHARES, 2017).

Nesse modelo teórico, desenvolvido sob a influência do positivismo científico, em que o método primordial era aquele utilizado nas ciências naturais (passível de comprovação empírica), o conceito de ação ligada a um resultado era passível de comprovação, já que modificava o mundo exterior. Assim, não havia qualquer elemento subjetivo no tipo e tampouco elementos normativos. O tipo era puramente objetivo. "Nesse sistema, o tipo é entendido basicamente como a descrição objetiva e neutro do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado". (TAVARES, 1980, p. 21).

No sistema clássico, os elementos objetivos se encontram no tipo e na antijuridicidade, que se apresentam como injusto, enquanto os elementos subjetivos pertencem à culpabilidade. Nesse modelo de Liszt (1899) e Beling (2002), o tipo não comporta o elemento volitivo, sendo meramente descritivo (2017). Desse modo, conceitos oriundos da filosofia, da sociologia e psicologia não estão presentes na dogmática penal, em especial, no tipo penal. Como bem sintetizado por André Luís Callegari e Raul Marques Linhares (2017, p.42),

> evidencia-se no causalismo, a função basicamente descritiva do tipo penal, função desenvolvida de maneira eminentemente objetiva e neutra, pois o fato-típico desenvolvido por Ernest Von Beling se constituía na mera descrição natural do fato, fornecendo-se com isso o conteúdo material do delito (o "corpo" do delito). Essa concepção meramente formal do tipo era relacionada com a exigência da tipicidade clássica inerente ao Estado de Direito.

Baseado no positivismo científico, que veio a ser o norteador do Direito Penal na fase clássica, o tipo objetivo foi sua mais importante expressão, uma vez que a lei era a única capaz de produzir o direito, conferindo a este a segurança jurídica. O tipo objetivo seria, para a dogmática penal, a realização do Estado de Direito, em que o cidadão saberia exatamente qual seria a conduta proibida, limitando o Estado em sua função punitiva. Apesar de o tipo puramente objetivo de Beling (2002) ter sofrido importante evolução, pode-se afirmar que ele foi a base teórica fundamental para o tipo penal na atualidade.

A separação absoluta entre o direito penal e os valores sociais da teoria clássica, que primou pela legalidade e limitação do poder punitivo do Estado, deixou muitas lacunas, o que ensejou sua reformulação. Surge assim o sistema neoclássico ou neokantiano em que valores sociais são introduzidos na dogmática do delito e o método utilizado deixa de ser aquele das ciências naturais, passando-se a um método próprio. Desse modo,

> a pretensão de retorno ao pensamento Kantiano se desenvolveu já no século XX, defendendo-se o abandono de um método puramente formalista, assim como a adoção da classificação do Direito como uma das ciências do espírito, na qual se deveria proceder metodologicamente pelas tarefas de compreender e valorar (introdução de considerações axiológicas no Direito). (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 57).

O tipo segundo a teoria neoclássica ou neokantiana é constituído não só por elementos puramente descritivos, mas possui em sua construção valores oriundos das ciências humanas, incorporando elementos normativos e valorativos. Outro ponto importante do tipo neoclássico é que "se promove a superação da separação rigorosa entre elementos objetivos e subjetivos do delito, com a inclusão de elementos subjetivos no tipo (por exemplo, a intenção de lucro, a intenção de injuriar etc.)." (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 66).

No sistema neokantiano, o método utilizado é o valorativo ou normativo. Incorporam-se valores à ação, considerando-se com tal a ação referida a valores, a conduta humana. Não se percebe nesse sistema a separação clara nos elementos do crime, verifica-se "a superação da separação rigorosa entre elementos objetivos e subjetivos no tipo." (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 66). O tipo passa a ter conteúdo de reprovabilidade, sendo valorado. Cria-se o tipo como injusto, ou seja,

> um momento típico da antijuridicidade ou, de outra forma, a expressão do ilícito penal. Sua função indiciária de antijuridicidade concebida por Mayer, como fundamento cognitivo (ratio cognoscendi) desta, ganha outro enfoque: o tipo vem a ser seu fundamento real e de validade (ratio essendi). (TAVARES, 1980, p. 44).

Desse modo, o tipo passa de *ratio cognoscendi*, como tipo indiciário da antijuridicidade, para a sua *ratio essendi*[4]. Introduz-se a política criminal e valores no sistema penal, passando o tipo a ser a ação socialmente lesiva. Conforme lições de Luís Greco (2000, p. 38),

> O tipo é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto antijurídica: isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada em que também existem elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo entre alguns autores a teoria dos elementos negativos do tipo que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade.

Percebe-se que no sistema neokantiano o método das ciências naturais de observação e descrição dá lugar ao método referido a valores. Desse modo, ainda que não tenha sido substancialmente alterada a estrutura do delito, cada um de seus elementos tiveram uma releitura, valorando-se cada um deles.

> Essa incorporação de valores político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito criou uma ambiguidade sistemática, que se espelha na bipartição entre uma perspectiva formal e material. Quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido. (ROXIN, 2000, p. 26).

O tipo que era puramente objetivo passa a ter conteúdo normativo, como a lesividade, considerando-se como típica a ação que seja socialmente lesiva e como atípica aquela formalmente típica que não possua lesividade, surgindo a interpretação do tipo cuja função é a proteção de bens jurídicos. Por fim, importante pontuar que o tipo passou a admitir a existência do elemento subjetivo, sem retirá-lo da culpabilidade (CALEGARI; LINHARES, 2017).

---

4 O tipo como ratio essendi é, conforme defendido por Luciano Santos Lopes, abarca a proteção de bens jurídicos, uma vez que , segundo o autor, "pode-se afirmar que tipo e ilicitude se relacionam exatamente por ser, aquele primeiro, expressão da proteção penal aos valores (bens jurídicos). Afirma-se mais: a teoria da ratio essendi, especialmente na vertente do tipo total do injusto, determinou o parâmetro correto desta relação. Pode-se, então, aceitar que essa concepção dogmática consegue se adequar à fundamentação constitucional do Direito Penal, orientada à proteção de bens jurídicos, tal qual antes se afirmou" (LOPES, 2010, p. 216)

Na concepção finalista de Hans Welzel (2004), toda ação humana possui um objetivo final, pois o finalismo tem como ponto central o comportamento humano que possui finalidade, trazendo para a teoria do delito a intenção como componente essencial. Com isso, trouxe para o tipo os elementos subjetivos, o dolo e a culpa. Segundo esse modelo teórico,

> tornou-se por insuficiente a referência da escola neokantiana de que o tipo pode ser composto também por elementos subjetivos, passando a afirmar que, além de elementos objetivos (descrição do agente, da conduta e demais circunstâncias), o tipo sempre será composto por elementos subjetivos (dolo e culpa). (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 82).

Ao passo que o sistema clássico se pauta pelas ciências naturais, valendo-se de seu método, e o neokantiano com seu método valorativo, o finalismo de Welzel (2004) vale do método lógico-objetivo, pelo qual buscou a construção de uma teoria neutra e atemporal do delito, resgatando-se o modelo estratificado de crime, com o estudo de cada um de seus elementos como independentes, sendo analisados progressivamente. Assim, verificada uma ação final típica, examina-se a sua antijuridicidade para então ser avaliada a culpabilidade. O tipo no finalismo é analisado separadamente da antijuridicidade, sendo indiciário desta. Desse modo, sendo a ação típica, busca-se uma causa de exclusão da antijuridicidade e, caso não existente, a ação será típica e antijurídica. Nas palavras de Juarez Tavares (1980), o tipo no sistema finalista "é representado como ação tipificada, ou melhor, como a formalização jurídico-penal dos componentes da ação, acrescidos de elementos caracterizadores de cada delito em espécie e construindo, por consequência, a matéria da proibição." (TAVARES, 1980, p. 64).

Quanto à relação do tipo com a antijuridicidade no sistema finalista, verifica-se a independência dos componentes do conceito estratificado e analítico de crime, tendo cada um seu elemento subjetivo. Conforme pontua Luís Greco (2004), o tipo e antijuridicidade possuem no finalismo elementos subjetivos, isso por que

> O tipo torna-se a descrição de uma ação proibida – deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição (*verbotsmaterie*). Como só se podem proibir ações finais, o dolo integra o tipo. Da mesma forma que os tipos são vistos formalmente, como meras normas proibitivas, também as causas de justificação não passam de tipos permissivos. E como tem por objeto ações finalistas, surge a exigência do elemento subjetivo de justificação. (GRECO, 2004, p. 40).

No finalismo, a conduta não contém em si o resultado, que é analisado no tipo. Percebe-se que existe não só a valoração da ação, mas também do resultado, o que fez surgir

espécies de tipo: omissivo, doloso e culposo. O tipo omissivo tem como ponto central a infração de um dever de agir previsto em lei ou impedir um resultado típico podendo fazê-lo. O tipo doloso se divide em objetivo e subjetivo. No objetivo está a descrição da ação bem como suas elementares e circunstâncias. No tipo subjetivo está o dolo que é a vontade, a intenção de realizar a conduta. Conforme Juarez Tavares (1980), lançando mão dos ensinos de Welzel (1970) os elementos subjetivos do tipo englobam, além dos desígnios, os motivos, como exemplos o motivo torpe ou fútil, o relevante valor social ou moral, dentre outros (TAVARES, 1980). Por fim, o tipo culposo é normativo, ou seja, trata da realização de um resultado típico pela não observância de um dever de cuidado.

2.1.2 Tipo penal na perspectiva funcionalista

A construção de conceitos abstratos para os elementos do crime sofreu árduas críticas, sobretudo pela sua dogmática rígida e com pouco espaço para valores sociais e político-criminais (CALEGARI; LINHARES, 2017). Isso ocasionou um movimento doutrinário de releitura dos elementos do crime que deixaram de ser estáticos para incorporar valores sociais e de prevenção geral.

> São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do direito penal, que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral. (GRECO, 2000, p. 42).

Assim, surgem as propostas funcionalistas de introdução de valores político-criminais na teoria do delito. Nesse modelo, os elementos do crime comportam valores e funções sociais em sua estrutura. O tipo passa a ter em sua construção o objetivo de prevenção geral, em especial a proteção de bens jurídicos. Desse modo, no funcionalismo,

> O tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral. Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que ex ante que não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas (GRECO, 2000, p. 42).

Ressalte-se que há diversas espécies de funcionalismo. Dentre estas, destacam-se o funcionalismo teleológico de Claus Roxin (2002a)e o funcionalismo sistêmico de Gunter Jakobs (1998) Eles têm em comum a introdução das funções da pena na dogmática penal. O

primeiro, tem foco na prevenção especial e o segundo na prevenção geral negativa da pena (CALEGARI; LINHARES, 2017). Além de ser voltado às consequências, o funcionalismo inclui a proteção a bens jurídicos na interpretação do tipo penal, o que é feito quanto aos demais elementos do conceito analítico de crime (ROXIN, 2000).

Entretanto, a inclusão da função protetiva de bens jurídicos no tipo pode levar a um indevido alargamento de sua abrangência, gerando interpretações extensivas do tipo sob o fundamento de ampla proteção a bens jurídicos. O tipo deve ter intrínseco o objetivo protetivo, mas deve também estar de acordo com o princípio da legalidade e fragmentariedade. A interpretação teleológica do tipo deve ser feita em harmonia com os demais princípios constitucionais penais, como adverte Roxin (2000, p. 46):

> A outra pergunta, quanto a como deve ser determinado o conteúdo do tipo, é muitas vezes respondida de modo impensado, no sentido de que cada elementar deve ser interpretada teleologicamente, levando-se em consideração o bem jurídico protegido. Essa frase banal trouxe sérias consequências. Uma análise abrangente da evolução das jurisprudências de nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio, uma proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou ao crescimento considerável da criminalidade em vários delitos.

Para se evitar o indesejado aumento do alcance do direito penal, ao passo que o tipo funcionalista possui o escopo preventivo e protetivo, deve também ser interpretado restritivamente, delimitando-se objetivamente seu alcance. Para tanto, o tipo funcionalista de Roxin (1979; 2002a; 2000) resgata o normativismo do neokantismo, com a inserção de valores político-criminais (CALEGARI; LINHARES, 2017) ao mesmo tempo em que propõe regras de imputação para alcance objetivo do tipo, introduzindo no tipo objetivo a criação do risco não permitido, a necessidade de realização do risco no resultado e que este esteja dentro do alcance do tipo. Introduz-se assim a teoria da imputação objetiva no tipo. (ROXIN, 2012a).

Claus Roxin (2002a), ao tratar do tipo objetivo, verificou que a causalidade em seu sentido natural não seria suficiente para a imputação de um resultado a um agente executor da conduta. Além do necessário nexo causal entre conduta e resultado em caso de delitos comissivos, o autor acresceu os pressupostos de imputação. Roxin não afastou a necessidade do nexo causal, mas o tratou como limite para a responsabilização.

O nexo causal é comprovado segundo a teoria da equivalência dos antecedentes [5] em que todas são autônomas e possuem o mesmo valor causal para a ocorrência do resultado, considerando-as em seu sentido pré-jurídico. Percebe-se que essa teoria faz com que o tipo alcance todas as ações anteriores que, se eliminadas mentalmente, eliminar-se-ia o resultado. Apesar de alargar o alcance do tipo, em se tratando de crimes comissivos, a causalidade é essencial para a tipicidade e figura ainda como marco intransponível para imputação e consequente responsabilização penal (ROXIN, 2002a).

A relação de causalidade no tipo funcionalista de Roxin (2002a), considerada segundo as leis da natureza, é o ponto de partida e limite da imputação. A esta se soma a criação de um risco não permitido e sua realização no resultado. Quando este representar a realização do risco criado pelo autor, está realizado o tipo objetivo. "Excepcionalmente, contudo, a imputação pode ser excluída se o alcance do tipo não compreender o impedimento de tais perigos e suas consequências". (ROXIN, 2002a, p.309).

Segundo essa teoria, a imputação ao tipo objetivo pode ser afastada ainda pela diminuição do risco pelo autor ou pela existência de perigo prévio, alheio ao fato, sem que tenha sido incrementado pelo autor, bem como pela verificação de ser o risco permitido (ROXIN, 2002a).

Pela teoria da imputação objetiva, além de ser necessário que a ação seja lesiva ou perigosa ao bem jurídico, deve ser contrária à norma, o que vem a ser a criação de um risco não permitido. Exige-se, além da causalidade, que o risco proibido se realize no resultado que deve estar dentro do alcance do tipo. Segundo Roxin (2012a, p. 71), "a teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade". Desse modo, a primeira consideração é se a criação do risco é permitida por lei, visto que o tipo já deve trazer em si o objetivo protetivo no funcionalismo teleológico.

Para Roxin (2002a), a imputação deve ser precedida da relação de causalidade em seu sentido natural ao que se acrescenta a causalidade jurídica, composta dos critérios específicos de imputação. Para o autor, em síntese,

> Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto

5 A teoria da equivalência dos antecedentes foi adotada no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13: "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputado a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

> (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3). (ROXIN, 2012a, p. 104).

A teoria da imputação objetiva também é fundamental no funcionalismo de Jakobs (2011) que adotou a teoria funcionalista-sistêmica da sociedade de Niklas Luhmann (2006), baseada nas expectativas que os indivíduos possuem em relação aos demais ao viverem em sociedade (GRECO, 2000). Nessa concepção, como ensina Greco (2000, p. 46),

> o direito também é um sistema social composto de normas que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No direito penal, isso ocorre através da pena, que é definida por Jakobs como 'demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente'.

Esse funcionalismo é fundado no princípio da confiança e nos papéis sociais de cada indivíduo, surgindo o elemento competência. Desse modo, a imputação objetiva tem como elementos a existência de um risco permitido, o princípio da confiança, a proibição ao regresso e a competência da vítima. (JAKOBS, 2007).

O risco permitido é aquele inerente às relações e interações sociais, sem os quais estas restariam inviabilizadas. O risco existe em toda e qualquer sociedade, então não é razoável que todos busquem a todo tempo eliminar os riscos de suas ações para os demais.

> É que a sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção a bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar interações, e a proibição de qualquer colocação em perigo tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvação. (JAKOBS, 2007, p. 26).

A admissão de riscos sociais, entretanto, não conflita com a proteção a bens jurídicos (que Jakobs admite, mas não considera como finalidade do direito penal), uma vez que há casos em que o próprio uso do bem jurídico já configura o sacrifício de outros.

Quanto ao princípio da confiança, defende o autor que "não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho". (JAKOBS, 2007, p. 28). Por esse princípio, na relação social, é imprescindível que cada um confie que os demais realizam suas funções segundo as regras de segurança que lhe são afetas.

A proibição de regresso, por sua vez, exige que o comportamento penalmente relevante seja aquele que extrapole o inerente ao da sua função social. Se o comportamento está dentro do esperado para dada função, eventual contribuição para o fato delitivo não deve

ser objeto de imputação. Pela proibição de regresso, “um comportamento que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida”. (JAKOBS, 2007, p. 29).

Percebe-se que a proibição de regresso visa impedir a imputação a quem se mantém dentro de sua função, ainda que venha a contribuir com o delito. É certo que há situações extremas, como o exemplo utilizado pelo autor sobre o motorista de taxi que tem o dever de levar o passageiro em segurança e que toma conhecimento de que este vá cometer um crime ao chegar ao destino. Por essa doutrina, não tem o taxista o dever de impedir o ato, não lhe sendo imputado o resultado, uma vez que a contribuição se deu no exercício de sua função regular. Apesar disso, Jakobs (2007) considera a proibição de regresso essencial para a vivência em sociedade.

> Os limites da proibição de regresso podem ser discutidos, entretanto, este princípio deve ser aceito por quem pretenda seguir garantindo que a liberdade de perseguir os respectivos fins próprios não se afogue na massa dos possíveis contatos sociais. Uma sociedade que está necessitada de que se ofereçam prestações em massa, mais ainda, que requer em geral a existência de todas as condições invariavelmente consideradas do comportamento social, não pode renunciar a uma proibição de regresso. (JAKOBS, 2007, p. 30).

Por fim, o elemento competência ou capacidade da vítima diz respeito à ausência de imputação quando a própria vítima falta com seu dever de autopreservação (JAKOBS, 2007).

Em síntese, a imputação objetiva no funcionalismo de Jakobs tem como pilares o risco não permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência, que é a capacidade da vítima. (JAKOBS, 2007, p. 33).

A imputação objetiva no funcionalismo Roxin (2002a) e a de Jakobs (2007) não são conflitantes entre si, pode-se dizer que se complementam. Apesar de terem visões diferentes da missão primordial do Direito Penal, os doutrinadores trouxeram soluções dogmáticas para problemas que a causalidade não era capaz de resolver.

> É correto que a teoria da imputação objetiva não consegue mais reduzir-se a um único ponto de vista, como ocorria com Larenz e Ronig, aos quais interessava unicamente a exclusão do acaso. Criação de risco e superação do risco permitido, diminuição do risco e fim de proteção da norma de cuidado, os princípios da responsabilidade da vítima e de terceiro caracterizam, cada qual, aspectos diversos de imputação. Mas isso não faz deles um conglomerado arbitrário de perspectivas heterogêneas de solução de problemas, eis que tais critérios dizem, em seu conjunto, que características deve ter o vínculo entre o comportamento e o resultado, para que se esteja diante de uma ação de matar, lesionar ou danificar que realize o tipo objetivo. (ROXIN, 2012a, p. 130).

A importância dessa teoria é que o que antes era analisado no tipo subjetivo na teoria finalista, passou a ser apreciado já no tipo objetivo. Assim, uma conduta não imputável objetivamente não será relevante penalmente mesmo se houver dolo para a causação do resultado. Trata-se de mais um critério a ser vencido com a consequente diminuição do alcance do tipo para apenas o essencial para proteger o bem em questão.

O tipo objetivo no funcionalismo e na teoria da imputação objetiva ganha importância que no finalismo pertencia ao tipo subjetivo, dado que se funda na ação final. No funcionalismo teleológico de Claus Roxin (2002a)ou mesmo no funcionalismo sistêmico de Jakobs (2007) a imputação no tipo objetivo requer o preenchimento de critérios que vão além da mera causalidade. Desse modo, o tipo dá maior garantia ao indivíduo, uma vez que não basta criar o risco não permitido, mas o resultado deve estar dentro do alcance da norma, além de cumprir os demais critérios de imputação.

2.1.3 As funções do tipo

O tipo penal, desde sua concepção até os modelos teóricos mais modernos, prima pelo princípio do *nullum crimem*, como limitação do poder punitivo do Estado, com a clara função de garantia. O Estado só pode punir uma ação que esteja previamente descrita em lei, para que o indivíduo possa escolher executá-la e assumir as consequências ou não, caso em que o tipo apresenta também a função preventiva. A função de garantia surge com o próprio conceito de tipo, desde Beling (2002) como observa Roxin (1979, p. 170): "*Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no. La tarea de determinar legalmente la punibilidad en tal medida, ha sido asignada al tipo penal ya por el propio Beling*".[6]

A função essencial do tipo penal é a de garantia. Conforme bem ressaltado por José Cirilo de Vargas (2007, p. 47),

> Se o tipo descreve o comportamento proibido, e se o art. 1o do Código Penal estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina", segue-se que ao lado dos tipos penais e fora deles não existe nenhuma conduta punível: é a sua primeira e principal função, a de garantia, que os sistemas penais democráticos e contemporâneos asseguram ao cidadão.

6 "Cada cidadão deve, portanto, ter a possibilidade, antes de cometer um ato, de saber se sua ação é punível ou não. A tarefa de determinar legalmente a punibilidade nessa medida já foi atribuída ao tipo criminoso pelo próprio Beling". (Tradução nossa).

Ao mesmo tempo em que confere liberdade ao indivíduo, que pode optar por executar a ação típica, limita o poder do Estado no sentido de que, assim como a conduta deve ser prevista em lei prévia e certa, sua consequência jurídico-penal também deve estar. Desse modo, o indivíduo sabe quando poderá ser punido e em que medida, pois a lei deve trazer a pena mínima e máxima cominada para um tipo penal, além dos critérios de sua individualização na aplicação da pena ao caso concreto[7].

Como desdobramentos da função de garantia, têm-se a proibição da criação de outros tipos penais por analogia, a proibição de retroatividade prejudicial ao réu. Há ainda a função capital que, segundo José Cirilo Vargas (2007, p. 59) é "a de possibilitar ao cidadão orientar-se no sentido de conhecer o que é desaprovado, ou não".

A função de garantia do tipo penal é por vezes fragilizada quanto a tipos penais vagos, abertos ou em branco, bem como quanto a tipos de perigo. Os elementos normativos e os valores sociais que compõem o tipo penal na criminalidade pós-industrial, que tende a abarcar novos interesses, trouxeram questionamentos acerca do cumprimento dessa garantia. Ao passo que se incrementa a proteção aos novos bens e interesses, enfraquece-se a garantia individual, pois nem sempre fica claro na lei (que muitas vezes remete a outra lei ou normas infralegais para tipificar uma conduta) a proibição e seu alcance[8].

Ainda sobre as funções do tipo, há de se considerar quanto à estrutura do delito. Sob esse prisma, o tipo é considerado como *ratio cognoscendi* da ilicitude ou como *ratio essendi*, conforme já apontado quando abordada a evolução teórica do tipo, de forma restrita para o que fosse necessário para os fins do presente trabalho.

Rogério Greco (2008), a par da função garantidora do tipo, destaca a função fundamentadora e a função selecionadora de condutas. Fala-se em função fundamentadora porque é por meio do tipo penal que o Estado exerce seu poder punitivo. Para que haja a intervenção penal na vida do cidadão, deve o Estado se pautar pelo descumprimento de uma norma tipificada penalmente. Na função selecionadora de condutas, o tipo é instrumental, uma vez que é por meio dele que o legislador separa, dentre as infinitas condutas, aquelas intoleráveis para a sociedade.

---

7 A Constituição dispõe em seu artigo 5º, XLVI que " a lei regulará a individualização da pena[...]" (BRASIL, 1988) e os parâmetros de individualização estão dispostos no Código Penal, em seu artigo 59: " O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...] (BRASIL, 1940)".

8 Tratar-se-á sobre essas espécies normativas quando da abordagem dos crimes de perigo abstrato, no capítulo 3, das técnicas legislativas para a proteção ambiental, no capítulo 4 e sobre a assessoriedade administrativa no capítulo 5.

> Nessa seleção de condutas feita por intermédio do tipo penal, o legislador, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, traz para o âmbito de proteção do Direito condutas consideradas socialmente adequadas ou que não atinjam bens de terceiros (GRECO, 2008, p. 181).

O mais importante a ser considerado é que o tipo penal, como descrição de uma ação proibida ou obrigatória, traz em si o objetivo para o qual fora criado. Trata-se de uma análise que antecede o tipo penal, as razões do legislador que são eivadas de conteúdos político-criminais. Assim, "toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade". (D'AVILA, 2009, p. 70).

Quanto ao tipo subjetivo, Roxin (1979) considera que este possui a função de evitar a punição por erro de tipo[9] ou para distinguir a tentativa do erro de proibição[10], afastando o crime, o que denomina "Tipo del Error" (ROXIN, 1979, p. 171). Isso porque quando o tipo descreve uma conduta, esta deve ser dolosa ou culposa e, assim como deve ser quanto às causas de justificação. Não havendo os elementos subjetivos, o indivíduo incorre em erro, excluindo o próprio crime.[11] Sem adentrar na doutrina sobre o erro, ressalte-se a sua incorporação na legislação penal pátria, no artigo 20 do Código Penal Brasileiro o qual dispõe que "o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo se previsto em lei" [12] .

Como a criação de tipos penais possui razões preventivas de ofensas a bens jurídicos, pode-se considerar que a ofensividade constitui o tipo penal, que tem o resultado como

---

9 Sobre o tipo subjetivo com a função de evitar a punição por erro de tipo, diz o autor que "Según el §59, **1,** del Código Penal, el autor sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias de hecho, "pertenecientes al tipo legal'. Conforme a ello, el tipo penal tiene la tarea de describir todos los elementos a los cuales debe referirse el dolo del autor". (ROXIN, 1979, p. 171).

10 Quanto à função do tipo no erro de proibição, ensina Roxin que: "Fuera de ello, el tipo se utiliza en general para la delimitación de la tentativa del delito putativo : quien supone erróneamente circunstancias que de concurrir determinarían la realización del tipo, comete tentativa; **al** contrario, quien obra con un error que no recae sobre circunstancias de hecho, sino sobre la antijuricidad del hecho correctamente conocido en sus presupuestos objetivos, quedará impune por haber cometido un delito putativo". (ROXIN, 1979, p. 171).

11 Art. 20 do Código Penal Brasileiro dispõe que " O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei".

12 A exposição de motivos do código penal brasileiro, no item 07 dispõe que "É, todavia, no tratamento do erro que o princípio nullum crimen sene culpa vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (BRASIL M. d., 1983).

essencial para a existência do crime, conforme adotado pelo legislador na parte geral do Código Penal[13] [14]

Em razão da função primordial de proteger bens jurídicos, assim, devem ser tidas como típicas somente ações aptas a ofender o bem jurídico que motivou a tipificação. Como no funcionalismo os elementos do crime possuem o conteúdo político-criminal, pode-se afirmar que o fim de proteção aos bens jurídicos o íntegra.

2.2 A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DO TIPO

O Direito Penal deve ser acionado para proteger os bens mais caros aos cidadãos em um Estado de Direito, sob pena de se tornar um instituto arbitrário. Não se pode conceber um Direito Penal que proíba por proibir. O legislador deve se orientar, sobretudo, pelos valores constitucionais ao considerar a tipificação de uma conduta, devendo levar em conta a proteção de um bem reconhecido constitucionalmente, já que esse ramo do Direito é o mais limitador dos Direitos Fundamentais.

Deve também considerar, ao lado de um bem a ser protegido, o potencial ofensivo da conduta a ser proibida. Não se pode utilizar o bem jurídico, que é constitucionalmente orientado, para fundamentar a criminalização de condutas sem levar em conta o princípio da ofensividade, segundo o qual somente podem ser proibidas as condutas lesivas que causem dano ou exponham a perigo esses bens.

2.1.1 Considerações sobre o bem jurídico-penal

O bem jurídico tutelado penalmente já foi concebido como direito subjetivo (durante o iluminismo), como bem que é objeto do direito e como interesse. Antes de ser ter um conceito de bem jurídico, Feuerbach, no ano de 1801, trouxe como função do direito penal a tutela de

---

13 Cite-se importante observação de Fábio Roberto D'Avila; "São muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista. Os institutos da tentativa (art. 14, II, CP), do crime impossível (art. 17, CP) e até da primeira parte do artigo 13 do CP permitem o claro reconhecimento de um direito penal acentuadamente comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, no seguimento do chamado *Erfolgstrafrecht*, e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com a tal orientação". (D'AVILA, 2009, p. 71).

14 Artigo 13, do Código Penal, primeira parte dispõe que "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputado a quem lhe deu causa." (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, Código Penal, 1940).

direitos subjetivos que afloraram com o liberalismo. “Dessa forma, o delito seria a violação de um direito subjetivo variável, pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado.” (BOZOLA, 2015, p. 133).

Ao criar seu conceito de delito, Feuerbach (1989) apontou para seu objeto de tutela, inaugurando a doutrina do bem jurídico, ainda que indiretamente, ao formular a ideia de crime como ofensa a direitos subjetivos, que são oriundos do direito privado e possuem conteúdo contratual (BADARÓ, 2017).

Ao mesmo tempo, “influenciada pelo idealismo Kantiano, a doutrina de Feuerbach (1989) preconiza a separação entre Direito, moral e religião, negando legitimidade à persecução de qualquer finalidade transcendente pelo Direito Penal.” (BADARÓ, 2017, p. 28). A concepção de crime como ofensa a direitos subjetivos tem cunho liberal e limitador da intervenção penal, conforme pontua Luiz Regis Prado (2019a, p. 10) eis que “a doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito”. O conceito de bem jurídico foi importante como ponto de partida do que seriam os atos indesejados pelo Estado e por sua magnitude abrangiam também atos contra os costumes e contra a religião, valores importantes na época.

Ao aceitar que o delito pudesse ser a lesão de um direito subjetivo do Estado, e com o fim de abarcar condutas indesejadas (ofensivas à moral ou à religião), mas que não ofendiam direitos subjetivos de terceiros, Feurebach (1989) admitiu a existência de delitos de polícia, abrindo espaço para a criminalização da desobediência aos comandos Estatais (BADARÓ, 2017).

Em reação à possibilidade de o crime consistir em desobediência ao Estado, surge a ideia de crime como lesão a bens. Esses bens tem origem pré-jurídica, são aqueles oriundos da natureza ou das relações sociais, que não são criações do direito. O primeiro conceito de bem jurídico foi criado por Birnbaum no ano de 1834, para quem o crime não lesaria direitos, mas bens, restando íntegros os direitos subjacentes, conforme destaca Bozola:

> A ideia de bem surgiu como a antítese e direito subjetivo de cunho individual e particular, apontando para uma perspectiva objetiva: o bem se localiza no mundo exterior e, por ser um ente, tem caráter concreto e objetivo, sendo suscetível de violação. O Direito é materializado em bens, os quais são o objeto do Direito. Estes sim podem ser lesionados, porque podem ser diminuídos ou subtraídos da esfera de seus titulares (BOZOLA, 2015, p. 134).

O bem jurídico penal na concepção de Birnbaum (2010) é oriundo da realidade fática ou social. Possui caráter objetivo e externo ao seu titular. Desse modo, o bem é objeto do direito que não pode ser lesado. Afeta-se então o bem, mas o direito segue íntegro.

Ao passo que o bem objeto de proteção em Birnbaum (2010) possui origem concreta e natural, sob a ótica positivista de Binding, passa a ter conteúdo formal. Bem jurídico então é aquilo que está previsto em lei. Sob esse viés, "o crime não é a violação da lei penal, mas da norma que lhe serve de fundamento, a qual é derivada do preceito legal." (BADARÓ, 2017, p. 39). Surge o conceito formal de bem jurídico, como lesão ao Estado em sua função normativa. Trata-se de uma relação entre o direito subjetivo do Estado e a sujeição do cidadão.

> Portanto, Binding vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que confere ao legislador a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal. Assim, se a norma se extrai do tipo penal e o tipo penal é criado pelo legislador, em última instância o bem jurídico é uma criação do legislador (BOZOLA, 2015, p. 135).

Com esse fundamento, Binding (apud PRADO, 2019a) legítima a criação de crimes de desobediência, ao admitir crimes cujo bem jurídico (criado pelo legislador) é o cumprimento de comandos estatais.

Vale ainda ressaltar que, conforme sintetizado por Tatiana Badaró (2017), Binding (1976) dá destaque especial ao bem jurídico no tipo penal, tanto que classifica as normas penais conforme seus objetivos protetivos como:

> 1) proibição de ofensas, que proíbem condutas que produzam "uma mudança indesejável no mundo jurídico"; 2) proibições de risco, que proíbem condutas que constituem, em si, o perigo de causar determinado resultado e 3) proibições puras e simples, que proíbem condutas que, geralmente, "encerram um perigo para determinados bens". Cada subdivisão corresponde, respectivamente, os crimes de dano, perigo concreto e perigo abstrato. (BADARÓ, 2017, p. 39).

Nessa classificação, os crimes de perigo abstrato constituem proibições puras e simples, não guardam, portanto, relação com a proteção de um bem, mas mera proibição de desobediência à norma. Os crimes de perigo concreto e os de dano possuem relação com a proteção de bens jurídicos, mas estes são previamente eleitos pelo legislador dentre os interesses sociais mais importantes, cabendo ao aplicador do direito subsumir o fato à norma já partindo do pressuposto de que, havendo adequação típica, há lesão ao bem jurídico tutelado que está previsto em lei. Percebe-se assim que o objeto de proteção está no tipo penal.

O conceito positivista de bem jurídico contribuiu para a legalidade, mas deixou a cargo do legislador preencher seu conteúdo. Bem jurídico é o que o legislador disser que é, desse modo, o conceito de Binding de positivismo puramente legal se mostra como terreno fértil para a arbitrariedade.

Sob a ótica do positivismo sociológico, que tem como fonte do direito não só a lei, mas também os costumes sociais, surge o conceito de bem jurídico como os interesses humanos a serem protegidos pelo direito penal. Seu principal teórico é Franz Von Listz (2006) que considera o bem jurídico como prévio à atividade legislativa, está presente na realidade humana e social, são, portanto, reconhecidos pelo legislador e não criados por ele. Para o doutrinador, "o bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)" (PRADO, 2019a, p. 15).

O conceito de interesse não possui, contudo, delimitação, alargando o alcance do bem jurídico-penal. A sociedade possui interesses de diversas ordens (individuais e coletivos), dentre os quais estão os interesses morais, o que nessa concepção podem ser objeto de tutela penal. Para evitar uma indevida expansão penal para esta área, Liszt deu destaque à dogmática, tratando-a como limite da política criminal (ROXIN, 2000).

O neokantismo, como movimento contra o positivismo, incorporou valores na teoria do delito, o que repercutiu no objeto de proteção do direito penal. Surge o conceito metodológico-teleológico de bem jurídico. O bem jurídico é tido como a razão da norma, passando mais a um método do que a um instituto em si.

> Coube a Richard Honing, em 1919, a idealização do conceito de bem jurídico como ratio da norma, considerando, pois, que ela não possui existência prévia à das próprias prescrições penais, não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar. Para Honing, o bem jurídico era um critério de interpretação. (BOZOLA, 2015, p. 136).

Esse conceito de bem jurídico, também adotado por Mezger (1955), confunde-se com os objetivos da norma, mostrando-se como um conceito circular. Ao passo que a norma protege um valor, esse valor é a razão de proteção da norma.

> *En ese sentido, MEZGER, en sintonía con HONIG, muestra al bien jurídico, en síntesis, como un valor que se identifica con la propia finalidad de la norma, de la cual depende para su existencia, al mismo tempo que se considera como elemento*

> *de todos los presupuestos del complejo total de cultura del cual emana el Derecho*.15 (TAVARES, 2004, p. 27).

Nessa linha, o bem jurídico tem a função principal de classificar os crimes em espécie e possui função interpretativa, mas pouca valia em sua função limitadora da intervenção penal. Por isso, deve ser considerado em conjunto com os demais que tratam o bem jurídico como interesse e que orientam o legislador ao eleger condutas ofensivas que devem ser coibidas pelo direito penal.

O bem jurídico de origem neokantiana permitiu que o legislador, com o objetivo de tutelar os valores culturais da coletividade, criasse bens jurídicos que se resumiam à própria norma, visto que esta é a expressão da vontade geral, o que legitimou ideias fascistas.[16] Na vigência dos regimes totalitários na primeira metade do século XX, as escolas penais se dividiam entre manter o bem jurídico como objeto de proteção ou de extirpá-lo da dogmática penal. A escola de Marburgo aceitava a ideia de bem jurídico, mas esvaziou seu conteúdo, tendo-o como interesse do Estado, que preponderava sobre o individual. "Fiéis ao pensamento teleológico neokantista, os penalistas da Escola de Marburgo tentaram demonstrar a adequação da categoria ao espírito próprio do Direito Penal de um Estado totalitário." (BADARÓ, 2017, p. 55). A Escola de Kiel, por sua vez, não admitia a existência de bens jurídicos na dogmática penal, por seu conteúdo liberal. O crime deixou então de ser ofensa a bens jurídicos para ser violações aos deveres em face do Estado (BADARÓ, 2017).

No finalismo de Hans Welzel (1970), o Direito tutela valores ético-sociais, sendo bens jurídicos aqueles "vitais da comunidade ou dos indivíduos que, por sua significação social, devem ser protegidos juridicamente." (BOZOLA, 2015, p. 137). O direito penal possui função pacificadora, de modo que os valores ético-sociais devem ser protegidos para a existência e desenvolvimento da comunidade. Por isso, o foco da proibição está na ação ofensiva, sendo o resultado danoso a consequência que se busca evitar.

> Segundo a sua concepção dos valores ético-sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais,

15 "Neste sentido, MEZGER, em consonância com HONIG, mostra o bem jurídico, em síntese, como um valor que se identifica com a própria finalidade da norma, da qual depende para a sua existência, ao mesmo tempo que é considerado como um elemento de todos os pressupostos do complexo total de cultura do qual emana a lei" (TAVARES, 2004, p. 27) .(Tradução nossa).

16 Este pensamiento de MAYER, independentemente de su filiación filosófica, refleja su postura liberal, en oposición a las tesis que siguieron y que dieron lugar, por medio de un proceso de corrupción ideológica de sus intérpretes, como en el caso de MEZGER, a la fundamentación de un Estado fascista. Con la dependencia del concepto de bien jurídico a las normas de cultura, concebidas como un substrato prejurídico de cualquier proceso legislativo, ya comienza a delinearse su ontología. (TAVARES J. , **Bien Jurídico Y Funcion en Derecho Penal**, 2004, p. 28).

> através do valor-ação. Daí ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado (PRADO, 2019a, p. 21).

O escopo de pacificação social nessa concepção de bem jurídico faz com que ações que possam abalar o bom funcionamento social passem a ser coibidas pelo direito penal. A proteção se dá com a proibição da ação e pela punição do resultado, conforme a doutrina de Welzel. 17 Dentre esses interesses essenciais estão o respeito à vida, à propriedade, à saúde e à liberdade. Com o advento do Estado social, esses valores protegidos passam a abarcar também valores econômicos e culturais. Como salienta Tatiana Badaró (2017, p.63),

> Em Welzel, proteção jurídica e proteção moral se unificam, pois a obediência ao dever geral de respeito aos valores ético-sociais, por imposição do imperativo categórico, é imanente à consciência pessoal. Por conseguinte, a própria noção de bem jurídico perde susbstancialidade, sendo mantida tão somente por estratégica retórica, uma vez que a pretensa proteção de valores ético-sociais nada mais é do que incriminação da antissociabilidade. Isso explica a conceituação de bem jurídico, pelos adeptos da teoria ético-social, como um estado social, ou seja, uma determinada ordem social.

A proteção aos valores ético-sociais do finalismo deu margem à criminalização de condutas indesejadas sem levar em conta a ofensa a bens jurídicos. A moral e a ética dominante passam a ter relevância penal, bem como a intenção sem resultado, em razão do desvalor dado à ação.

Em resposta aos novos problemas sociais que o causalismo e o finalismo não conseguiam resolver, surgem as teorias funcionalistas do delito na década de 1970[18] do século passado, com a introdução de valores político-criminais em seus elementos, inaugurando-se o funcionalismo teleológico de Claus Roxin (2002a) Com a reformulação dos elementos do crime que passaram a conter valores político-criminais, o objeto de proteção do Direito Penal também modificado, ampliando-se a discussão sobre bens jurídico-penais (ROXIN, 2000).

O bem jurídico no sistema funcionalista (ressalte-se que há diversos funcionalismos) possui diferentes conceitos, dentre os quais se destacam os fornecidos pelo principal teórico

---

17 Nas palavras de Welzel: "El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohibe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc." (WELZEL, 1970, p. 12).

18 Em 13 de maio de 1970 foi publicado na Alemanha, em Berlin, por Claus Roxin, o artigo que inaugurou a introdução da política criminal na teoria do delito (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 101). Foi publicado no Brasil no ano 2000, traduzido e prefaciado por Luís Greco sob o título "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal" (ROXIN, 2000).

do funcionalismo sistêmico, Gunter Jakobs (2007) e pelo criador do funcionalismo teleológico, Claus Roxin (ROXIN, 2002a).

No funcionalismo sistêmico de Jakobs (2007) o direito penal não possui a função de proteção de bens jurídicos. Argumenta o auto, que há incontáveis bens como vida, propriedade e saúde que inevitavelmente sofrem danos, mas os danos a serem evitados pelo direito penal são aqueles oriundos de ações em desconformidade com a norma vigente. O direito penal proíbe ações contrarias à norma e não ações que afetem bens. Para ele, "do ponto de vista do direito penal, o bem não deve ser representado como objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa de garantia." (CALEGARI; GIACOMOLI, 2005, p. 34).

Em Jakobs (2011), os valores ou bens são reconhecidos, mas não são objetos de proteção penal. Estes são protegidos mediatamente, pois considera que, ao tutelar a validade da norma, que traz em si o bem protegido, este será resguardado.

> Observa-se que Jakobs, apesar de não descartar expressamente o conceito de bem jurídico, acaba por substituí-lo pela noção de vigência efetiva da norma. Assim, o bem jurídico-penal, nos crimes contra a propriedade é a "eficácia do conteúdo normativo que expressa que a propriedade deve ser protegida"; nos crimes de lesões corporais, é "a eficácia do conteúdo normativo de que a integridade física alheia deve ser respeitada." (BADARÓ, 2017, p. 79).

Para o autor (2011), cada indivíduo possui determinada função na sociedade e quando age em desconformidade com ela e causa danos faz com que as expectativas dos demais sejam frustradas. Para que se restabeleça a confiança no sistema, pune-se o descumprimento da norma, o que sinaliza para os demais que esta se encontra válida e que seu descumprimento é mero desvio, trata-se de uma disfuncionalidade a ser corrigida. Na concepção de Jakobs, "a teoria do direito penal como proteção da vigência da norma demonstra sua validade especialmente nos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação." (CALEGARI; GIACOMOLI, 2005, p. 51).

No funcionalismo teleológico de Claus Roxin, a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, mas o autor admite alguns casos em que, embora não esteja presente um bem jurídico, algumas ações podem ser relevantes penalmente, por serem indesejadas e traz, dentre outros exemplos, os maus tratos a animais (GRECO, 2004; ROXIN, 2006; ROXIN, 2012b).

Em uma exposição sobre o bens jurídicos, Claus Roxin recupera o que entende como tarefa do direito penal, que é "garantir aos seus cidadãos uma convivência livre e pacífica sob

a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa essa tarefa como proteção de bens jurídicos.” (ROXIN, 2012b, p. 3).

Para que o direito penal realize sua função, é importante delimitar seu objeto de proteção, pois a garantia de convivência pacífica e do gozo de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição é um conceito demasiado amplo para justificar a intervenção penal. Por isso, ao conceituar bem jurídico, Roxin (2012 b; 2006) cuida por meio de exemplos do que pode ser protegido penalmente e o que não pode, por não se tratar de bens jurídicos reais.

Segundo o autor, bens jurídicos são “todos aqueles dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sobre essas bases.” (ROXIN, 2012b, p. 3). São “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.” (ROXIN, 2006, p. 18). Percebe-se que, nesse conceito, o bem jurídico não se limita ao indivíduo, abrange também interesses coletivos.

Em sua argumentação, Roxin (2012 b; 2006; 2012 a) elenca de forma não exaustiva algumas hipóteses em que não estão presentes os bens jurídicos, mas que são ou já foram penalizadas na Alemanha, alguns deles também na legislação brasileira: proibição da homossexualidade, de posse de drogas para o consumo pessoal, das relações de incesto e doação de órgãos entre vivos. Em artigo sobre o tema, Roxin (2012b, p.7) traça algumas diretrizes para que a tipificação esteja em conformidade com o princípio da proteção subsidiária aos bens jurídicos:

> Não posso esclarecê-las na presente sede e as enunciarei ao menos em palavras-chave: leis penais arbitrárias, motivadas apenas por razões ideológicas ou que lesionam direitos fundamentais, não protegem bens jurídicos; comportamentos imorais ou reprováveis ainda não fundamentam por si sós uma lesão a bem jurídico; a violação da própria dignidade não é uma lesão de bem jurídico; a proteção de sentimentos apenas pode ser reconhecida como proteção de um bem jurídico em casos de ameaças realistas; a autolesão consciente, sua possibilitação ou apoio não violam nenhum bem jurídico (alheio); normas penais predominantemente simbólicas não possuem função protetora de bens jurídicos; tabus não são bens jurídicos; objetos de proteção de abstração impalpável não podem ser reconhecidos como bem jurídico.

Observa o autor que, com o imperativo de fundamentar a criação de tipos penais na necessária lesão de bens jurídicos, quando não está claro qual o bem jurídico objeto de proteção pela norma, estes são criados pelo legislador, como bens jurídicos de alta abstração,

não perceptíveis a princípio, como a proteção da família ao se proibir a homossexualidade ou a proteção da prole na proibição do incesto (ROXIN, 2012b).

Com vistas a orientar o legislador, Roxin debate sobre casos em que, embora contenham interesses legítimos, não merecem ser objeto de tutela penal, uma vez que a função de proteção a bens jurídicos é indissociável da subsidiariedade.

> A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas (ROXIN, 2012a, p. 33).

.

Esse conceito de bem jurídico leva ao entendimento do teórico de que não se podem criar tipos penais que não visem evitar a lesão a esses bens (salvo casos excepcionais considerados pelo autor). Trata-se da função limitadora do legislador que possui o bem jurídico.

2.2.2 Bem jurídico e política criminal

Não se pode falar sobre bem jurídico-penal sem abordar sua função político-criminal. Nessa seara é que se discutem quais condutas podem ser criminalizadas e sobre o que protege o direito penal. Ao decidir criar um tipo penal, o legislador deve ter em mente o objetivo da tipificação, se é a proteção de um bem ou valor socialmente essencial ou se é uma escolha pautada na conveniência administrativa do Estado. Por isso é importante analisar se no tipo penal há o bem a ser protegido.

O conceito de bem jurídico pode ser de base dogmática ou político-criminal. Pelo conceito dogmático, o bem jurídico é o objeto da proteção penal previsto no tipo penal, logo, está presente em todos os tipos. “Por essa ótica, o conceito de bem jurídico está entregue à livre disposição do legislador, que geralmente o utiliza na Parte Especial do Código Penal, ao enunciar o objeto protegido.” (BOZOLA, 2015, p. 131).

O conceito de bem jurídico, nesse sentido, possui a “função, por assim dizer, doutrinária de reconhecimento do sistema penal vigente. Consiste ela na valorização do papel central que ocupa o bem jurídico na formação do delito, e sua consideração de modo prevalentemente objetivo.” (PRADO, 2019a, p. 39).

Esse conceito é utilizado no Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), que se encontra estruturado em sua parte especial no conceito dogmático de bem jurídico, ao organizar os crimes segundo os bens protegidos: Dos Crimes Contra a Vida, Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, dentre outros.

O bem jurídico, além de ser a razão e o limite da tipificação, constitui ainda elementar do tipo, uma vez que não deve haver criminalizações de atos não ofensivos a esses bens. Trata-se do substrato mínimo de orientação para o legislador em um Estado Democrático de Direito.

> O bem jurídico tem um papel indispensável na tipicidade, por conta do conceito de tipo de injusto, porém sua importância ultrapassa em muito esse instituto, de forma que se deve considerar o bem jurídico substrato material da tipicidade, que é um conceito fundante de um direito penal relacionado com o Estado Democrático de Direito (BOZOLA, 2015, p. 120).

Se a função do Direito Penal é de proteger bens jurídicos, o Estado não pode legitimamente criar tipos penais em que estes não existam, caso em que se trataria de criminalização da desobediência. Entretanto, como já dito, Roxin traz hipóteses de bens e interesses legítimos, mas que não são bens jurídicos e questiona a sua exclusão da proteção penal (ROXIN, 2006; GRECO, 2004; ROXIN, 2012b).

Ele traz três importantes exceções à necessidade de proteção ao bem jurídico na criminalização: proteção do embrião, a proteção das gerações futuras e a dos animais. Luís Greco (2004) traz três hipóteses para solução do problema: não proteger o bem, por não ser um verdadeiro bem jurídico, alargar o conceito de bem jurídico a fim de incluir esses interesses e, por fim, admitir casos pontuais de criminalização sem bem jurídico.

Argumenta que admitir exceções ao bem jurídico na criminalização de condutas é mais aceitável do que expandir seu conceito para abarcar situações limítrofes, mas, como dito, legítimas, mas que não se encaixam no conceito de bem jurídico (GRECO, 2004). Assim, seguindo a linha de Roxin (2012 b; 2006; 2012 a) e Hefendehl (2002) conclui:

> Ou seja: o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social (GRECO, 2004, p. 8).

Dentre as propostas trazidas pelo autor, em um raciocínio de exclusão, adota-se, no presente trabalho, a existência de casos pontuais que, a despeito de não se adequarem ao

conceito doutrinário de bem jurídico, no caso, o conceito de Roxin (2006), estes merecem tutela penal, caso não possam ser protegidos por outros meios. Isso porque o Direito é meio de pacificação social, desse modo, o tecnicismo não pode excluir interesses legítimos. Entretanto, ainda que se admita a criminalização excepcional sem um bem jurídico, esta deve estar de acordo com os demais princípios do Direito Penal.

O bem jurídico de cunho político-criminal, segundo Greco, é aquele que surge da busca na Lei Maior dos valores e interesses fundamentais para o cidadão e sua vivência pacífica em sociedade (GRECO, 2004). O bem jurídico tem então a função de orientar o legislador que somente poderá tipificar condutas ofensivas a tais valores.

> Essa orientação político-criminal encontra supedâneo no texto constitucional brasileiro em vigor e na própria definição de Estado nele epigrafada. Já em seu Preâmbulo, a Carta brasileira de 1988 enuncia as bases de um Estado Democrático de Direito – de forte matiz social – "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social". (PRADO, 2019c, p. 46).

Entretanto, a função de limitar e orientar o legislador, na tipificação de condutas, não é aceita de forma pacífica entre alguns teóricos. Dentre eles, destaca-se Jakobs (2011) para quem a proteção a bens jurídicos é aparente e não delimita o direito penal, pois o conteúdo da proteção pode ser preenchido livremente pelo legislador em decisão política.

> O Direito Penal pode, se assim se quiser, vender-se como proteção de bens jurídicos, mas isso só de modo um tanto forçado. [...]. Não há uma fronteira fixa entre uma lesão a bem jurídico e uma imoralidade. Tampouco consegue a teoria do Direito Penal como proteção de bens jurídicos limitar as antecipações de punibilidade; no campo dos delitos ambientais, chega a teoria a teses espantosas. O genuíno conteúdo liberal da teoria é mera opção política. A teoria do Direito Penal como proteção da vigência da norma confirma-se especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é lesão à vigência da norma; a pena é a eliminação dessa lesão. (JAKOBS, 2011, p. 177).

Dentre os doutrinadores que não atribuem ao bem jurídico a função limitadora do legislador, Roxin (2006) ainda destaca Hirsch (2001) e Stratenwerth (2001).Segundo ele,

> Hirsch afirma que "não existe" um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador. "O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para limitar o Direito Penal". Stratenwerth remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que "uma definição material e universal de bem jurídico" equivaleria a "deixar o círculo quadrado", isto é, seria impossível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. (ROXIN, 2006, p. 15).

A doutrina é vasta sobre a teoria do bem jurídico. Conforme o modelo de Estado, o modelo teórico do delito, a influência das ciências sociais (com a incorporação da política criminal vigente na dogmática), dentre outros fatores, têm-se uma diferente concepção de bem jurídico. O importante a se considerar é que o Direito Penal limita o Direito Fundamental de liberdade, desse modo, seja qual for o modelo teórico de bem jurídico, este deverá ter relação com os Direitos Fundamentais que, no Brasil, estão na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

É certo que os valores primordiais para a vida digna do cidadão possuem status de direitos fundamentais consagrados na Constituição, o que fundamenta o surgimento dos conceitos constitucionais de bens jurídicos. Há uma teoria estrita, segundo a qual a proteção penal deve ser para os bens e valores expressos na Constituição, que traz em si o rol de bens jurídicos. Essa teoria não abarca os direitos humanos não internalizados e valores sociais importantes que não estão expressos. Essa concepção é adotada por parte da doutrina italiana. Tatiana Badaró (2017) destaca algumas críticas a essa teoria: o rol constitucional não tem o efeito limitador do direito penal, uma vez que traz valores amplos e conceitos vagos que podem fundamentar o uso do direito penal para a administração do Estado.

A teoria constitucional ampla abarca os bens expressos, os implícitos e o não contrários à Constituição. “Nessa linha, Roxin adota uma noção de bens jurídico-penais como valor não vedado pela ordem constitucional, tomando a Constituição, por conseguinte, mais como limite do que como fundamento do conceito.” (BADARÓ, 2017, p. 92). Essa é a teoria majoritariamente adotada no Brasil. “Nessa linha, são bens suscetíveis de proteção penal os direitos constitucionais do cidadão, os valores objetivamente tutelados e outros que, sem possuir relevância constitucional propriamente dita, lhe são conexos.” (PRADO, 2019c, p. 49). As críticas a essa teoria são no sentido de os autores não definirem o que é bem jurídico, mas tão somente os casos em que não estão presentes.

Em um ponto intermediário aqui adotado, pode-se dizer que a Lei Maior traz em si os bens jurídicos, mas nem todos eles são bens jurídico-penais e que a previsão constitucional é ponto de partida e fundamento para a proteção penal de bens jurídicos. Conforme ressalta Luís Greco (2004, p. 100): “o bem jurídico-penal, apesar de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador -, deve ser necessariamente mais restrito do que os valores constitucionais.”

Assim, todo bem jurídico deve ter base constitucional, mas nem todo bem jurídico merece ser tutelado penalmente. Isso se dá com a combinação do princípio da exclusiva

proteção de bens jurídicos com o princípio da subsidiariedade, dado que, se outros ramos do Direito puderem proteger o bem, não se justifica a intervenção penal.

A Constituição deve ser o parâmetro de criminalização legítima ao mesmo tempo em que deve limitá-la. Percebe-se, porém, que a Lei Maior elenca um extenso rol de Direitos Fundamentais, muitos dos quais são protegidos penalmente, inclusive com mandamentos de criminalizações.

> O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais para a incriminação ou não de condutas. (PRADO, 2019c, p. 48).

Por esse motivo, a concepção de constituição somente como limitadora da criminalização é insuficiente. Isso porque ao passo que as Constituições ampliam direitos e valores essenciais para os cidadãos, o que se entende como bem jurídico é igualmente alargado. Com a expansão de direitos, expande-se também a proteção jurídica, lançando-se mão cada vez mais do Direito Penal.

Dado que a função do direito penal é de proteger bens jurídicos, o Estado não pode legitimamente criar tipos penais em que estes não existam, caso em que se trataria de criminalização da desobediência.

Entretanto, para conciliar a proibição com a existência de bens jurídico-penais, há uma inversão na atividade legislativa. Criminalizam-se as condutas indesejadas para então se verificar ou mesmo criar o bem jurídico objeto da proteção.

2.2.3 Espécies de bens jurídicos

Quanto às espécies de bens jurídicos, estas são indicadas conforme digam respeito ao indivíduo ou à coletividade. Há também a teoria segundo a qual o referencial é tanto o indivíduo como a coletividade.

Segundo a teoria dualista adotada por Tiederman(1969), Kuhlen (1993), Shunemann (2007) e Figueiredo Dias (2010), existem duas espécies distintas de bens jurídicos: os individuais e os coletivos. Sob essa perspectiva, bens jurídicos supraindividuais existem independentemente dos integrantes da coletividade. Conforme dito por Figueiredo Dias (2010, p.10), “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao

mesmo nível de exigência autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos [...]".

A crítica a essa teoria é no sentido de que, uma vez que é dispensado o referencial individual, o legislador não possui critérios ou limites na criação de interesses coletivos. Nesse sentido, ensina Tatiana Badaró (2017, p. 185):

> Com efeito, a opção dualista é pragmática, porquanto se exime de buscar um conceito único de bem jurídico-penal apto a submeter os bens jurídicos individuais e supraindividuais aos mesmos pressupostos de legitimidade. Entretanto, tal perspectiva se baseia numa distinção artificial e arbitrária entre bens individuais e coletivos, ignorando a base personalista de ambos e reforçando a oposição falaciosa entre o indivíduo e a sociedade. Além disso, a presente postura, na medida em que dispensa o referencial pessoal, promove o ingresso facilitado de novos bens jurídicos supraindividuais na seara penal, admitindo que quaisquer funções e finalidades político-estatais assumam essa roupagem.

Em oposição à teoria dualista, destaca-se Hassemer como defensor da existência de apenas um referencial para o bem jurídico: o indivíduo. Ele entende como bens jurídicos os "interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais." (HASSEMER, 2010, p. 161). O autor admite que existam bens coletivos, mas condiciona sua legitimidade à tutela de interesses individuais. Trata-se da concepção monista-pessoal. Em contraposição a essa teoria, Luís Greco (2004)preceitua que esta não pode ser aceita, uma vez que leva ao equivocado entendimento de que bens jurídicos coletivos são ilegítimos por expandir o alcance do direito penal (como novos bens jurídicos) que, em Hassemer (2010 b), deve estar adstrito à proteção de bens individuais. Segundo Greco (2004, p. 104),

> Bens jurídicos coletivos não são uma novidade no direito penal. Eles não foram introduzidos com o moderno direito penal ambiental e econômico. Os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos esquecidos, tutelam bens jurídicos coletivos, e nada há de errado com isso. O problema dos bens jurídicos coletivos não está em referi-los aos indivíduos, e sim, como veremos abaixo, em distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de meras retificações de bens jurídicos individuais.

Ao contrário do que defende a teoria monista-pessoal, a referência ao indivíduo causa mais problemas do que sua independência, segundo o autor, uma vez que não é fácil encontrar o referencial individual em cada bem jurídico supraindividual. A referência indireta, utilizada para resolver a questão faz com que a distinção monista e dualista perca o sentido (GRECO, 2004).

A teoria monista se apresenta ainda como aquela cuja referência não é o indivíduo, mas o Estado. Nessa concepção de bem jurídico, os interesses tutelados dos indivíduos só o são mediatamente. Ao abrigar os interesses do Estado, o direito penal tutela os do indivíduo que àquele está submetido (BADARÓ, 2017, p. 186). Dentre seus adeptos, estão aqueles autores que tem o direito penal como garantidor da existência do Estado e da sociedade e não o indivíduo. Dentre eles, citem-se "Amelung, que intenta substituir o conceito de bens jurídicos por proteção da funcionalidade dos sistemas sociais, e Jakobs que, como já mencionado, afirma ser o fim do Direito Penal a garantia da identidade normativa." (BOZOLA, 2015, p. 143).

Têm-se, por fim, a teoria monista-social, defendida por Hefendhl (2010), que outrora adotava a concepção dualista, que a esta se filiou por entender que a teoria dualista tem o efeito de alargar o direito penal ao passo que a monista-pessoal serve aos interesses de apenas parcela da sociedade. Conforme observa Tatiana Badaró (2017), essa teoria coloca a coletividade acima do indivíduo e, em alguns casos, o próprio Estado prepondera.

> Da mesma forma que o monismo-estatal, o monismo-coletivo de Hefendehl transaciona com o autoritarismo. Uma demonstração disso é que o autor alega que, nos delitos de proteção do Estado e dos recursos estatais, o titular dos bens jurídicos não é a sociedade, mas o Estado, na condição de titular de bens jurídicos próprios e não de mero gestor de bens jurídicos alheios. (BADARÓ, 2017, p. 187).

Adota-se no presente trabalho a teoria dualista do bem jurídico, admitindo-se a existência autônoma de bens jurídicos individuais e supraindividuais. Levando-se em conta que o referencial individual nem sempre é detectável, não se pode descartar de pronto a intervenção penal necessária, visto que essa divisão por vezes é relativa. Como exemplo, destaca-se o meio ambiente. É inegável que este mereça proteção penal, mas nem sempre está manifesto o indivíduo lesado quando há um crime ambiental. Isso porque o interesse em jogo ultrapassa limites territoriais e mesmo gerações, o que lhe confere, ao contrário, maior legitimidade para ser protegido penalmente.

2.2.4 Novos bens jurídicos e a gestão de riscos pelo direito penal

O modo de organização contemporânea da sociedade reflete diretamente no Direito Penal, motivo pelo qual deve ser analisado levando-se em conta seu contexto histórico e social. Os institutos desse ramo do Direito "caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se

inserem, ainda que constituam um sistema estruturado e autônomo em relação a outros sistemas de regulação.” (BOTTINI, 2007, p. 28).

Com o surgimento de novos riscos das sociedades pós-industriais, o direito penal veio cuidar de novos interesses, uma vez que o risco, que era predominantemente de ordem individual ou de grupos determinados, veio alcançar sujeitos indeterminados e as consequências de danos puníveis penalmente passaram a não ser mais facilmente mensuráveis. Sobre a sociedade de risco e seus efeitos sobre a criminalidade, destaca-se a preleção de Tatiana Badaró (2017, p.99) para quem

> O avanço tecnológico, do qual depende o estilo de vida moderno, é, portanto, uma das principais fontes dos grandes riscos que desafiam a pós-modernidade. Ao lado da globalização econômica e da integração supranacional, fenômenos igualmente aprofundados na contemporaneidade, o desenvolvimento técnico-científico possui duplo efeito sobre a conformação da criminalidade atual: a estruturação de novas modalidades de delitos clássicos e a aparição de novas formas delitivas.

O direito penal, que era acionado após o fato lesivo, veio a ser utilizado para prevenção a esses danos, com a antecipação da tutela penal, caso em que “o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses.” (BOTTINI, 2007, p. 86).

Percebe-se que o direito penal, ao ser utilizado para de gestão de riscos, sofreu considerável ampliação de seu alcance, expandindo-se para novas áreas de atuação e se antecipando aos danos aos bens jurídicos que objetiva proteger.

Verifica-se a ocorrência de um novo movimento doutrinário e político-criminal, que foi objeto de estudo na obra de Jesús-Maria Silva Sánchez (2013) – “A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais” – em que o autor faz importantes reflexões sobre as características do direito penal que é, na atualidade, utilizado para gestão de riscos, restando em muitos casos relativizada a divisão entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, casos em que ilícitos materialmente administrativos são objetos de sanções criminais.

Essa ampliação do alcance do direito penal e seu uso para enfrentamento de riscos é avaliada de formas diversas por importantes teóricos, verificando-se a existência de teses contrárias (Winfried Hassemer) (2010 b), de teses intermediárias (funcionalismo moderado Roxin) (2012 b) e Jackobs (JAKOBS, 2011) e de teses favoráveis (Stratenwerth) (1993). Merece ainda especial destaque a concepção de expansão do Direito Penal de Silva Sánchez (2013) e sua proposta de um Direito Penal de duas velocidades.

Dentre os críticos, Bozola (2015, p. 90) destaca Winfried Hassemer (2007) que considera que somente indivíduos possuem bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e que os "bens jurídicos supraindividuais, por sua vez, devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (chamada teoria pessoal, ou monista-pessoal do bem jurídico)." Bozola (2015, p. 91) ainda que

> Hassemer parte de um modelo ideal do direito Penal de um Estado de Direito (denominado por ele de Direito Penal "Clássico"), que se caracterizaria por proteger bens jurídicos (no sentido da teoria pessoal), por meio de crimes de lesão ou de perigo concreto, estritamente formalizado e reduzido ao seu núcleo de todo indispensável.

Hassemer (2010 b) remete a uma proposta de criação de um ramo intermediário do Direito, o que denomina "Direito de Intervenção" para infrações que não sejam do "Direito Penal Clássico". Esse Direito de Intervenção, apartado do direito penal e como uma extensão do Direito Administrativo, mas autônomo, seria o mais apropriado para enfrentamento dos riscos. Esse ramo do Direito caracterizando-se por possuir sanções menos gravosas, entretanto, o infrator teria menos garantias processuais (BOZOLA, 2015, p. 92). O direito penal, com suas duras penas e extenso rol de garantias processuais, estaria reservado aos crimes graves cometidos em face de indivíduos determinados ou determináveis, como lesões a bens jurídicos individuais.

Nesse contexto, importante é a tese de Jesús Maria Silva Sánchez (2013) que traz como expressões do que denomina de expansão do Direito Penal "a criação de novos 'bens jurídico-penais', ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais" (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 28). Para o autor (2013) ainda que haja eliminação de tipos penais, a velocidade em que surgem outros novos faz com que o direito penal se encontre em ampliação.

Enquanto Hassemer (2010 b) propõe uma cisão na tutela dos bens jurídicos, deixando a cargo do direito penal somente a lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos dos indivíduos (ainda que mediatamente), e ao Direito de Intervenção o enfrentamento do risco, Jesús-Maria Silva Sánchez (2013) propõe uma categorização da tutela de bens jurídicos, mas ainda no âmbito do Direito Penal.

> SILVA SÁNCHEZ não se manifesta pela redução do direito penal como propõe a Escola de Frankfurt, mas defende um sistema que faça frente aos novos riscos e que, ao mesmo tempo, respeite os princípios de um Estado Democrático de Direito: o

> direito penal de duas velocidades. Para este autor, a expansão do direito penal atual deve vir acompanhada da redução do rigor das sanções: logo, a flexibilização de princípios tradicionais será admitida quando correspondida pela generalização das penas pecuniárias, restritivas de direitos ou de reparação penal, em lugar da privação da liberdade (BOTTINI, 2007, p. 102).

Há ainda o entendimento segundo o qual os novos riscos podem ser objeto do Direito Penal sem que se crie uma nova dogmática, porque os princípios e garantias do Direito Penal são compatíveis com o enfrentamento da nova criminalidade e em defesa dos bens jurídicos supraindividuais em uma perspectiva dualista. Segundo Figueiredo Dias (2010, p. 9),

> A tutela dos novos ou grandes riscos típicos da "sociedade de risco" deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical no paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal.

Essa é a conclusão do autor (DIAS, 2010) após verificar a insuficiência das sanções de natureza civil, pois considera que não possui a capacidade de evitar grandes riscos e seu cunho de reparação está longe de compensar a coletividade da grande perda. Um direito administrativo de intervenção não possui autonomia e contornos necessários para assumir a proteção de bens coletivos contra grandes riscos e a cisão em Direito Penal em duas velocidades como defende Silva Sánchez é igualmente impraticável (DIAS, 2010).

Como defensor do enfrentamento do risco pelo Direito Penal de forma ampla, mediante adequação de sua dogmática em toda a sua estrutura, bem como dos institutos penais, Cruz Bottini (2007, p. 104) destaca Stratenwerth (2004), o qual defende que

> uma nova dogmática penal que assuma posição de enfrentamento antecipado e preventivo das situações de possível perigo para a estabilidade social e garanta as expectativas e a segurança do normal funcionamento dos contextos de interação. Esta dogmática apresentaria como tendência o fortalecimento do Poder Executivo como responsável pelo preenchimento de normas penais em branco, a expansão do direito penal como resposta à ausência de políticas públicas de intervenção e de prevenção e a significativa utilização da antecipação da tutela penal a estágios prévios à conduta lesiva.

Dentre os doutrinadores que estão na mesma linha de Stratenwerth (2011) está Klaus Tiederman (2010) para quem há plena legitimidade no uso do Direito Penal de forma pioneira para proteção dos novos bens jurídicos, sobretudo no âmbito econômico. Citem-se ainda Dietrich Kratzsch (1985) que advoga pela proteção eficaz dos bens jurídicos e Lothar Kuhlen (1993) para quem existe um dever do direito penal de enfrentar os novos riscos, devendo os doutrinadores adaptar a dogmática à nova realidade (BOZOLA, 2015). Os defensores da

atuação do Direito Penal do risco entendem que a intervenção é necessária para proteção dos bens supraindividuais e para gestão de novos riscos para estabilização da sociedade (BOZOLA, 2015). A aceitação irrestrita do direito penal do risco é objeto de críticas, uma vez que se expande para áreas reguláveis por outros ramos do direito, caso em que o Estado lança mão de sua maior violência – a restrição aos Direitos Fundamentais – para regular matérias de seu quotidiano ou proteger bens cujo valor não é proporcional.

Quanto ao funcionalismo, aqui com realce em Clauss Roxin e seu funcionalismo teleológico, o uso do Direito Penal na gestão dos riscos é subsidiário e o necessário para manutenção da sociedade. Para Roxin, consiste a função do Direito Penal "em garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não puderem ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos." (ROXIN, 2006, p. 16). Para o autor, que tem os bens jurídicos como objetos de tutela penal, o Estado deve garantir o pleno exercício dos direitos individuais pelos cidadãos, por meio de instituições ajustadas para que tenham uma existência livre e pacífica:

> Por isso, o Estado deve garantir com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc) sempre e quando isso não se possa alcançar de outra forma melhor (ROXIN, 2006, p. 18).

Percebe-se que a utilização do Direito Penal na gestão do risco em Roxin é necessária, mas deve se dar fundamentado na proteção de bens jurídicos, decorrente da observância dos preceitos de imputação próprias de um Estado de Direito. "Ao Direito Penal cabe a ingerência sobre os riscos e perigos inéditos, desde que esta se faça sob a perspectiva de proteção de bens penalmente relevantes e obedeça às garantias constitucionais." (BOTTINI, 2007, p. 108).

Ainda no funcionalismo, vale a teoria de Guinter Jakobs[19] que tem como função do Direito Penal "a confirmação da vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos. O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que a 'afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente' (ROXIN, 2006, p. 15). Como já dito, verifica-se que a teoria de Jakobs não elege o bem jurídico como objeto da proteção penal, embora reconheça sua existência.

---

19. "A teoria do Direito Penal como proteção da vigência da norma confirma-se especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é lesão à vigência da norma; a pena é a eliminação dessa lesão". (JAKOBS, 2011, p. 177).

Pelo abordado sobre o enfrentamento do Direito Penal dos novos riscos, percebe-se que a matéria é bastante controvertida, com posicionamentos importantes dentre os estudiosos tanto a favor quanto contrários a esses meios de gestão de riscos, conforme aqui apontados. Isso se dá, sobretudo, em razão da existência do paradoxo do risco, conforme pontuado por Bottini (2007, p. 51):

> A atividade de gestão do risco, portanto, se origina em um conflito, mas não em um conflito qualquer: naquele primordial, que sustenta o modelo de organização social atual. Decorre do litígio entre o discurso de defesa do risco, como motor do desenvolvimento, e o discurso pela restrição do mesmo risco como ameaça. Por isso o papel dos operadores desta gestão é cada vez mais relevante e sua atividade cada vez mais presente.

Nesse paradoxo, o gestor deve sopesar entre o risco a ser proibido e o risco permitido para continuidade das atividades necessárias para manutenção e desenvolvimento social. Nesse cenário, o direito penal recebeu destaque, uma vez que neste é que são debatidos quais serão os riscos aceitáveis e quais deverão ser evitados sob a ameaça de sanção penal, trazendo-se para a esfera penal discussões técnico-científicas de atividades perigosas, bem como meios de coerção para obediência de comandos Estatais em contextos de ideologias e valores diversos. “Nesse contexto, o Direito Penal passou a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido.” (BOTTINI, 2007, p.86).

Esse Direito Penal preventivo[20] teve como consequência a alargamento das esferas protetivas, eis que o que se concebeu até então como bem jurídico foi ampliado, com o reconhecimento (ou criação) de bens jurídicos que suplantam os direitos fundamentais individuais. Esses novos bens reconhecidos ou criados são protegidos pela mera exposição a perigo, visto que não se pode aguardar uma efetiva lesão para a sua proteção.

Percebe-se a criação de incontáveis leis penais para cada interesse sob enfoque (economia, corrupção, meio ambiente), o que dificulta sua compreensão e observação, passando a não se alcançar o efeito preventivo desejado. Vale ressaltar que, conforme observado por Mendonza Buergo, citado por Bottini (2007, p. 92), ao mesmo tempo em que

---

20 Pierpaolo Cruz Bottini diferencia a prevenção da precaução nos seguintes termos: “O princípio da precaução, princípio da prudência ou cautela, pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação. É o princípio que lida com situações em que a ciência não pode providenciar uma ampla análise das consequências, deixando um grau de incerteza no que se refere aos efeitos de determinadas atividades.” (BOTTINI, 2007, p. 62). “Princípio da prevenção, ao contrário da precaução, orienta medidas de restrição a atividades cuja periculosidade é constatada pela ciência, ou pela evidência estatística.” (BOTTINI, 2007, p. 64).

são criadas novas leis incriminadoras, há um movimento reverso de descriminalização, mas sem que se possa evitar a inflação legislativa.

Além da quantidade legislativa, importante citar a qualidade da legislação do Direito Penal na gestão do risco voltado à prevenção[21], uma vez que visam as leis, além da tutela de direitos individuais, à tutela de bens difusos ou coletivos, de forma antecipada. Percebe-se o uso mais frequente de normas penais em branco para proteção de bens difusos, pois tipos fechados não são suficientes para abarcar os novos perigos, bem como de crimes de perigo abstrato, pois "a criminalização de condutas por meio desta técnica visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo." (BOTTINI, 2007, p. 94). Ele entende ser notável a relação desses crimes com o risco, uma vez que

> O deslocamento do injusto do resultado para a conduta reflete uma preocupação do gestor de riscos (no caso, o legislador penal) com a prevenção e com a necessidade de evitar o perigo, como forma de garantir, de forma mais eficaz, a proteção aos bens eleitos como indispensáveis à vida comum. (BOTTINI, 2007, p. 94).

O Direito Penal de cunho individual e voltado para o resultado, na sociedade contemporânea, passou a atuar com vistas à prevenção de danos, em especial, a pessoas indeterminadas. Com vista a evitar esses danos, o direito penal sofre importante adequação dogmática para compreensão desse fenômeno de criminalização. O finalismo não mais explica os novos tipos penais, tanto que tratou indiscriminadamente como ilegítimos os crimes de perigo abstrato, pois sua leitura era feita com base ao desvalor do resultado, que não é aparente nesses casos. Por isso, o Direito Penal deve partir de suas funções de pacificação social e vivência digna do indivíduo e combater quando necessário os atos ofensivos, quer sejam pautados no desvador da ação ou do resultado, respeitados os preceitos constitucionais da ofensividade e subsidiariedade.

2.3 OFENSIVIDADE COMO PRINCÍPIO E SUA APLICAÇÃO ATRAVÉS DO TIPO

A separação entre o direito e o pecado se deu no contexto iluminista, com destaque pra a obra de Cesare Becaria, Dos Delitos e das Penas, publicada em 1764. Em sua obra, o autor relacionou o delito ao dano social. Em suas palavras: "a verdadeira medida dos delitos é o

21 Os temas sobre enfrentamento do risco e espécies legislativas são abordados com mais detalhes nos capítulos seguintes. No capítulo 3 serão abordados os crimes de perigo abstrato, no capítulo 4 cuida-se das espécies legislativas para proteção ambiental e no capítulo 5 é tratada a assessoriedade administrativa.

dano causado à sociedade." (BECCARIA, 1764, n.p.). O dano causado, independente das intenções do autor da conduta, era o núcleo do delito.

Com a evolução da teoria do delito e do bem jurídico, a ofensividade também adquiriu novos contornos conceituais, atrelados à ideia de resultado que deveria existir em qualquer tipo incriminador. Esse resultado pode ser naturalístico em alguns crimes ou jurídico. Nesse último caso, deve existir em todas as espécies de crimes (em relação à ofensividade): nos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato.

Tão importante quanto o bem jurídico como razão de criminalização e objeto de proteção do Direito Penal, é a ofensividade que constitui elemento essencial para a criação de tipos penais. Desse modo, com base no apresentado sobre o bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal, parte-se da premissa segundo a qual não há que se falar em criminalização legítima sem que haja ofensividade a esses bens.

Todavia, a proteção penal deve conter em si não somente a punição em caso da ocorrência do dano, mas também à sua prevenção, que, no caso, compreende o dano e o perigo. Isso porque a repreensão tão somente pelo efetivo dano possui mais o efeito punitivo do que o preventivo e o de dissuasão, tão necessários para a proteção dos bens jurídicos no Direito Penal na atualidade: os individuais e os suprainidividuais.

2.3.1 Ofensividade e espécies de delitos

Como já exposto quanto ao tipo penal e ao bem jurídico, o delito foi primeiramente concebido como ofensa a direitos subjetivos em Feurbach (1989) Esse dano deveria ser a direitos de terceiros e possuía reflexos sociais. Essa era a ideia de ofensividade que passou também a compreender os danos a direitos subjetivos do Estado, o que fez surgir, como já dito, os crimes privados e os crimes públicos.

Segundo Fábio Roberto D'Avila (2009), a ofensividade como lesão a direitos subjetivos não se sustenta, uma vez que o dano não recai sobre o direito em si, mas sobre seu objeto. Aduz o autor que "é o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa." (D'AVILA, 2009, p. 64).

Essa concepção deu lugar à de ser o crime ofensa a bens jurídicos e junto a ela, à ofensa na forma de perigo. A ofensividade como dano e perigo surge em Binbaum (1995) que considerou o crime como ofensas a bens jurídicos de origem natural (vida, liberdade). Em Binding (1916), o bem jurídico passou a ter origem não mais natural, mas positivada. Bem

jurídico seria aquilo que estivesse contido na norma, o que fundamentou o delito como violação de dever, afastando-se assim da necessária ofensividade (D'AVILA, 2009).

Segundo Roberto D'Avila (2009), para que ocorra o crime, dois elementos são indispensáveis: a existência de um bem jurídico protegido pela norma e a ofensividade da conduta proibida. Ele trata da análise em dois níveis: um afeto à existência de um bem jurídico objeto de proteção e um segundo que constitui a ofensividade que o autor considera como resultado jurídico que deve existir em todo tipo penal (D'AVILA, 2009). Nesse contexto, o autor, valendo-se da classificação de Faria Costa, expõe o que entende por lesividade conforme cada espécie de crime.

> Não basta o reconhecimento de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto da tutela da norma, mas é também necessário que esse mesmo bem jurídico tenha sofrido, no caso concreto, um dando/violação – ofensa própria dos crimes de dano - , ou um perigo/violação, nas formas de concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo – formas de ofensas exigidas, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato –. Critérios que, ao nosso sentir, muito tem a nos dizer sobre a diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo (D'AVILA, 2009, p. 96).

O autor (2009) dota o cuidado-de-perigo como expressão da ofensividade na tipificação de crimes de perigo abstrato, o que traz legitimidade a essa espécie de delito que é tratado por parte da doutrina como delito sem ofensividade, como mera desobediência. Acrescenta o autor que "sem ao menos uma possibilidade, não insignificante, de dano ao objeto jurídico da norma, sem ao menos uma ofensa de cuidado-de-perigo, não podemos reconhecer a ocorrência de um legítimo ilícito penal." (D'AVILA, 2009, p. 100).

O teórico aduz que a ofensividade, nas formas de dano, o concreto pôr- em- perigo e cuidado- de- perigo, são verificadas em um juízo *ex ante* de base total, sob um critério objetivo-normativo. Como dito, o cuidado-de-perigo é a ofensividade encontrada nos crimes de perigo abstrato, o que afasta a concepção de serem crimes de desobediência. Desse modo, explica o autor D'Ávila (2005, p. 100): "trata-se, em termos substanciais, em uma interferência jurídico-penalmente valiosa, na esfera de manifestação do bem jurídico, capaz de representar uma concreta situação de desvalor, e, consequentemente, substanciar um verdadeiro resultado jurídico."

Em sentido semelhante, colaciona-se a observação trazida por Isabel Resende Horta (2017), em dissertação sobre o tema, na qual destaca que nos crimes de perigo abstrato não há um bem jurídico perceptível e individualizado objeto de ofensa, razão pela qual considera,

com base na doutrina de Faria Costa (2000)[22], inexigível a ofensividade direta. Para ela, "a fundamentação para os crimes de perigo abstrato também é a proteção de bem jurídico, mas não de forma imediata. É o bem jurídico, o valor, que determinará a raiz para a relação do cuidado-de-perigo e os crimes de perigo abstrato." (HORTA, 2017, p. 87). Desse modo, a ofensividade está presente, mas não sobre um bem específico, mas em sua esfera manifestação.

> Ocorre que, diferentemente do perigo concreto, em que o bem jurídico entra no raio de ação da conduta perigosa, permitindo falar em uma verdadeira crise do bem jurídico, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com uma *interferência na esfera de manifestação do bem jurídico*, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial. Ou, dito de outra forma, a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa é desnecessária, porque nos crimes de perigo abstrato busca-se proteger, mais precisamente, a *dimensão dinâmica* do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal ao *campo de atuação desse mesmo bem jurídico* (D'AVILA, 2009, p. 115).[23]

No mesmo sentido, avulta Pierpaolo Cruz Bottini (2007), que adota a classificação de Faria Costa (1992) da lesividade (dano, perigo concreto e cuidado-de-perigo). Ao tratar da ofensividade em crimes de perigo abstrato, defende que o potencial lesivo da conduta deve estar no plano legal, na descrição típica, e que a periculosidade (a lesividade nos crimes de perigo abstrato) é verificada como risco criado. O autor aponta a solução trazida por Faria Costa que fornece elementos para compatibilização do perigo abstrato com a lesividade. Segundo Bottini (2007, p. 205),

> A construção de Faria Costa já oferece elementos para tratar os tipos penais de perigo abstrato como delitos adequados ao princípio da lesividade, no plano legislativo, ainda que não esclareça como o aplicador da norma penal deve atuar para respeitar tal diretriz diante de uma conduta que viole o dispositivo no plano legal.

Entretanto, rechaça a solução doutrinária segundo a qual os crimes de perigo abstrato são os meios de proteção de bens supraindividuais e são crimes de lesão quanto a esses bens, nos moldes de Binding (1916) que também os considerava como tal. A crítica do autor é no

---

22 A autora traz a seguinte citação da obra de José Francisco de Faria Costa – O perigo em direito penal: "A perversão dessa relação suscita, não um dano, não um perigo, mas um cuidado-de-perigo relativamente aos valores essencialíssimos do viver comunitário. Muito embora, no que se refere ao caso que nos prende agora, não existir a mediação de um concreto e definível bem jurídico a <> a relação de cuidado, é indiscutível que a relação de cuidado-de-perigo, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, é ainda suporte material suficiente para legitimar a incriminação de condutas violadoras dessa relação originária" (COSTA, 2000, p. 634, *apud* HORTA, 2017, p. 86).

23 Termos em itálico no original.

sentido de que essa solução é muito ampla, uma vez que qualquer conduta ofensiva afeta, em maior ou menor grau, interesses difusos, dentre os quais estão a moral, a religião (BOTTINI, 2007).

Ao passo que Roberto D'Avila (2009) admite que a conduta abstratamente perigosa possua resultado jurídico e, portanto, ofensividade, há doutrina no sentido de que o resultado se aperfeiçoa somente na forma de dano e de perigo concreto de dano.

Como crítico da ofensividade na forma de perigo abstrato, destaca-se o posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2002), para quem o princípio da ofensividade não é respeitado em crimes cujo desvalor repouse somente na ação. Para ele, deve ainda restar patente o desvalor do resultado que se dá pelo dano e pelo perigo concreto de dano, que constituem o resultado jurídico do crime. O autor explica que "desvalor da ação e desvalor do resultado, ambos são imprescindíveis pra o injusto penal. Toda concepção unilateralista (que funda o injusto em um ou em outro desvalor, isoladamente) deve ser refutada." (GOMES, 2002, p. 38). Completa que a descrição de condutas arriscadas não atende ao princípio, o que se dá na tipificação dos crimes de perigo abstrato, pois tem como ofensa tão-só a lesão e o perigo concreto de lesão ao bem jurídico (GOMES, 2002).

Por fim, citem-se os crimes de perigo abstrato por acumulação, largamente utilizados para a proteção ambiental. Nessa espécie de delitos, as condutas, em regras, só possuem potencial lesivo se consideradas quando acumuladas. As condutas isoladas, ainda que sejam contrárias à lei, não possuem, na tese de Silva Sánchez (2013), ofensividade para fundamentar a pena criminal. Segundo o auto, "é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulação ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo." (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.155). Silva Sánchez (2013) considera o uso do Direito Penal para a gestão ordinária de riscos e problemas sociais (os riscos globais) como um meio inadequado, os quais devem ser enfrentados pelo direito administrativo sancionador.

2.3.2 Ofensividade no tipo penal

Tão importante quanto entender o que é a lesividade, é a análise de sua função no tipo penal. De início, cumpre estabelecer que a ofensividade é um dos pilares do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito que se expressa pela garantia de *nulla lex sine iniuria* que, segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p. 37)

> é um axioma que complementa a natureza garantista do princípio da legalidade. De certa maneira, é um complemento (um plus) à exigência liberal e garantista da *lex certa*, que proclama que o tipo penal tem a função de determinar com a maior clareza possível o que é proibido e, por exclusão, o que está permitido. Quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo de ofensa punível, mais segurança está outorgando ao tipo penal (é dizer, ao Direito penal).

Desse modo, para que o princípio da legalidade seja observado, este deve se apresentar indissociável da ofensividade, de modo que tanto a conduta quanto a ofensa ao bem jurídico estejam presentes no tipo, ainda que seja sob uma perspectiva *ex ante*.

Isso porque embora o tipo seja a descrição de condutas proibidas, nele deve se incluir o resultado lesivo ou que exponha o bem jurídico a perigo (a ofensividade), que é o fundamento da criminalização utilizada pelo legislador, sob pena de se desvirtuar a função do Direito Penal de tutela dos bens mais caros à sociedade. Assim,

> A construção legal de um tipo, evidentemente, não segue um procedimento puramente causal. O legislador, ao considerar uma conduta como proibida, o faz tendo em vista a sua concretude social, o desvalor que carrega tanto na sua própria e nesta realização (desvalor do ato) quanto na produção de seus efeitos (desvalor do resultado). É claro que na elaboração do tipo o que se tem em vista é basicamente o desvalor do ato, por que simplesmente se assim não fosse de nada adiantaria a proibição. Esta não pode unicamente referir-se ao desvalor do resultado, pois o que se trata é de proibir ações e não resultados. (TAVARES, 1992, p. 6).

Ocorre que a ofensa a bens jurídicos é patente em crimes de dano e é aceita sem muitos problemas pela doutrina quando se trata de crimes de perigo concreto. O dano e a exposição a perigo concreto são tidos como formas de ofensa a bens jurídicos, contudo, o mesmo não se dá quanto ao perigo abstrato de dano.

Percebe-se que a ofensividade abstrata traz um maior ônus ao legislador: o de delimitar objetivamente a conduta bem como demonstrar que sua proibição é um meio necessário e eficiente para evitar um dano ao bem que deve estar claro no tipo. Contudo, essa não é uma tarefa simples, como se verifica nos escritos de Luís Greco, em recente reflexão sobre a criminalização antecipada para proteção de bens jurídicos, quando considerou insuficiente a ofensividade de origem italiana [24] para fundamentar a intervenção penal.

---

24 Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, em se tratando de ofensividade na doutrina italiana, "o único modelo de delito compatível com a Constituição e o Estado Democrático de Direito é o que se estrutura como uma ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão) a bens jurídicos. A essa conclusão se chega também por força do princípio da taxatividade, que é uma das dimensões de garantia da legalidade penal (Constituição italiana, arts. 25.2 e 27). Em outras palavras, também o bem jurídico deve ser taxativo (inequívoco), particularmente porque, quanto mais

> Ao afrmar que só há crime se um bem jurídico estiver submetido a lesão ou a perigo concreto, a ideia funde os dois planos, manifesta-se de forma prematura sobre a estrutura do delito, formulando uma afirmação que não tem como levar a sério, sem ter de acudir a uma série de artifícios conceituais (principalmente: o de inventar bens jurídicos ali onde um perigo concreto não puder afirmar-se, e o de manejar um conceito de perigo concreto que, de uma perspectiva alemã, designa uma forma de perigo abstrato) (GRECO, 2020, p. 23).

Essa forma de lesividade que comporta apenas o dano e o perigo de dano se mantém, como observado por Greco, de uma forma artificial, o que pode ser resolvido admitindo-se a lesividade na forma abstrata quando o bem ou interesse[25] for melhor tutelado por esse meio. Isso ocorre como já dito, para bens supraindividuais de real importância para a vida digna do homem e sua vivência pacífica em sociedade ou quando a precaução justifique tal tipo de proteção penal. Como se verá adiante, o bem jurídico meio ambiente, como bem supraindividual de notável importância, não pode sofrer certos danos em razão de sua irreversibilidade e alcance na presente geração bem como nas futuras.

Por isso, para uma proteção eficiente do bem jurídico que requer a prevenção de danos, em especial em face dos novos bens e interesses na existência de novos riscos, considera-se como lesividade aquela que compreende o dano, o perigo concreto e o perigo abstrato, conforme teoria adotada por Pierpaolo Cruz Bottiini (2007). O autor propõe a adoção da teoria segundo a qual a lesividade se apresente em três níveis, como idealizado por Faria Costa (2000) e considera como tal, além do dano e perigo concreto, também o potencial de perigo, que é a desestabilização da segurança em relação ao bem (BOTTINI, 2007).

Arremate-se este tópico com a lição de Claus Roxin (2002a) que, ao tratar da teoria da imputação objetiva, que se funda na proibição da criação de riscos não permitidos, lecionou que a lesão ao bem jurídico se dá com a criação de um risco não permitido, que pode resultar em dano ou na exposição do bem a perigo. Desse modo, o teórico tem como equivalentes a ação típica e a lesão aos bens jurídicos (ROXIN, 2006). Isso porque, sob essa ótica, o legislador, em decisão pautada na política criminal vigente, na ocasião da tipificação, considerou o bem a ser protegido, a forma de ofensa e a lesão a ser impedida.

---

inapreensível *(inafferrabile*) ele seja, mais impreciso é o próprio tipo penal (*Tatbestand*) (GOMES, 2002, p. 49)".

25 Adota-se, como dito, o conceito de bem jurídico preconizado por Claus Roxin, para que são bens jurídicos as "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (ROXIN, 2006, p. 18-19)". Nessa concepção de bem jurídico, tudo o que for necessário para a vida digna do individuo ou deste na sociedade pode ser considerado um bem jurídico e estes podem ser ainda bens jurídico-penais.

3 O PERIGO ABSTRATO COMO TÉCNICA DE LEGIFERAÇÃO

Desde as primeiras teorias do crime surgidas sob a égide do positivismo jurídico, houve a preocupação doutrinária não apenas com atos lesivos aos bens tutelados, mas também quanto aos aptos à exposição a perigo, verificando-se um esforço dos teóricos na busca de fundamentos para a proibição de condutas perigosas, sem contrariarem a teoria tida por base. Os modelos alicerçados no desvalor do resultado não conseguiam explicar satisfatoriamente os tipos cujo desvalor repousa na ação. Entretanto, sempre se reconheceu a necessidade de se proteger os bens mais importantes do perigo de dano, o que ganhou maior destaque na sociedade pós-industrial. Tipos de perigo que eram esparsos passaram a ser mais frequentemente utilizados com o surgimento de novos riscos e de novos valores e interesses de ordem coletiva.

Nesse contexto, o legislador tem utilizado com mais frequência a técnica legislativa de crimes de perigo abstrato para a gestão de riscos inerentes à evolução científica, industrial e tecnológica, sobretudo para gestão dos consequentes riscos aos direitos fundamentais de terceira dimensão, os direitos difusos e coletivos.

Com a inefetividade dos demais ramos do direito na gestão de riscos, verifica-se o uso indiscriminado do Direito Penal, o que se faz com a criação de tipos penais de perigo abstrato como antecipação da tutela penal a momentos anteriores ao dano e ao perigo concreto de dano. O mesmo se verifica ainda por escolha do legislador para situações diversas, dado o maior efeito intimidatório desse ramo do direito.

3.1 CRIMES DE PERIGO CONCRETO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Em se tratando de legitimidade da incriminação de condutas, deve-se verificar em que medida o tipo penal descreve conduta apta a lesar ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico. Segundo Assis Toledo (1994), é com base na lesão ao bem jurídico que se classifica um crime como de dano ou de perigo.

> Com vistas ao bem jurídico protegido, é que se fala em crimes de dano e em crimes de perigo. Os primeiros causam lesão efetiva, os últimos conduzem a uma potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto, que o legislador deseja cortar no nascedouro (TOLEDO, 1994, p. 143).

Os delitos são classificados pela doutrina como crimes de perigo e crimes de dano. Se o tipo penal traz a descrição de uma lesão ou prejuízo ao bem jurídico protegido, será o crime de dano, cujo resultado é de ordem material. O delito de homicídio, por exemplo, tem como bem jurídico protegido a vida. O crime, no caso, só se consuma com a lesão ao bem jurídico vida. Se o resultado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, têm-se o homicídio tentado.

Há delitos, entretanto, que se consumam com a exposição do bem jurídico a perigo de lesão. Esse perigo, uma vez descrito no tipo, consubstancia o perigo concreto. O perigo é elemento do tipo, como se verifica na expressão "gerando perigo de dano" do crime previsto no Art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, (Lei 9.503/97): "Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano" (BRASIL, 1997).

Entretanto, o perigo nem sempre vem descrito no tipo, limitando-se o legislador a descrever a conduta proibida que entende ser perigosa, daí ser o crime de perigo abstrato também ser chamado de crime de perigo presumido. Como exemplo, traz-se outro crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, o crime previsto no Art. 306 que descreve como delituosa a conduta de "Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência". O artigo traz em seu § 1º as formas de constatação da conduta[26], o que demonstra que, presentes tais circunstâncias, o perigo se encontra presente segundo o legislador e o crime está consumado.

O mesmo bem jurídico a ser protegido, por muitas vezes, pode estar sujeito a dano, a perigo concreto ou a perigo abstrato de dano. Percebe-se que há uma ordem de intensidade em que se encontram o dano, o perigo concreto e o perigo abstrato, conforme ressalta Tatiana Badaró:

> Numa distinção preliminar, os crimes de dano são aqueles cuja consumação depende de relevante e efetiva destruição, diminuição ou perda do bem jurídico em decorrência da conduta típica. Já os crimes de perigo se satisfazem com a criação ou incremento de um perigo proibido e não insignificante de ocorrência do resultado danoso para o bem jurídico. Portanto, o que diferencia os crimes de dano dos crimes dos crimes de perigo é a intensidade ao ataque ao bem jurídico (BADARÓ, 2017, p. 241).

26.§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Levada a efeito essa gradação em que pode haver a lesão ao bem jurídico, fala-se em antecipação da tutela penal, quando o legislador se antecipa ao dano e, com vista à prevenção, pune a exposição do bem jurídico a perigo. Em sendo o perigo abstrato, a antecipação da tutela penal é manifesta, tanto que os que advogam pela ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato apontam como limite para a criminalização o perigo concreto.

3.1.1 Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto, em que se pressupõe um perigo real e comprovável de dano, são, em Roxin (1997), crimes de resultado de perigo verificados concretamente, uma vez que são verificados *ex post*. Isso porque ele considera que, uma vez que o bem foi exposto a perigo concreto, verifica-se o perigo típico ao bem jurídico tutelado[27].

Para os críticos dos crimes de perigo abstrato, o limite para a antecipação da tutela penal é a criação de perigos concretos. Entretanto, pouco se discute sobre o que é o crime de perigo concreto. Ao se tratar de crimes de perigo concreto, é pacífico que a valoração da conduta como perigosa se dá *ex post*, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Entretanto, não rara é a controvérsia sobre a exposição ou não a um perigo no caso concreto em se tratando de conduta que se amolda a crime de perigo abstrato. Busca-se comprovar que naquela situação em particular não houve perigo, afastando-se a presunção legal.

Há diversas concepções doutrinárias sobre o perigo concreto. Do ponto de vista ontológico de Horn (1969) autor da "teoria científico-natural do resultado de perigo", dá-se o perigo concreto quando o dano não ocorre por razões não encontradas nas leis naturais, não havendo explicação baseada em fatos para a sua não ocorrência. Nos crimes de perigo concreto, os danos potenciais são conhecidos e são verificados no caso com base nas ciências naturais e, apenas por mera causalidade, o dano não ocorre. Segundo a doutrina de Horn, pela

27 "Tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se disti nguen de los delitos de lesión acabados de tratar en lo esencial no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adec uado y no permitido. Este peligro, conforme a loscriterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio deuna prognosis objetivo-posterior (por tanto, ex ante; cfr. nm. 32); si falta um peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, esepeligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un peligro concreto" y que, como también en otros casos, ha de incluir todas lascircunstancias conocidas ex post (ROXIN, 1997, p.404)". ROXIN, Clauss. **Derecho Pena**l, Parte Geneal Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito – Madrid: Editorial Civitas, 1997.

“teoria científico-natural do resultado de perigo”, conforme as leis naturais, o dano teria fatalmente ocorrido, sendo inexplicável a não ocorrência (ROXIN, 1997, p. 406).[28]

De modo semelhante, segundo a “teoria normativa do resultado de perigo”, concebida por Shunemann (1975) a ação é idônea para causar o dano que não ocorre por razões inexplicáveis. Nessa teoria, habilidades ou qualidades extraordinárias do agente não são levadas em consideração (ROXIN, 1997)[29] . Sob uma perspectiva de caráter normativo, na concepção de perigo cunhada por Shunemann (1975) o dano não ocorre por puro acaso, ou seja, a conduta era hábil para lesão e esta não ocorreu por sorte (GRECO, 2004, p. 120).

Roxin (1997, p. 406) ainda traz a “teoria da crise aguda do bem jurídico” de Demuth (1980) que concebe o perigo concreto quando se percebe extrapolado o momento de se evitar o dano com segurança. A teoria de Demuth (1980) guarda semelhança com a teoria de Ostendorf (1982) pela qual haveria perigo concreto quando o agente não mais domina o fluxo da ação. Aquele, por sua vez, entende que o bem jurídico está em grave crise, “a qual tem lugar depois de ultrapassado o momento em que o agente poderia lançar mão das medidas de segurança regulares para evitar o dano”. Para o segundo haveria perigo concreto quando o agente não mais domina o fluxo da ação (BADARÓ, 2017, p. 243).

Sob a ótica finalista, os crimes de perigo concreto são tipos adequados para a prevenção de danos, isso porque “os tipos de perigo concreto admitem a verificação dos elementos objetivos e subjetivos inerentes à tipicidade.” (BOZOLA, 2015, p. 47). Nesse modelo teórico, a ação penalmente relevante será aquela orientada a expor um bem tutelado a um perigo concreto, verificável, devendo-se constatar de pronto a ação humana com conteúdo objetivo e subjetivo (vontade) que produza um perigo verificável no caso concreto. Avalia-se a probabilidade do dano e a ação ocorre com dolo de perigo.

Outra observação importante para a classificação de um crime como de perigo concreto é em razão do bem jurídico protegido, se individual ou individualizável. Uma vez

---

28 “El punto débil de esta solución radica en que, para enjuiciar el "peligro próximo" o la "probabilidad" de una lesión, la misma sólo puede remitir a la experiencia de la vida del juez y por tanto no puede indicar ningún critério objetivo. Y aquí es donde comienzan los esfuerzos de precisión de la doctrina. Así, Horn funda la "teoría científico-natural del resultado de peligro" '*', que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales ("como por un milagro", o debido a un azar enigmático)(ROXIN, 1997, p. 405)”. Clauss. **Derecho Penal, Parte Geneal Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito** – Madrid: Editorial Civitas, 1997.

29 Por ello es preferible la "teoría normativa del resultado de peligro" , que ha sido teoricamente desarrollada sobre todo por Schünemann ", pero de la que también cabe encontrar puntos de arranque en la jurispr. La misma resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero, a diferencia de aquél, determina el concepto cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que "se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o em una feliz e indominable concatenación de otras circunstancias" no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto (ROXIN, 1997, p.405-406).

que o perigo é descrito no tipo, o bem jurídico a ser exposto deve ser particularizado, o que se percebe com a identificação da vítima. “Assim, os crimes de perigo concreto se diferenciam pela existência de um bem dentro do raio de ação perigosa, exigindo-se que haja uma vítima em concreto e não apenas em potencial.” (BADARÓ, 2017, p. 256). Por essa razão, é comum a utilização de crimes de perigo concreto para proteção de bens jurídicos individuais ou coletivos determináveis, considerando-se que é possível a verificação da exposição do perigo de dano previsto no tipo no caso concreto *exp post*. Infere-se assim que se reservam os tipos de perigo abstrato para os bens jurídicos supraindividuais, eis que o perigo de dano não se encontra no tipo e tampouco se encontram destacados os indivíduos a serem atingidos imediatamente.

Apesar de a doutrina traçar parâmetros para a utilização dos crimes de perigo concreto, acarretando sua aceitação como meio de proteção de bens jurídicos, verifica-se uma falsa segurança quanto ao seu conceito e aplicação, uma vez que muitos crimes de perigo abstrato são tidos como de perigo concreto para se defender sua legitimidade que, a depender da política criminal adotada, tem justificada sua existência no ordenamento jurídico, conforme lição de Luís Greco (2004, p. 112):

> A rigor, nossos críticos do perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem menos severo, do que o proposto pela doutrina alemã, porque se até “perigo comum”, perigo a um número indeterminado de pessoas, é perigo concreto, se existe uma “teoria do perigo concreto indireto”, então grande parte daquilo que doutrina dominante pode, no máximo, considerar crime de perigo abstrato acabou sendo levado à categoria dos crimes de perigo concreto e tornada legítimas.

É exatamente nesse sentido, de ampliar o conceito de perigo concreto a fim de legitimá-lo, não aceitando a validade como crime de perigo abstrato, que Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003) apresenta o que entende por crimes de perigo concreto, o que se transcreve a seguir:

> Em suma, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e, como afirmamos, têm em regra o perigo indicado no tipo. Em certos casos, mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto (SILVA, 2003, p. 71).

Da leitura das reflexões de Luís Greco (2004), percebe-se que o conceito de perigo concreto do qual parte o conceito de perigo abstrato não é consistente. Para o autor, grande parte do que se compreende por perigo concreto é na verdade perigo abstrato.

> Já há décadas empenham-se vários autores em inventar bens jurídicos coletivos a todo momento que necessitam de um fundamento para legitimar uma proibição um tanto estranha. E isso não tem interesse meramente teórico, porque a postulação de um bem jurídico coletivo acaba tendo um segundo efeito prático, além da já apontada legitimação da criminalização antecipada por meio de sua ocultação: uma legitimação da sanção exasperada (GRECO, 2004, p. 113).

Aqueles que não aceitam a legitimidade dos crimes de perigo abstrato com o fim de tutelar os bens não tangíveis utilizam bens que transcendem a individualidade como objetos de proteção e o fazem por meio de crimes de perigo concreto. Entretanto, os bens jurídicos coletivos como saúde pública, paz, incolumidade pública, etc. são os que Greco (2004) denomina "falsos bens jurídicos" que, na concepção de Roxin (1968), Shunemann (2001) e Hefendel (2002) dentre outros, são ao soma de vários bens jurídicos individuais que são objetos de crimes de perigo concreto para os críticos radicais do perigo abstrato. Com isso, sob a argumentação de proteger um bem coletivo, tipificam como crimes de perigo concreto condutas que são perigos abstratos para os bens jurídicos dos indivíduos.

3.1.2 Crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato como técnica de legiferação no Direito Penal na sociedade de riscos enfrentam muitos questionamentos. Por essa técnica normativa, o legislador descreve uma conduta como típica sem fazer referência aos seus resultados naturalísticos. Conforme ensinos de Roxin (1997) uma conduta perigosa constitui um crime de perigo abstrato quando não se faz necessário que no caso se verifique o resultado de perigo. Essa espécie normativa é utilizado pelo legislador para se evitar lesões e perigos concretos de lesão, que não são elementos constitutivos do tipo.[30]

Apesar de os crimes de perigo abstrato ser a cada dia mais utilizados no Direito Penal voltado à prevenção de danos, sua estrutura é controversa, misturando-se tipos legítimos para tutela antecipada de bens jurídicos a outros ilegítimos, utilizados administrativamente por

30 Delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberseproducido un resultado de puesta en peligro (cfr. ya § 10, nm. 123). Por tantola evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo (ROXIN, 1997, p. 407). Clauss. **Derecho Penal, Parte Geneal Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito** – Madrid: Editorial Civitas, 1997.

mera escolha do legislador. Daí a importância de a doutrina se debruçar sobre os requisitos de um tipo penal apto a proteger bens jurídicos de forma antecipada, separando-os dos tipos que tutelam a norma em si, na concepção do funcionalismo de Jakobs (2007) que não raro buscam garantir com ameaça de pena o cumprimento de regras muitas vezes de substância administrativa, sem que se questione sobre o conteúdo das proibições.

Conforme o modelo teórico de crime adotado, têm-se as diferentes concepções de crimes de perigo abstrato, havendo grande influência da teoria do delito sobre as teses favoráveis e contrárias a essa técnica normativa. Assim, passa-se a uma breve abordagem de como são tratados os crimes de perigo abstrato durante as fases da evolução da teoria do crime antes do funcionalismo que trouxe uma releitura desses tipos penais para adequação às suas funções.

A dogmática penal em sua contínua evolução possui três importantes fases anteriores ao funcionalismo. A primeira fase deu do fim do Séc. XIX ao início do Séc. XX, e teve como influência o positivismo que tinha como ciência somente o que se pudesse perceber pelos sentidos. O sistema naturalista ou causalista deixava fora do conceito de crime quaisquer valores, pautando-se pela objetividade em seus elementos que eram de ordem naturalística. Diz-se naturalista o sistema em questão porque somente era considerada como ciência o que se referisse a fatos empíricos, remetendo-se a fatos naturais que podem ser comprovados cientificamente sem qualquer juízo subjetivo. Pode-se dizer de forma abreviada, como sintetizado por Túlio Arantes Bozola (2015, p. 32) que

> No sistema clássico do delito, que teve como expoentes mais expressivos Franz von Listz, Ernest von Beling e Karl Binding, apresenta a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos (a tipicidade é descrição tão somente objetivista da conduta); a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivismo e descritivo.

Nesse modelo teórico, a ação penalmente relevante é a prevista em lei e que seja capaz de modificar o mundo exterior, pressupõe, portanto, um resultado, sem se levar em conta conceitos externos ao Direito Penal, os valores. “Assim, é que o conceito de ação surge como o *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime. É um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo.” (GRECO, 2000, p. 2). Com a objetividade dos conceitos, buscou-se a limitação do *jus puniendi*, com a reprimenda de resultados lesivos mensuráveis sem considerar seus aspectos subjetivos. Por essa razão, teóricos causalistas enfrentaram dificuldades ao tratar dessa espécie delitiva.

Na concepção de Binding (1890), os crimes de perigo abstrato remetem a punições por desobediência como "atos ilícitos em si, sem nenhuma referência a um resultado concreto ou à periculosidade da conduta para permitir a incidência da norma penal." (BOTTINI, 2007, p. 129). Trata-se de definição formal dos crimes de perigo abstrato, fundada no desvalor da ação, que o teórico entende que devem ser extirpados da legislação. Na mesma linha, tratando os crimes de perigo abstrato como delitos de desobediência, Bottini (2007) destaca Rabl (1933) que entende se tratar de perigos concretos presumidos que admitem prova em contrário.

Pelo modelo causal-naturalista, os crimes de perigo abstrato não devem subsistir, pois remetem a proibições sem resultado, como delitos de desobediência. Para se admitir essa espécie delitiva no modelo clássico, Bottini (2007) cita Stubel e Pinho (1939) que compatibilizam esses crimes com o modelo punitivo da lesão. "Para tal entendimento, retiram do plano da ação o desvalor do perigo abstrato e o deslocam para o resultado, revelado na realidade do perigo, no estado fático com existência jurídica própria." (BOTTINI, 2007, p. 132). Percebe-se no caso uma equiparação do perigo à lesão.

Enquanto o Direito Penal com base nas ciências naturais, que se reportavam ao ser, não atingiu o seu objetivo de controle, novos saberes, agora voltados ao dever-ser, ganharam destaque, como as ciências sociais. Iniciada na Alemanha, no início do século passado, o sistema neoclássico ou neokantista veio como evolução do sistema positivista, quando este admitiu valores sociais na teoria do delito.

> Substitui-se, dessa forma, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um sistema teleológico, referido a valores. Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, buscou-se a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, em seguida, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível (BOZOLA, 2015, p. 38).

Desse modo, a adequação típica nesse modelo teórico se dá não só com a realização do que está descrito no tipo, mas em conjunto com valores da sociedade. O crime é, além da conduta contrária à norma proibitiva, aquela que ofende os valores vigentes. No neokantismo, não há um rompimento com o positivismo, visto que permanece como ciência, mas agora com método específico, referido a valores. Luís Greco (2000), a respeito da alteração paradigmática de fatos para valores, explica que

> o sistema neokantiano ou neoclássico do delito é fruto da superação do paradigma positivista naturalista dentro do direito. Com a filosofia de valores do sudoeste

> alemão (Windelband, Rickert), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores. Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los - são ciências compreensivas, e não só explicativas -, o que implica referi-los a finalidades e a valores (GRECO, 2000, p. 3).

Nesse molde, a ação que era a descrição de uma conduta modificativa do mundo exterior, passou a ser aquela socialmente danosa, com a tipificação da antijuridicidade, surgindo o injusto penal. Assim,

> O tipo é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada, 13em que também existem elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores 14ª teoria dos elementos negativos do tipo, que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade (GRECO, 2000, p. 3).

O tipo penal de perigo no neokantismo é tratado por Mezger (1955) conforme ressaltado por Bottini (2007), de forma diversa do naturalismo. Para ele, atos não lesivos podem ter importância penal, como o perigo, que considera como apto a causar dano. “Assim, o perigo é considerado como possibilidade imediata, a probabilidade cognitiva da produção de um acontecimento danoso.” (BOTTINI, 2007, p. 133). Nesse modelo, acrescenta-se aos elementos empíricos os normativos, que ponderam os valores sociais relevantes, permitindo-se analisar o perigo da conduta que, nos crimes de perigo concreto são verificadas no caso específico e nos crimes de perigo abstrato, advindos da previsão legal (BOTTINI, 2007).

Pelo neokantismo, deu-se a abertura do direto penal para valores sociais, o que contribuiu para o debate sobre os crimes de perigo abstrato, flexibilizando sua interpretação no sentido de se buscar a função da aplicação dessa técnica legislativa, como um esboço doutrinário da sua estrutura funcionalizada.

O finalismo como modelo teórico do delito preconizado por Welzel (1970) surgiu no início da década de trinta como reação ao neokantismo em que os valores ocupavam papel de destaque, ocasionando um distanciamento do Direito Penal com a realidade. O Direito Penal estabelecido primeiramente no ser e então no dever-ser dá lugar ao direito baseado na realidade com o finalismo “que se diferenciava das correntes anteriores por defender que devesse a dogmática tomar por objeto básico o permanente, o supranacional, o suprapositivo

da matéria jurídica, fundamentando-se em estruturas lógico-objetivas." (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 75).

Dentre as estruturas reais a que Welzel (1970) e refere tem destaque a ação humana, como "atividade humana conscientemente dirigida a um fim, que é pré-jurídica, e passa a ter relevo penal quando direcionada a uma finalidade ou resultado típico." (FRAGOSO, 2003, p. 181). O sistema penal é fundamentado no finalismo no conceito de ação. Assim,

> A estrutura ontológica da ação de Hans Welzel, fundamentada no fato de que toda a conduta humana se situa na esfera "ser final", sendo esse um dado pré-jurídico, não é possível de alteração pelo Direito, devendo o Direito a ela se submeter. Nesse sentido, vinculando o conhecimento humano às estruturas preestabelecidas do mundo empírico, pôde-se afirmar que o conceito de ação é um dado pré-jurídico, existente antes da valoração humana e jurídica (CALEGARI; LINHARES, 2017, p. 77).

No finalismo de Welzel (1970) o injusto passa a ser pessoal e não mais naturalístico. "O direito penal deixa de ser considerado um instrumento retributivo, de atuação *ex post*, e passa ao plano da prevenção, da inibição de ações em uma perspectiva *ex ante*." (BOTTINI, 2007, p. 136). A prevenção é realizada no finalismo com a proibição do perigo, mas este somente tem relevância penal se causado dolosamente, ou seja, o agente realiza uma ação com a finalidade de expor um bem jurídico a perigo, verificando-se a necessidade de um dolo de perigo que cause uma ameaça constatável. Em sendo o perigo abstrato, seu elemento objetivo será a realização da conduta típica, apta a expor o bem a perigo, sem a necessidade de se verificação no caso concreto.

Sob a ótica finalista, enquanto o perigo concreto tem como elemento objetivo do tipo uma ameaça real, nos crimes de perigo abstrato, a tipicidade é formal, bastando que a ação seja adequada ao tipo, sem consideração ao resultado, consubstanciando-se o dolo na vontade de realizar o descrito no tipo e não no dolo de expor a perigo. Ocorre que a tipicidade formal vai de encontro ao núcleo do finalismo que é a ação direcionada a um fim proibido pelo Direito Penal, o que fez com que surgisse a teoria dos crimes de perigo abstrato como delitos de periculosidade, desenvolvida por Hirsch (1996) era compatibilizar os crimes de perigo abstrato com o finalismo (BOTTINI, 2007).

O Hirsch (1996) dividiu essa espécie de crimes em delitos de periculosidade abstrata e periculosidade concreta. "Os primeiros abrigariam tipos penais direcionados a condutas arriscadas ou perigosas em geral, enquanto os delitos de periculosidade concreta apontariam para um risco atrelado à conduta específica." (BOTTINI, 2007, p. 138). Desse modo, a periculosidade é verificada *ex ante* e, caso não se verifique que seja potencialmente capaz de

causar danos, não há que se falar em crime de perigo abstrato, ainda que a conduta se amolde formalmente ao tipo.

Após o finalismo, no contexto da sociedade de riscos, surgem teorias favoráveis ao uso dessa técnica legislativa como necessária para a pacificação social e prevenção de danos oriundos dos novos riscos, sobretudo para proteção de bens jurídicos supraindividuais. Dentre os defensores do uso amplo dos crimes de perigo abstrato no pós-finalismo estão Urs Kindhauser (2001) que concebe o Direito Penal de segurança, em que "o perigo abstrato é o dano à segurança; o perigo concreto, o dano a uma certa disposição do bem pelo titular; e a lesão é a destruição de um objeto cuja disposição possibilita o livre desenvolvimento do indivíduo." (BOZOLA, 2015, p. 99).

Destaca-se ainda Stratenwerth (1993) e o Direito Penal referido ao futuro em que o crime de perigo abstrato não precisa guardar relação com a lesão, devendo ser "absorvidos pela categoria das violações às normas de comportamento, uma vez que esta é mais ampla, por não pressupor qualquer referência a bem jurídico." (BOZOLA, 2015, p. 102).

Cite-se ainda Klauss Tiederman (1980) defensor do uso irrestrito de crimes de perigo abstrato para prevenção de danos, recomendando que "haja uma renúncia, até onde seja possível, à exigência da causalidade, e que se considere a mera prática da ação suficiente pra punir, ou que se criem tipos de prova facilitada." (BOZOLA, 2015, p. 103). Por fim, têm-se Lothar Kuhlen (1993) cuja tese é de que a doutrina deve se adaptar às novas formas de delito, propondo uma nova estrutura, inaugurando o conceito de crimes de perigo abstrato por acumulação (BOZOLA, 2015, p. 106).

Como autores que tratam os crimes de perigo abstrato em razão do seu objeto de proteção, sob uma ótica funcionalista têm-se Clauss Roxin (ROXIN, 1997), Guinter Jakobs (2011), Bernd Shunemann (2005), Roland Hefendehl (2011).

3.2 A PRESUNÇÃO DE PERIGO ABSTRATO:ABSOLUTA OU RELATIVA?

Como visto, a principal distinção entre os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato é quanto à necessidade, no caso concreto, de se comprovar se houve ou não perigo de dano, presumindo-se sua existência no caso de crimes de perigo abstrato para parte importante dos da doutrina. Há também o critério segundo o qual o perigo concreto é valorado *ex post* enquanto o perigo abstrato ex ante. Sendo *ex post*, a observação do julgador é após o fato e leva em conta as circunstâncias no momento da ação, quer sejam conhecidas ou

conhecíveis pelo ator; sendo *ex ante*, o julgador analisa o momento do fato e então avalia se houve ou não perigo. (BADARÓ, 2017)

Entretanto, o debate vai mais além. Enquanto no Direito Penal clássico a presunção de perigo é absoluta, uma vez que o perigo abstrato é a própria lesão, bastando que a ação possua adequação típica, no neokantismo será relativa, admitindo-se a constatação da não existência do perigo geral no caso concreto. No finalismo, volta-se à presunção absoluta, o que é superado com Hirsch (1996) que defendeu tese da necessidade de se verificar a ameaça efetiva no caso concreto (BOTTINI, 2007).

Posteriormente, surgiram diversas teses intermediárias sobre a presunção do perigo cunhadas no pó-finalismo, em razão da dificuldade de se adequar a dogmática finalista ao enfrentamento do risco pelo Direito Penal, emergindo a dogmática do Direito Penal do risco para tentar delinear os parâmetros da presunção de perigo admissíveis.

Essa indeterminação é verificada na jurisprudência em casos nos quais, mesmo o tipo sendo notadamente de perigo abstrato, buscou-se, no caso concreto, a demonstração de que não houve perigo[31]. Nesse sentido, a título exemplificativo, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância em crimes ambientais, em que o bem jurídico protegido é de ordem difusa. Ao acolher a tese de insignificância, demonstrou que é admissível a verificação do perigo no caso concreto mesmo em se tratando de crimes de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido seja supraindividual.

Como não há um parâmetro claro para a necessidade ou não de se verificar no caso concreto a periculosidade da conduta, é imperiosa a análise doutrinária sobre a presunção de periculosidade, se absoluta ou relativa.

3.2.1 Presunção absoluta de perigo

A acepção tradicional dos crimes de perigo abstrato é no sentido de ser a presunção *jure et de jure*, tendo o legislador presumido de forma incontestável a periculosidade. Sob

31 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. 1 KG DE PESCADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Esta Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos de análise para a aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. II - Ante a irrelevância da conduta praticada pelos agravados e a ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal, mas nas instâncias administrativas. III - Agravo regimental a que se nega provimento.(ARE 1060007 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020)

essa teoria, não há espaço para debate fundado no caso concreto. Entretanto, na aplicação do Direito surgem muitos questionamentos sobre a natureza da proibição, dado que a restrição de Direitos pelo legislador penal deve se dar para assegurar outros igualmente importantes.

No Direito Penal clássico, de base positivista em que o sistema penal se baseia unicamente na lei e o delito no desvalor do resultado, os crimes de perigo abstrato são tidos como crimes de desobediência ou simples proibições. Nesse momento da teoria do delito, destaca-se Binding (1980) que não admite legitimidade aos crimes de perigo abstrato, que ele denomina de "delitos de desobediência", por não possuírem ligação com qualquer resultado e por não trazer no tipo a descrição da periculosidade. Esses crimes de mera conduta, com presunção absoluta de perigo pelo legislador, para ele devem que entende que devem ser excluídos do ordenamento jurídico. (BOTTINI, 2007)

Ainda no causal-natutalismo, tem-se Ernest Beling (2007) que entender que se tratam de condutas sem lesão ou perigo, não tendo justificativa alguma a sua existência. Por fim, destaca-se Stubel (2001) que desenvolveu a tese segundo a qual os crimes de perigo abstrato seriam verdadeiras lesões, que seriam a perturbação da segurança do bem (BOZOLA, 2015). Em todos esses casos, não se verifica a existência do perigo no caso concreto, sendo a presunção absoluta de perigo pelo legislador.

No finalismo de Welzel (1970), verifica-se também a presunção absoluta de perigo, pois o elemento objetivo dos crimes de perigo abstrato reside na prática da conduta típica, desconsiderando-se a realidade fática. "Basta a adequação da conduta à descrição legal para a incidência da norma penal, o que, de certa forma, acompanha a proposta do autor de um Direito Penal preventivo, que sirva para inculcar nos cidadãos valores positivos e criar uma consciência conforme o direito (BOTTINI, 2007, p. 137). Essa concepção de a adequação típica objetiva ser o bastante para os crimes de perigo abstrato é reestruturada pelo discípulo de Welzel (1970), Hirsc (1996) que diferenciou o perigo da periculosidade que requer um elemento subjetivo e um potencial de causar danos aos bens tutelados, verificando-se um afastamento da presunção absoluta do perigo.

Na doutrina brasileira, Francisco de Assis Toledo (1994), ao tratar da presunção do perigo para a tutela penal antecipada, defende que a presunção de perigo nos crimes de perigo abstrato é absoluta. Para o autor, "Nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos crimes de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão". (TOLEDO, 1994, p. 143).

Na mesma linha, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 72), diferenciando os crimes de perigo abstrato dos crimes de perigo concreto defende serem de presunção absoluta, asseverando que

> Os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária *jure et de jure.* Como se viu, os crimes de perigo concreto pressupõe a afirmação do perigo no caso concreto a posteriori, enquanto os tratados neste capítulo a priori.

O autor Silva (2003) diz ser presumido o perigo, que se encontra no âmbito da tipicidade, o que não se confunde com a presunção de culpabilidade, que deve ser verificada caso a caso.

> De modo que, ainda que se trate de perigo presumido, a culpabilidade terá de ser caso a caso examinada. Não se presume a culpabilidade, o que se presume é o perigo para o bem que se refere à afetação do bem a partir da conduta. Só então será avaliada a culpabilidade, que nada mais é do que a consideração, a apreciação da reprovabilidade do fato lesivo (danoso ou perigoso). (SILVA, 2003, p.27).

O autor, entretanto, esclarece que existem crimes de perigo abstrato com presunção relativa quando o legislador tenha utilizado erroneamente essa espécie normativa (deveria ser perigo concreto e o legislador não tipificou o perigo, fazendo parecer um perigo abstrato) e será absoluta quando o perigo for inerente à conduta segundo a experiência (SILVA, 2003). Esse posicionamento não contribui para a resolução da controvérsia, uma vez que o aplicador deve especular sobre um eventual erro técnico do legislador, o que não parece razoável.

No funcionalismo teleológico, em que o injusto se dá com a criação de um risco não permitido, uma vez que o legislador previu dada conduta como perigosa e proibida, não se faz necessário, em tese, que se constate a exposição ao perigo em alguns crimes de perigo abstrato. O perigo não é elemento do tipo, razão pela qual não precisa ser verificado. Desse modo, Roxin (1997) admite a presunção absoluta do perigo em casos de tráfico viário, por escolha político-criminal do legislador e as relativas a bens jurídicos difusos[32], conferindo tratamento diverso nos demais casos.

---

32 El caso clásico de este grupo es la conducción bajo influencia de bebidas(§316). Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida unapuesta en peligro. Ello se debe a razones preventivo generales ("didácticas" 225)_pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que ellegislador pretende que tengan determinadas conductas (aquí: la conducción de vehículos bajo influencia del alcohol). ROXIN, Clauss. Derecho Penal, Parte Geneal Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito – Madrid: Editorial Civitas, 1997.p.410. Aquí se trata de tipos delictivos como los delitos de cohecho y de (falso) testimonio (§§ 331 ss., 153 ss.). La

A presunção absoluta do perigo está presente ainda no funcionalismo de Jakobs (1997) para quem o Direito Penal protege a vigência da norma e, uma vez que seu conteúdo não é elemento necessário para sua legitimidade, mas sim sua função de ordenação social, não é elementar a comprovação da periculosidade, não havendo óbice para a presunção absoluta de perigo. O autor concebeu essa espécie de crimes, quando afetos à organização social, como crimes de desobediência,

> o que equivale afirmar que exigem do sujeito a atuação conforme a norma ainda quando esteja descartada a colocação em perigo concreto: ou seja, o mero desrespeito à norma tem sentido de injusto, mesmo diante da evidente falta de periculosidade. O injusto penal seria formal, e surgiria automaticamente quando da verificação do comportamento vedado, no sentido de preservar a força comunicativa do ordenamento e garantir a vigência das normas (BOTTINI, 2007, p. 157).

É de se notar que nos diversos modelos teóricos há a concepção de presunção absoluta de perigo como inerente aos crimes de perigo abstrato, sendo rejeitada nas teorias que se baseiam no resultado típico e acolhida, ainda que com ressalvas e em circunstâncias restritas, naquelas em que o injusto repousa na ação típica.

3.2.2 Teses intermediárias

Verifica-se a existência de entendimentos intermediários pelos quais a presunção é absoluta para alguns casos e relativa para outros, havendo teses segundo as quais há duas espécies de crimes de perigo abstrato: aqueles em que se requer a comprovação da periculosidade e aqueles em que esta é dispensada. Dentre os que adotam essa dualidade de espécies de crimes de perigo abstrato, destaca-se Schroeder (2004) com sua categoria de crimes de perigo abstrato-concreto e Cramer (1962) que entende ser necessária a demonstração de periculosidade em crimes de perigo abstrato contra bens singulares, dispensando em caso de bens supraindividuais (BOTTINI, 2007).

---

confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo (el bien jurídico de los §§ 331 ss.) y el hallazgo judicial de la verdad (el bien jurídico de los §§153 ss.) no es preciso que en el caso concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos. Y sin embargo ello no puede cambieír para nada (por razones similares a las indicadas en nm. 125) la punición; el desvalor de la acción por sí solo fundamenta la punibilidad. Únicamente infracciones mínimas, que ya in abstracto no menoscaben el bien jurídico protegido (cfr. § 10, nm. 40), como pueden ser presentes bagatelas en los §§ 331 ss., o inexactitudes irrelevantes en los §§ 153 ss., pueden excluirse mediante una interpretación restrictiva. ROXIN, Clauss. **Derecho Penal**, Parte Geneal Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito – Madrid: Editorial Civitas, 1997,p.411.

Na doutrina preconizada por Schroeder (2007), há a figura do crime de perigo abstrato-concreto em que a conduta se amolda ao tipo penal de perigo abstrato, mas, em sede de instrução probatória, pode a parte comprovar que não existiu perigo no caso concreto (BOZOLA, 2015). Como ressalta Túlio Arantes Bozola (2015, p. 72),

> Schoder, assim, propõe uma subclassificação da figura do perigo, distinguindo delitos em que a concordância formal entre descrição legislativa conduz à afirmação de que a sua tipicidade há de ser verificada judicialmente, a fim de que se comprove a idoneidade desta ação para a produção de um perigo ao bem jurídico protegido. A isso se chama de perigo abstrato-concreto, uma categoria intermediária entre o perigo concreto e o abstrato.

A proposta de Schroeder (2004) é no sentido de se resolver sobre a presunção do perigo abstrato, que deve ser verificada em juízo, por meio da chamada fórmula negativa, em que o acusado pode, no caso concreto, demostrar que não houve periculosidade na conduta. Ocorre que no sistema acusatório do processo penal brasileiro, o ônus de demonstrar a ocorrência do crime é da acusação, não sendo razoável atribuí-la ao acusado, ainda que seja sob o fundamento de afastar uma presunção legal. Pela fórmula positiva, por sua vez, o órgão acusador deverá comprovar a relevância da conduta, não sendo presumida (BOTTINI, 2007).

Quanto a Clauss Roxin (1997), ele concebe a natureza dos crimes de perigo abstrato como semelhantes aos crimes culposos, dependendo a punibilidade da infração do dever de cuidado somado ao perigo de resultado verificado. Percebe-se que nos crimes de perigo abstrato o autor aponta no sentido de ser necessária a verificação de exposição de perigo. Há casos, contudo, que não requerem comprovação de perigo no caso concreto segundo o autor. No caso de crimes de perigo a bens jurídicos difusos e em delitos de ações de massa (que exemplifica com os crimes de trânsito), admite a tipicidade da conduta "mesmo quando, diante da situação fática e concreta estiver totalmente excluída a possibilidade de lesão ou de colocação em perigo." (BOTTINI, 2007, p. 156).

3.2.2 Presunção relativa de perigo

Advoga-se, de modo diverso, sobre a presunção de periculosidade dos crimes de perigo abstrato ser relativa. Os "delitos de perigo hipotético", assim denominados por Torio Lopez (1981) conforme citado por Túlio Arantes Bozola (2015, p. 126), requerem

> não apenas a subsunção formal entre a ação concreta e a norma penal é exigida para a configuração do delito, sendo necessária, além disso, a identificação de uma

> hipótese de perigo possível na conduta, quer dizer, a possibilidade ou potencialidade da ação concreta em causar algum resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, sendo necessário, portanto, identificar a sua idoneidade em lesar bens jurídicos, superando, assim, a mera interpretação formal do tipo de perigo.

Na doutrina alemã, segundo ressalta Ângelo Roberto Ilha Silva encontram-se importantes doutrinadores (Rabl, Schroeder e Baumann) (1990)[33] que entendem que "a presunção dos crimes de perigo abstrato é relativa, devendo ser demonstrado no caso concreto a exposição do bem jurídico a perigo." (SILVA, 2003, p. 75).

Outro posicionamento sobre a presunção relativa do perigo é aquele segundo o qual existe a presunção legal de perigo, mas a parte pode fazer prova de que não existiu no episódio, levando-se para o processo penal a verificação da adequação da tipicidade. Zaffaroni possui posição considerada extremada "entendendo que a infração penal jamais poderá possuir presunção absoluta de perigo nas hipóteses do delito em questão", admitindo que possuem presunção de perigo, mas juris tantum (SILVA, 2003, p. 75).

Ocorre que, como advertido por Zaffaroni e Pierangeli, citados por Tatiana Badaró (2017, p. 244), "a técnica legislativa procede à inversão do ônus probatório, de forma que passa a caber à defesa comprovar a ausência do perigo.". Por esse motivo, esse critério é probatório, por isso, não é idôneo para estabelecer uma diferença conceitual entre perigo concreto e abstrato que é de ordem de material e, além disso, vai de encontro aos princípios processuais penais em que não se admite a inversão do ônus da prova.

Entretanto, em razão da garantia constitucional da ampla defesa, o acusado é livre para lançar mão de todos os meios possíveis para exclusão crime, produzindo prova no caso concreto de que não houve o perigo, apesar de a conduta típica ser considerada perigosa *ex ante*. Isso não pode ser, contudo, um critério determinante para se considerar a presunção de perigo como absoluta ou relativa.

Outra razão pela qual há entendimento de ser a presunção relativa do perigo é a que ocorre, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003), quando, ao legislar, o Estado comete o equívoco de prever um perigo abstrato de forma artificial, não havendo perigo inerente à conduta. "Noutras palavras, o delito se ajustaria a um modelo de perigo concreto em que o perigo poderá ocorrer ao desencadear a conduta, mas não necessariamente ocorre, e o exemplo mais esclarecedor é o avanço do semáforo vermelho pelo motorista." (SILVA ,2003, p.77) .

---

33 GIUSINO, Manfredi Paroli. **I reati di pericolo tra dogmática e politica criminale**. Milano: Giufrè, 1990.

Entretanto, atribuir-se ao crime de perigo abstrato a necessidade de comprovação do perigo no caso concreto é como equipará-lo ao crime de perigo concreto. Pode-se afastar a presunção absoluta do perigo adotando-se a tese segundo a qual a conduta perigosa deve ser comprovada, conforme elucida Luiz Regis Prado (2019c) ao abordar a diferença entre perigo abstrato e perigo abstrato-concreto:

> Todavia, nos primeiros (perigo concreto) é preciso ser comprovada pelo juiz a efetiva ou real colocação em perigo do bem jurídico, em cada caso particular, ao passo que nos segundos (abstrato-concreto), conquanto o perigo deva ser também provado, em razão de ser elemento típico, está agora adstrito à conduta, devendo o julgador constatar unicamente, em termos genéricos, se a ação ou omissão eram idôneas à criação do perigo para o bem jurídico. Quer dizer: deve-se verificar ex ante a periculosidade geral da conduta [...]. O legislador insere na estrutura típica um dado ou elemento que faz referência à periculosidade real da ação ou dos meios empregados (PRADO, 2019c, p. 78).

Entende-se que a realização da conduta típica que traz em si o perigo considerado *ex ante* pelo legislador deve ser comprovada durante a instrução processual. A parte pode, porém, demonstrar que, a despeito de ter realizado a conduta típica, não produziu perigo ao bem jurídico, ainda que abstrato. Nos casos em que a conduta típica constitui uma ação apta a expor a perigo considerado abstratamente, trazendo em si uma presunção, a desconstrução desta se dá na discussão do próprio tipo penal, que pode trazer uma conduta proibida sem qualquer ofensividade, conforme será demonstrado quando da análise do crime utilizado como exemplo de perigo abstrato com questionável ofensividade[34].

3.3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O debate sobre a Constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato não é recente e está longe de se alcançar algum consenso. Desse modo, percebe-se que o debate ressurge a cada inovação legislativa, refazendo-se todo o caminho teórico para se admitir um tipo penal de perigo abstrato ou não no ordenamento jurídico. Como a discussão é frequente e se renova de tempos em tempos, é também superficial, apresentando-se por muitas vezes como repetições de teorias adotadas ou de jurisprudências consolidadas ou mesmo inovadoras oriundas dos tribunais superiores. A Constitucionalidade da espécie de crimes em questão só

34 No próximo capítulo, é feita a análise do crime de perigo abstrato tipificado na Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 51, tido como exemplo de tipos penais utilizados como limítrofes entre o Direito Penal Ambiental e o Direito Administrativo sancionador.

pode ser verificada por meio de um estudo metodológico em que sejam traçados parâmetros objetivos de análise.

O problema da análise da compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com a Constituição é que a cada debate parte-se de premissas diversas, o que faz com que não se tenha uma doutrina sólida sobre o tema. Assim, a primeira coisa a se levar em conta é o parâmetro Constitucional considerado que, ao mesmo tempo em que limita o poder de punir, possui mandamentos de criminalização para proteção de bens supraindividuais, bem como o modelo teórico das funções do Direito Penal adotado.

3.3.1 Parâmetros Constitucionais de legitimidade dos crimes de perigo abstrato

Os debates sobre a compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com a Constituição repousam na alegada ausência de ofensividade nesses crimes, que estaria em confronto com o Estado de Direito que somente pode punir condutas lesivas a bens jurídicos. De tal modo, a criminalização de condutas deve se dar em consonância com a Lei Maior, ou seja, qualquer tipo penal será inconstitucional se for de encontro com os princípios[35] e garantias constitucionais.

Assim, como parâmetros constitucionais para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, têm-se os princípios penais constitucionais como a culpabilidade, a intervenção mínima, subsidiariedade, a fragmentariedade, dentre outros, com destaque à ofensividade[36] que corresponde à concepção do Direito Penal como meio de proteção de bens jurídicos. Desse modo, deve-se considerar que a ausência de criminalização pode ser igualmente inconstitucional, quando o Direito Penal for necessário, por se tratar de proteção deficiente.

---

35 Adota-se a concepção de princípios como normas Constitucionais, conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Para o teórico, "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2015, p. 90).

36 Relembre-se a lição de Luiz Flávio Gomes sobre as duas funções do princípio da Ofensividade: "A primeira função do princípio da ofensividade desenvolve-se no plano político criminal e tem a pretensão de limitar o legislador (leia-se jus puniedi) no momento das suas decisões criminalizadoras. Particularmente, orienta-se no sentido de que os tipos penais sejam criados respeitando-se o axioma nulla lex sine iniuria. A segunda e não menos relevante função que o princípio da ofensividade está predestinado a desempenhar diz respeito ao plano dogmático (interpretativo) e aplicativo da lei penal. É uma função que pretende ter natureza 'material' (garantista) e significa constatar ex post factum (depois do cometimento do fato) a concreta presença de uma lesão ao bem jurídico protegido. Particularmente quando legislador não cumprir sua tarefa de delinear o tipo penal em termos ofensivos (leia-se quando ele descumpriu o nulla lex sine iniuria) é que o intérprete e o aplicador da lei devem fazer valer (no caso concreto) o nullum crimen sine iniuria" (GOMES, 2002, p. 99).

Na Constituição Brasileira, prepondera o garantismo penal, como se pode constatar nas garantias penais elencadas no seu artigo 5º dentre os direitos e garantias individuais. O legislador Constitucional deu especial importância à imposição de limites ao poder punitivo do Estado, ao mesmo tempo em que determinou a criminalização de certas condutas para garantia do exercício dos direitos fundamentais, com os mandados de criminalização[37]. Ao passo que o *jus puniendi* em face da lesão a bens individuais é restringido, verifica-se um movimento oposto no sentido de criminalização de condutas lesivas a bens supraindividuais, conforme observado por de Tatiana Badaró (2017, p.126):

> Como os princípios garantidores de prerrogativas individuais conformam políticas de descriminalização e os imperativos de tutela de bens transindividuais embasam políticas de criminalização, o convívio entre os dois conjuntos de normas constitucionais não deixa de se por vezes conflituoso.

Como há comando constitucional para criminalização, não se pode dizer de plano que os crimes de perigo abstrato, que são predominantemente usados para proteção de bens jurídicos supraindividuais, são por si só inconstitucionais. Por outro lado, esse dirigismo característico da Constituição Brasileira que determina a criminalização de condutas para assegurar o exercício dos direitos por ela reconhecidos e de seus valores mais importantes acaba por constituir embasamento para a criação desmedida de crimes, sob a pretensão de proteger bens jurídicos constitucionais.

Para garantia dos direitos fundamentais, o Estado não só tem o dever de se abster de infringir Direitos, mas deve lançar mão dos meios necessários para que estes não sejam violados pelos indivíduos entre si. Fala-se então no imperativo de tutela em que

> os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições (proporcionais) aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos, o

37 Exemplos de dispositivos constitucionais como mandados de criminalização: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; Art;. 174 § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. 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". (BRASIL, 1988).

> que pode implicar a necessidade de medidas de caráter penal (FELDENS, 2008, p. 75).

Essa tutela penal constitucionalmente orientada é feita no exercício da ponderação[38] entre direitos fundamentais, restringindo-se alguns para garantia do exercício de outros em situações específicas. Essa proteção deve se dar em conjunto com os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, sob pena de incremento das criminalizações com a indevida expansão do Direito Penal. Percebe-se uma tensão entre o dever de proteção aos bens com importância constitucional e os limites impostos pela Lei Maior ao Direito Penal.

Como adverte Luís Greco (2004, p.3), ”alguns autores[39] não vêem no bem jurídico qualquer conteúdo liberalizante, no sentido que lhe é atribuído por muitos, e sim um mecanismo que mais e mais serve de base para legitimar a expansão do Direito Penal”. Uma Constituição analítica como a brasileira traz matérias que não precisariam do status constitucional, desse modo, a criminalização com base na proteção de bens constitucionais acarreta uma avalanche de normas penais revestidas de fundamentos protetivos.

Passando-se da reflexão da expansão de criminalização para proteção de bens e valores de status constitucionais, passa-se a outro parâmetro a ser observado para que uma tipificação penal esteja em compatibilidade com a Lei Suprema. No caso dos crimes de perigo abstrato, o principal argumento contra sua constitucionalidade é sobre estar em conformidade ou não com o princípio da ofensividade, sem que se mostre clara sua previsão na Lei Maior. Desse modo, a Professora Tatiana Badaró, ao discorrer sobre o princípio da ofensividade, esclarece que este

> é deduzido na Constituição brasileira da inviolabilidade do Direito à liberdade (art. 5º, caput e incs. IV, VI, IX da CR) e do princípio da dignidade humana (art. 1º da CR) , bem como da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito (art. 5º, inc.XXX, da CR), indício de que todas as infrações penais, inclusive contravenções, possuem potencial ofensivo (BADARÓ, 2017, p. 250).

Para ela, a despeito de se poder inferir da Constituição o potencial ofensivo em toda infração penal, a conclusão pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é equivocada, uma vez que a ofensividade é gradual, acrescentando que “é possível interpretar

---

38 A restrição a direitos fundamentais só pode se dar para a garantia de outros, conforme ensina Robert Alexy: “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”. (ALEXY, 2011, p. 296).

39 Luís Greco cita dentre outros autores alemães, Hassemer.

as condutas tipificadas nas estruturas delitivas de perigo abstrato como detentoras de resultado desvalioso de perigo e não como ilícitos de mera desobediência à norma ou violação de dever." (BADARÓ, 2017, p. 250).

Luiz Flávio Gomes (2002) admite que a ofensividade não esteja expressa na Constituição, mas se trata de princípio constitucional, portanto com elevado grau de abstração, mas igualmente exigível. Para o autor, não se admite a criminalização de condutas sem a ofensividade, com a mera aplicação formal, devendo prevalecer *o nullum crimem sine iniuria* (GOMES, 2002). Por conseguinte, aduz que

> Sem que haja uma concreta afetação de bens jurídicos ou, em outras palavras, sem a presença de um resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) não existe crime ('nullum crimen sine iniuria'). Incumbe ao juiz, portanto, por força do princípio da ofensividade, para além da subsunção formal da conduta, verificar o conteúdo da norma, verificar o bem jurídico protegido por essa norma (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e ainda verificar se esse bem jurídico entrou no raio de ação da conduta perigosa (leia-se: se foi afetado concretamente, se a conduta é antinormativa no sentido de contrariedade ao aspecto valorativo da norma) (GOMES, 2002, p. 103).

Como crítico da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, Luiz Flávio Gomes é incisivo ao defender que somente há ofensividade se há lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico sob proteção do Direito Penal.

Juarez Tavares (1992), em trabalho em que busca estabelecer critérios para incriminação de condutas, tem os princípios Constitucionais como balizadores do *jus puniendi* no Estado Democrático de Direito:

> Daí a necessidade da formulação de princípios limitadores ao exercício do poder de punir, como exigência de um Estado democrático. A fortiori servem esses princípios como critérios de seleção de crimes e cominação de penas. Podemos, inicialmente, classificar esses princípios em dois grandes grupos: a) princípios de limitação material e b) princípios de limitação formal. Os primeiros dizem respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem jurídico, à necessidade da pena, à intervenção mínima, à proporcionalidade e às categorias lógico-objetivas. Os segundos tratam da legalidade e seus corolários, bem como, conseqüentemente, da formação dos tipos, dos fatores de reprovação e da punibilidade (TAVARES, 1992, p. 02).

Dos princípios trazidos por Tavares (1992), destaca-se a proteção ao bem jurídico, elemento central da função do Direito Penal constitucional. Defende o autor que são inconstitucionais as proibições a normas meramente regulamentares ou que sejam para garantia de obediência, vazias de escopo protetivo (TAVARES, 2004).

Em síntese: Tem-se como o mais importante parâmetro para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato o princípio da ofensividade, pelo qual não se podem criminalizar condutas

que não lesem bens jurídicos. Seja qual for o conceito de bens jurídicos adotado, pode-se dizer que estes remetem a interesses essenciais para a vida em sociedade. A ofensividade também não deve ser afastada no caso em que surgem novos crimes oriundos dos novos riscos. Ressalte-se que estão a princípio em compasso com as diretrizes da Constituição de criminalização de condutas que objetiva reprimir, a fim de evitar a lesão ao meio ambiente, combater o tráfico de drogas, o abuso do poder econômico, dentre outros, o que deve ser feito com respeito aos demais princípios constitucionais. Assim, para se dizer se os crimes de perigo abstrato são constitucionais ou não, deve-se verificar se está presente a ofensividade que, conforme já dito, pode estar presente no perigo e não somente na lesão, bem como o uso dos crimes de perigo abstrato com base na precaução.

3.3.2 A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato mediante uma releitura do princípio da ofensividade

A doutrina predominante no Brasil, a teoria final da ação, tem como ação penalmente relevante aquela dirigida a um fim que conduza a um resultado ofensivo a um bem jurídico. Com base nessa teoria e nos escritos sobre o tema, percebe-se que a antecipação da tutela penal para estágios anteriores ao perigo concreto e ao dano não é bem acolhida. A doutrina penal brasileira tem notória base garantista, tendo seus princípios elevados a direitos fundamentais na Constituição de 1988, o que traz uma conclusão precipitada de que a antecipação de tutela penal é de todo modo incompatível com os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, colaciona-se o dito por Luigi Ferrajoli (2006), teórico italiano expoente do Garantismo Penal, que demonstra não ser simpático a criminalizações de perigos de forma precoce, bem como a proibições de opiniões ou criação de crimes religiosos:

> Temos assistido a uma crescente antecipação de tutela, mediante a configuração de crimes de perigo abstrato ou presumido, definido pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como “atos preparatórios”, “dirigidos a” ou idôneos para por em perigo” ou semelhantes. Isso sem contar como a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas contra si próprio desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes - ou delitos de opinião contra religião (FERRAJOLI, 2006, p. 436).

Para o autor, os tipos de crime de perigo abstrato “deveriam ser reestruturados sobre a base do princípio da ofensividade como crimes de lesão, ou, pelo menos de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera

colocação em perigo." (FERRAJOLI, 2006, p. 440). Conclui o autor que essa espécie de crime nada mais é do que delitos de suspeita dos crimes objetos da proteção, não passíveis, portanto, de tutela penal.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes defende que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos de danos ou de perigo de danos para ser compatível com a Constituição e assevera que o "delito deve ser estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão." (GOMES, 2002, p. 59). Para o autor, não são compatíveis com a Constituição teorias que se baseiam no desvalor da ação, devendo ser estruturadas no desvalor do resultado.

Esses argumentos baseados no desvalor do resultado não são, entretanto, suficientes para fundamentar o Direito Penal atual, visto que o perigo tem sido a maior razão da criminalização, como uma evolução natural do direito que deve se adaptar à sociedade que regula. Um raciocínio com base no dano e no perigo concreto fatalmente deixará de fora o perigo abstrato como tipificação legítima.

Sob esse prisma, destaca-se a lição de Luís Greco (2004), para quem o bem jurídico protegido é o mesmo que seria em caso de lesão. Para ele, o problema consiste nas estruturas do delito que se voltam aos crimes de dano e perigo concreto, deixando de fora a reflexão sobre o perigo abstrato, afirmando que

> Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar. O que se está aqui afirmando a rigor é que as estruturas do delito legítimas se restringem a unicamente duas formas: à do delito de lesão e à do delito de perigo concreto (GRECO, 2004, p. 11).

Para se compatibilizar a técnica de legiferação do Direito Penal que, além das funções tradicionais, ganhou a função de prevenção geral e também na gestão de riscos (que deve ser subsidiária e necessária), deve-se alterar a premissa do Direito Penal fundado somente no desvalor do resultado para o Direito Penal que também se fundamente na ação. Desse modo, a releitura da lesividade que se propõe é à luz do funcionalismo, em especial o funcionalismo teleológico de Roxin (2006), que abarca a discussão do perigo com vistas à realização dos fins do Direito Penal. Sob essa teoria, a antecipação da tutela penal que se manifesta pelos crimes de perigo abstrato pode ser legítima para a proteção de bens jurídicos, se for necessário. Assim,

> querendo o Direito Penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isso só será possível na medida em que o Direito Penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão ao bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens (ROXIN, 2006, p. 41).

Em Roxin (1997), na estrutura funcional do delito por ele proposta, a criação do risco não permitido configura a própria lesão. Sob essa premissa, os crimes de perigo abstrato não confrontam com a Constituição, ao menos na questão da ofensividade.

O funcionalismo teleológico de Clauss Roxin (2000) que tem a política criminal inserta na estrutura do delito, oferece fundamentos para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato para a exclusiva e subsidiária proteção de bens jurídicos sem deixar de lado a ofensividade. Uma vez que sejam úteis para manter estáveis as relações sociais, não há óbice para sua utilização se forem necessários e não constituam arbítrios estatais.

Túlio Arantes Bozola (2015) esclarece que, na concepção de Roxin, a necessidade de proteção a bens jurídicos não está adstrita ao dano e ao perigo concreto, abarca o perigo, sendo assim legítimos os crimes de perigo abstrato, desde que se possa reconhecer de pronto o bem por eles tutelado. São ainda os meios mais adequados para proteção mais efetiva de bens contra lesões que se quer evitar, de forma antecipada. “Trata-se, na verdade, de uma decisão política de como proteger o bem jurídico, sendo um dos requisitos indeclináveis para a legitimidade da proibição penal de condutas prévias a sua referibilidade a um interesse social relevante e sua importância para seu resguardo.” (BOZOLA, 2015, p. 158).

O autor ainda defende que para a proteção de bens jurídicos difusos como o meio ambiente e a ordem econômica, bem como a fé pública e a saúde pública, os crimes de perigo abstrato são os mais apropriados, em virtude da magnitude e irreversibilidade dos danos possíveis. A segurança da tipificação, segundo o autor, se dá pela taxatividade da conduta objeto de proibição. (BOZOLA, 2015)

Nesse sentido, colaciona-se a lição de Ilha Silva (2003) para quem o uso do tipo de perigo abstrato não ofende a lesividade, ressaltando ainda que são os mais adequados para prevenção de danos imensuráveis ou irreversíveis:

> o princípio da lesividade ou ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante os tipos de crimes de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de se estabelecer o entrelaçamento entre

> múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal (SILVA, 2003, p. 101).

Nessa mesma linha, Pierpaolo Cruz Bottini (2007) admite o uso dos crimes de perigo abstrato como técnica de legiferação sem que haja ofensa à Constituição sob o argumento de desrespeito ao princípio da ofensividade, pois considera que esta abarca não somente a lesão efetiva aos bens jurídicos, mas também ameaças idôneas para feri-los. Para o autor, "o abalo social que legitima a repreensão é revelado inicialmente pela da conduta e não pelo resultado material *ex post*." (2007, p. 170). Admite, frente aos novos riscos, a antecipação da tutela penal desde que amparada pelas funções do Direito Penal no modelo de Estado vigente.

> O que se faz necessário é a configuração de limites precisos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional do *jus puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que paute o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente (BOTTINI, 2007, p. 170).

Como o grande desafio para aceitação da compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com a Constituição gira em torno da ofensividade, Pierpaolo Cruz Bottini (2007) apresenta duas formas para que a incompatibilidade seja superada. A primeira forma seria reconhecer os crimes de perigo abstrato como crimes de lesão, tendo a periculosidade como elemento típico (quando se tratar de bens jurídicos difusos), e a segunda seria uma releitura do que seja a ofensividade, que compreende o dano, o perigo concreto e a periculosidade.

A lesão, nesse caso, estaria disposta em níveis, partindo da periculosidade, depois do perigo concreto e por fim do dano. A periculosidade é, assim, uma forma de lesão ocasionada pelos crimes de perigo abstrato. A ofensividade, segundo o autor, não compreende somente o dano e o perigo concreto, mas também o perigo abstrato.

> (...) rever os contornos da lesividade que, efetivamente, não compreende apenas as situações de exposição efetiva de um bem jurídico a lesão ou a perigo, mas abriga também a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo. Faria Costa já apontava para a percepção de três níveis de lesividade. O primeiro seria o dano a determinado bem jurídico, seguido por um segundo nível, compreendido pela colocação deste bem em perigo concreto, quando sua normativa intencionalidade é perturbada por uma ação humana responsável. Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, refletiriam um terceiro nível de lesividade, que só seria possível mediante uma descrição minuciosa pelo legislador, da conduta proibida, relacionada a um bem jurídico concreto com dignidade penal (BOTTINI, 2007, p. 205).

Na mesma linha está o autor Roberto D'Avila (2009) que, também adotando a teoria de Faria Costa, não vê óbice para que a ofensividade esteja presente nos crimes de perigo abstrato. Isso porque há três planos de ofensividade: o dano/violação, o perigo/violação que se apresenta como um concreto pôr-em-perigo e a não observância do cuidado-de-perigo. Essas são as formas de ofensividade nos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato (D'AVILA, 2009).

Ressalte-se ainda que a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato guarda estreita relação com a capacidade dos tipos de cumprirem sua função, devendo ser verificada sob a ótica da proteção subsidiária de bens jurídicos, o que é elementar para o respeito ao princípio da ofensividade, admitindo-se a antecipação da tutela penal para o estágio do perigo abstrato quando não se puder fazê-lo de outro modo.

Considerada a função do Direito Penal de proteger os bens jurídicos, seu uso deve se dar na medida em que esses bens são lesados ou sofrem ameaça de lesão. Para isso, o legislador deve lançar mão dos recursos existentes, visto que o Direito Penal do risco se remete para o futuro, buscando evitar o dano e não somente puni-lo. Conforme a política criminal adotada, pode resultar na expansão ou não do Direito Penal. Se o escopo é preponderante preventivo, a consequência é a expansão.

A ofensividade está, como se vê, diretamente ligada à noção de bem jurídico. Em se tratando de bens jurídicos individuais, a ofensividade é mais facilmente percebida. Entretanto, a tipificação de perigo abstrato é a mais utilizada para bens jurídicos supraindividuais. Como o bem jurídico não é tangível, a exposição ao perigo não é verificável *ex post*, razão pela qual os crimes de perigo abstrato são os mais apropriados para o legislador que não pode por muitas vezes aguardar o dano para proibir a conduta, sobretudo por serem os riscos de danos imensuráveis ou de grandes proporções. Se assim não fosse, o legislador estaria impotente, vindo a não proteger o bem o que, a depender do caso, é também causa de inconstitucionalidade, sendo a proteção ao meio ambiente o exemplo mais expressivo.

Não obstante, a tipificação de perigo abstrato passou a ser a principal técnica para proteção de bens difusos em face de riscos advindos da sociedade pós-industrial, alargando-se de forma desmedida o conceito de bem jurídico supraindividual para legitimar tipificações sem que esbarrem no princípio da ofensividade.

> Por certo, os bens jurídicos supraindividuais típicos do Direito Penal moderno se apresentam, por sua própria natureza, além de desprovidos de um referencial antropocêntrico e carentes de definição precisa, de duvidosa corporizarão ou mesmo de impossível tangibilidade. Diante disso, a preocupação em assegurar o futuro da humanidade mediante o Direito Penal vem dando azo tanto a teorias que defendem

> certa relativização do conceito de bem jurídico, a fim de torna-lo mais amplo e maleável, quanto a teorias que apregoam seu abandono definitivo (BADARÓ, 2017, p. 115).

Do mesmo modo que a falta de identificação do bem jurídico tutelado leva à inconstitucionalidade do tipo, verifica-se o mesmo efeito com a ampliação indevida do conceito de bem jurídico de modo a abarcar, sob o pretexto de proteção, toda forma de conduta que se queira proibir.

Nesse sentido, vale a lição de Luís Greco (2004) que, ao tratar de bem jurídico, traz o problema dos falsos bens jurídicos coletivos. Cita como falsos bens jurídicos a incolumidade pública, a saúde pública e a segurança no trânsito, por serem na verdade a soma de bens individuais (vida, saúde). Como bens coletivos, cita o meio ambiente, a Administração Pública e a fé pública. Se os crimes de perigo abstrato forem usados somente para bens coletivos, a maioria dos crimes de perigo no ordenamento jurídico brasileiro seria fatalmente inconstitucional, porque não estaria presente a lesividade.

> As vantagens de se recusarem bens jurídicos pseudo-coletivos são, portanto, muitas. O que perguntamos, assim, é o seguinte: como se posicionam os críticos do crime de perigo abstrato em relação a este problema, já que eles têm, a rigor, duas opções? A primeira é acolherem as críticas aqui formuladas a tais bens jurídicos falsamente coletivos e com isso terem de declarar inconstitucionais quase todos os chamados crimes contra a saúde pública, por exemplo. E a segunda é, para salvarem a constitucionalidade de tais proibições, terem de admitir a postulação de bens jurídicos coletivos a gosto, aqui e toda vez que se queira resgatar a legitimidade de alguma incriminação. É infelizmente esta segunda postura a mais difundida entre os críticos brasileiros do crime de perigo abstrato (GRECO, 2004, p. 14).

Os falsos bens jurídicos são, assim, um conjunto de bens jurídicos individuais que são espiritualizados para se justificar a proibição da exposição a perigo abstrato como se fossem bens supraindividuais. Isso porque, uma vez sendo reconhecidos os bens como supraindividuais, a exposição a perigo será a própria lesão e não uma antecipação da tutela penal para o estágio do perigo abstrato. Com mais bens jurídicos supraindividuais, o legislador não incorre, em tese, em inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio da ofensividade.

Logo, a análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato deve necessariamente passar pelo filtro da função do Direito Penal de exclusiva proteção de bens jurídicos e pelo princípio da ofensividade que compreende o dano e o perigo em sua forma concreta e abstrata. Ademais, não se pode deixar de considerar sua utilidade para proteção de

bens jurídicos com relevância expressa na Constituição, como ressalta Luiz Regis Prado (2019, p. 79):

> Em que pese a questão da legitimidade dessa espécie delitiva, tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, que, ao contrário das de perigo concreto ou de lesão, têm irrefragável influência na aplicação da matéria.

Se o meio necessário para a proteção de um bem jurídico é a antecipação da tutela penal, esta será legítima sempre que for possível se identificar de pronto o bem jurídico tutelado (em regra como bem jurídico supraindividual) e a ofensividade, bem como a necessidade, demonstrada pela impossibilidade de se lançar mão de outro meio, em virtude da dimensão do dano que se busca evitar que pode ser imensurável ou de proporções irreparáveis.

4 ANÁLISE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 51 DA LEI 9.605 DE 1.998: BEM JURÍDICO PROTEGIDO E OFENSIVIDADE

A análise dos crimes de perigo abstrato e a sua utilização para proteção de bens jurídicos de forma compatível com o princípio da ofensividade deve ter por base algumas premissas. Sabe-se que a proteção de bens jurídicos não se dá unicamente pelo Direito Penal, mas pelos demais ramos do Direito, ficando a cargo do legislador lançar mão de um ou de outro, com base na política criminal adotada.

Para que se possam identificar os parâmetros de tipificação de condutas ofensivas a bens jurídicos no âmbito do Direito Penal ou do Direito Administrativo, considerada a complexidade do tema, entende-se por bem por partir de um estudo de um tipo penal de perigo abstrato, o previsto no artigo 51 da Lei 9.605/98, da Lei de Crimes Ambientais.

Ressalte-se que o tipo penal escolhido para análise é de cunho exemplificativo de tantos outros com semelhante estrutura. Pelo estudo desse dispositivo e da doutrina correlata, busca-se verificar se a tipificação de fato tem a função de proteger o bem jurídico meio ambiente ou se busca a garantia do cumprimento da norma administrativa à qual remete.

4.1 O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Constituição da República traz o meio ambiente como direito fundamental e como bem jurídico objeto de tutela pelo direito civil e administrativo, além da previsão expressa de sua tutela penal:

> 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 (BRASIL, 1988).

Quanto à natureza do meio ambiente enquanto bem jurídico-penal, há os defensores adeptos da teoria dualista do bem jurídico que defendem sua autonomia como tal. Há também o entendimento segundo o qual o meio ambiente é um bem que deve ser protegido, considerando-se o interesse do ser humano como referencial, conforme entendimento dos signatários da teoria monista. Como já dito ao tratar dos bens jurídicos, adota-se no presente trabalho a teoria dualista em que, há duas espécies desses bens: os individuais e os

supraindividuais. Desse modo, o meio ambiente é bem jurídico autônomo, o que não impede que contenha interesses individuais subjacentes.

4.1.1 Tutela penal do meio ambiente

Dentre os teóricos que adotam a teoria dualista do bem jurídico, considerando o meio ambiente como bem autônomo, conforme bem compilado por Rafhaella Cardoso (2021), estão Tiederman (2007) e Figueiredo Dias (2007) que consideram o meio ambiente como bem supraindividual autônomo; Stratenwerth (2005) e sua concepção de delitos referidos ao futuro que abarcam os delitos contra o meio ambiente e Kuhlen (1993) e Hefendehl (2001) que o consideram como bem coletivo passível de tutela penal. Esse último entende que a tutela do meio ambiente é diferenciada pela sua própria natureza (CARDOSO, 2021).

Dentre os adeptos da concepção monista-pessoal estão os teóricos oriundos da Escola de Frankfurt, com destaque em Hassemer (2010 b), que não descarta a existência de bens jurídicos supraindividuais, mas como o ser humano é a razão da existência da concepção de bens jurídicos, os de natureza supraindividual devem ter necessariamente o referencial individual (CARDOSO, 2021).

> Esta concepção, certamente, consubstancia-se na própria ideia de dignidade da pessoa humana como referência do Estado de Direito. Hassemer não é contra uma perspectiva de bens jurídicos universais ou coletivos (ou estatais). Entretanto, ele funcionaliza tais bens a partir da pessoa humana, de forma que somente se pode aceitá-los se forem servir a interesses humanos (CARDOSO, 2021, p. 50).

Sob essa perspectiva monista-pessoal do bem jurídico, há importante doutrina segundo a qual a proteção ao meio ambiente não deve ser tarefa do Direito Penal. Por se tratar de bem jurídico supraindividual e por reclamar normas preventivas, o Direito Penal, de cunho punitivo, não é o mais adequado. Winfried Hassemer (2010 b) vai além ao afirmar que trazer para o Direito Penal a tutela do meio ambiente faz com que a proteção seja menos efetiva. Como salientado pelo teórico da Escola de Frankfurt,

> O direito penal, considerando o seu papel no tocante à política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente. Se eu quisesse reformular esta mesma ideia de maneira ainda mais radical, então diria o seguinte: quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente (Hassemer, 2010b, p. 2).

A despeito da respeitável tese de Hassemer (2010 b), o qual propõe outro ramo do direito para a tutela ambiental (o direito de intervenção), é fato que o meio ambiente possui importância não só como bem essencial para o homem, mas também para as gerações futuras, razão pela qual merece estar a cargo do Direito Penal com as garantias inerentes a esse ramo do direito.

Quanto ao uso do Direito Penal para tutela ambiental, Silva Sánchez (2013), apesar de aceitar a tutela penal para os novos bens jurídicos supraindividuais, tem uma posição particular a respeito do meio ambiente. Para o estudioso, as ofensas a bens jurídicos individuais estariam a cargo do Direito Penal tradicional, o qual possui as penas mais gravosas e também maiores garantias para o acusado. Para a tutela de bens jurídicos difusos, desde que presente a ofensividade, o autor propõe um Direito Penal mais suave, mas com critérios também abrandados quanto à imputação, além do abrandamento das suas consequências penais. Como observado por Rafhaella Cardoso, em contraposição à sugestão de Hasemer (2010 b),

> a viabilidade da tutela penal não é descartada por Silva Sánchez, diante dessa nova criminalidade. Eis que surge a construção de um Direito Penal de segunda velocidade para abranger bens jurídicos, como o ambiente, difusos ou coletivos (diferentemente do de primeira velocidade, que é voltado aos bens jurídicos individuais tradicionalmente construídos) (CARDOSO, 2021, p. 62).

Entretanto, Silva Sánchez, ao diferenciar Direito Penal do administrativo, tem como uma das premissas a de que as condutas não individualizáveis, como ocorre nos crimes cuja lesividade se dá com a acumulação de outras condutas, não podem ser objeto do Direito Penal. Essas mesmas condutas, se isoladamente consideradas, não possuírem potencial lesivo, ainda que em desconformidade com a lei, por isso não podem ser puníveis pelo Direito Penal, mas administrativamente (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Observe-se que o bem jurídico meio ambiente não deve ser objeto de tutela penal em crimes por acumulação (cujo perigo é global, é presumido e baseado em estatísticas), sob a ótica de Silva Sanchez.

Outro importante posicionamento contrário ao uso do Direito Penal para tutela ambiental é o de Winfried Hassemer (2010 b) Para o autor, o uso do Direito Penal na prevenção de danos ambientais faz com que a pretensa proteção seja menos efetiva. Em razão do reenvio do conteúdo da norma a outras de caráter administrativo faz com que o Direito Penal figure como auxiliar do administrativo. Outro fato é de que a imputação não é

individual, mas feita por amostragem, fazendo com que o Direito Penal não atinja seus fins em razão da cifra oculta nos crimes ambientais em que os verdadeiros infratores não são penalizados (HASSEMER, 2010b).

De igual modo, a função da pena de prevenção especial positiva não é alcançada, pois esses infratores não necessitam da dita ressocialização. A prevenção geral positiva também não é efetiva, em razão das cifras negras. Trata-se por fim de um Direito Penal simbólico que é ineficiente mas que satisfaz os anseios sociais de proteção ambiental. "Tudo isso denuncia o caracter simbólico do Direito Penal do ambiente, cujo verdadeiro préstimo redunda em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva." (HASSEMER, 2010b, p. 6).

Em uma ótica funcionalista, o meio ambiente é objeto de proteção, uma vez que é claramente um bem jurídico penal, dada a sua importância para a existência humana[40] e que a função precípua do Direito Penal é a proteção desses bens.

Como defensores do uso do Direito Penal para tutela do meio ambiente mediante prevenção estão Kuhlen(1993), Schünemann (1991) Stratenwerth (2007) e Tiedemann (2007), os quais advogam pela modernização do Direito Penal para prevenção de danos ambientais.

Destaque-se a contribuição de Kuhlen (2000), o idealizador dos delitos por acumulação em que a ofensa ao bem supraindividual se dá pela soma de outras condutas. A despeito de considerar que essa espécie de delito é a mais adequada para a proteção do meio ambiente, traz uma importante ressalva, conforme ressalta Rafhaella Cardoso (2021). Na teoria de Kuhlen (1993),

> os delitos de cumulação não podem tutelar quaisquer tipos de bens jurídicos, pois sua destinação é justamente para proteger os bens coletivos ou universais, uma vez que, em se tratando de condutas aparentemente inócuas, mas que, em reiteração, ofendam meramente bens jurídicos individuais (tal como, ele cita, o porte de arma de fogo), não seria correto tal técnica, valendo-se o Direito Penal dos delitos de lesão ou de perigo concreto (CARDOSO, 2021, p. 84).

Schünemann (1991) defende uma atuação mais incisiva do Direito Penal, dada a sua importância global e intergeracional. O autor defende uma proteção requer que a geração atual arque com os danos presentes e futuros em razão do comportamento favorável à degradação ambiental. Na concepção de Schünemann (1991), a tutela Estatal, por meio penal ou administrativo deve " impor o controle e os custos ambientais atuais e futuros contra a

40 Anote-se o conceito de Claus Roxin de bens jurídicos que são "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos" (ROXIN, 2006, p. 18).

atual sociedade altamente consumista (na qual é predominante o hedonismo – a busca por prazeres através do consumo desenfreado).” (CARDOSO, 2021, p. 87).

Conforme a teoria adotada sobre a natureza jurídica do meio ambiente tutelado penalmente, este pode ser um bem jurídico constitucional autônomo ou referido. Sendo autônomo, sua proteção será direta, independentemente de sua lesão impactar na vida do homem – trata-se da concepção dualista do bem jurídico.

O meio ambiente é um bem autônomo nos termos da teoria ecocêntrica, em que o ambiente é um bem considerado em si, sem que haja o referencial humano, muitas vezes prevalecendo em relação a este.

Entretanto, sob a ótica da concepção dualista do bem jurídico, o referencial humano pode ser levado em conta sem, contudo, ser essencial para a proteção penal, como ocorre quando se tem a visão ecoantropocêntrica do meio ambiente.

Por uma concepção monista-pessoal, o meio ambiente é um bem referido, ou seja, a sua proteção se dá de forma mediata, uma vez que a dignidade da pessoa humana é o objeto último de tutela.

Como bem sintetizado por Luiz Regis Prado (PRADO, 2019 a) o meio ambiente pode ser considerado como bem jurídico conforme seja considerado em si mesmo ou como bem para servir ao homem. Há três teorias sobre o bem jurídico meio ambiente: a teoria ecocêntrica absoluta, a teoria antropocêntrica absoluta e a teoria antropocêntrica. Pela teoria ecocêntrica, meio ambiente é um bem autônomo e sua proteção não requer a existência de interesses humanos e a eles se sobrepõe.

A teoria antropocêntrica absoluta, por sua vez, tem o meio ambiente como um bem que serve ao homem, então, protege-lo significa proteger um interesse humano. Segundo essa teoria, o homem é a referência central do universo, de modo que o meio ambiente está a servi-lo. Desse modo, “é verificável que tal perspectiva está diretamente vinculada ao perfil da identidade humana oriundo do iluminismo, construindo uma perspectiva do mundo que permite ao homem o exercício da dominação indiscriminada do meio ambiente”. (DAVID, 2021, p. 51).

Pela teoria antropoecocêntrica ou mista, adotada no presente trabalho, o meio ambiente deve ser protegido por ser essencial ao ser humano, mas consiste em um bem autônomo. [41] Conforme ressalta Luiz Flávio Regis Prado,

---

41 É oportuna a transcrição da síntese das teorias do bem jurídico meio ambiente trazida por Luiz Regis Prado: a) No tocante ao assunto, a doutrina aventa correntes de pensamento que têm respectivamente o ser humano ou o ambiente como eixo gravitacional (ou ponto de arranque), estabelecendo entre eles relações de maior ou de

> O reconhecimento do ambiente como bem jurídico-penal autônomo não significa negar sua natureza antropomórfica, ainda que relativa, ou antropoecocêntrica. A indispensável relação ambiente-homem (teoria personalista 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 (PRADO, 2019b,p. 23).

A concepção do que se entende por meio ambiente como bem autônomo ou não reflete, segundo Luís Greco (GRECO, 2020), na estrutura do delito de proteção ambiental, fazendo-se com que a mesma conduta possa configurar ora um crime de perigo, ora de dano. Segundo o autor, não é possível saber de pronto se o crime é de lesão ou de perigo, pois , conforme o bem jurídico eleito, pode ser um ou outro.

> O primeiro problema é a falta de clareza não a respeito de o que é perigo abstrato, e sim dos delitos a que a categoria se refere. Afinal, a caracterização de determinado delito como de perigo abstrato, de perigo concreto ou mesmo de lesão depende de como descrevemos o bem jurídico que o tipo penal tutela. Concretamente: um delito ambiental como a poluição de águas, que se consuma quando alguém "polui, de forma não autorizada, águas, ou lhes modifica em sentido negativo as propriedades" (§ 324 I StGB), será delito de perigo abstrato, se se manejar um conceito antropocêntrico de bem jurídico ambiental, segundo o qual este não passa das condições para a vida e a saúde de seres humanos, mas será delito de lesão, se o bem jurídico for entendido de forma ecocêntrica, como a própria integridade do meio ambiente, entendido como valor em si (GRECO, 2020, p.16).

Embora não haja consenso entre os teóricos sobre o meio ambiente como bem jurídico autônomo, não se pode negar que, no ordenamento jurídico brasileiro, "o legislador constitucional erige expressamente o ambiente como bem jurídico-penal, eliminando, de modo contundente, qualquer possibilidade de valoração em sentido contrário por parte do legislador ordinário." (PRADO, 2019b p. 24). O bem jurídico meio ambiente, quer se adote a teoria de se tratar de bem jurídico autônomo ou referido, ou ambos, é tutelável pelo Direito, no caso, o Direito Penal.

---

menor aproximação. São elas: teoria ecocêntrica absoluta: o meio ambiente é considerado em si mesmo, independentemente de qualquer interesse humano, e pode ser defendido até contra ele. Nessa linha, assevera-se que "também nos bens jurídicos coletivos (...), deixa-se sentir em última instância um fim protetor do ser humano (...), é mesmo assim correto outorgar a esses bens um valor próprio supraindividual, porquanto aparecem acima dos seres humanos individuais"; b) teoria antropocêntrica absoluta: a proteção do ambiente é feita tão somente em razão de sua lesividade ou danosidade para o homem, e por intermédio de outros bens jurídicos (vida, integridade física, saúde). É dizer: há uma total dependência de tutela, sendo certo que sua eventual garantia é realizada de modo transverso ou por interposição. Conforme esse posicionamento, sequer pode o ambiente ser considerado bem jurídico-penal; e c) teoria antropoecocêntrica ou mista: o ambiente é protegido como bem jurídico-penal autônomo e de caráter antropoecocêntrico. (PRADO, 2019b).

4.1.2 Meio ambiente como bem jurídico constitucional

Considerando o que foi exposto sobre o bem jurídico, pode-se dizer que, independente da doutrina adotada, o meio ambiente possui importância constitucional de tal monta que deve ser protegido pelo ramo do direito mais gravoso, respeitando-se sua subsidiariedade e fragmentariedade. Desse modo,

> com tal previsão, a Carta brasileira afasta, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente. Reconhecem-se a existência e a relevância do ambiente para o homem e sua autonomia como bem jurídico, devendo para tanto o ordenamento jurídico lançar mão inclusive da pena, ainda que em ultima ratio, para garanti-lo (PRADO, 2019 b, p. 23)

Assim, por escolha constitucional, o meio ambiente é objeto da tutela penal, devendo-se por isso o respeito aos princípios inerentes a este ramo do direito. Todavia, o fato de se reconhecer um bem como digno de tutela constitucional, ainda que de forma expressa, não é capaz de, por si só, justificar a repressão criminal. Como contribui Luís Paulo Sirvinskas (2010), têm-se como inegável a disciplina constitucional da tutela penal do bem jurídico meio ambiente.

> Parte-se, então, das noções de que o bem jurídico deve ter sua fonte na Constituição e de que a tutela penal deve ser restritiva para se chegar a um conceito de bem jurídico ambiental. Parte-se assim dos princípios ambientais disciplinados no art. 225 da Constituição. Nesse dispositivo está todo o arcabouço da proteção ambiental e do injusto penal, inclusive o conceito de meio ambiente, apesar de inadequado, mas necessário para se chegar ao conceito de bem jurídico ambiental (SIRVINSKAS, 2010, p. 48).

Ressalte-se, porém, que, como já dito, além da necessidade de se ter um autêntico bem jurídico-penal, que no caso do meio ambiente é expresso na Constituição, deve também estar presente uma lesão ou perigo de lesão ao bem protegido, e esta deve ser de especial gravidade que deva ser impedida com o maior custo, que é a pena criminal. A lesão ou perigo de lesão deve ser ainda aquela que não puder ser coibida pelos demais ramos do direito, sob a pena de se utilizar o Direito Penal como sucedâneo dos outros ramos pelo seu efeito simbólico.

Essa proteção conferida ao meio ambiente, quer ela seja direta ou referida, deverá guardar respeito aos demais fundamentos constitucionais penais, sob pena de a proteção ao

bem surpaindividual se sobrepor ao individual. Não se pode olvidar que o indivíduo, em regra, é quem sofrerá as consequências penais.

Além de ser o meio ambiente objeto de tutela penal como bem essencial expressamente previsto na Lei Maior, fala-se ainda em mandamento constitucional de criminalização ao legislador ordinário para condutas lesivas ao meio ambiente, ampliando-se o alcance do Direito Penal com respaldo direto da Lei Suprema.

> A partir do modelo intervencionista do Estado Social, as Constituições passaram a prever, ao lado dos princípios liberais restritivos da violência penal (princípio da legalidade, da lesividade do delito, da culpabilidade, da individualização e humanização da pena, etc.) normas propulsoras da atividade de incriminação (BADARÓ, 2017, p. 125).

Ao passo que o constituinte elege como essenciais certos valores, profere comando de criminalização de atos aptos a lesar ou expor a perigo alguns deles. Como a Constituição tomou para si a tarefa não só de eleger como direitos fundamentais diversos bens surpaindividuais, no caso, o meio ambiente, cuidou também de elevá-los a bens tuteláveis penalmente, ocasionando a edição de leis esparsas e específicas para cada temática com as características próprias inerentes à expansão do Direito Penal dos interesses individuais para os supraindividuais, ou seja, do dano à prevenção.

Esse fenômeno é manifesto no sistema jurídico de proteção ambiental, visto que é formado de leis esparsas, cujo conteúdo necessita ser preenchido por outras normas ou conceitos (como elementos normativos do tipo) perfazendo-se a relação de asssessoriedade administrativa entre o Direito Penal e o direito administrativo. Essa relação se apresenta com o uso frequente da técnica de legislação penal em branco em sentido estrito em especial pelo largo uso de remissões a obrigações e a atos administrativos.

Na tipificação penal ambiental é ainda prevalente o uso dos crimes de perigo abstrato e com remissão a uma norma administrativa, o que é problemático quando o tipo é preenchido totalmente por uma norma ou ato administrativo, caso em que não se verifica, por vezes, a ofensividade. Há ainda os crimes de perigo abstrato e em sua modalidade de crime de acumulação, que são em princípio os mais adequados, mas que trazem problemas de imputação e de resultado.

4.2 TÉCNICAS LEGISLATIVAS PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Em matéria ambiental, as normas penais são, em sua grande maioria, de perigo abstrato e por acumulação e são estruturadas com frequentes remissões a outros atos normativos, legais ou infralegais em razão da assessoriedade administrativa.

É bastante frequente o uso de crimes de perigo abstrato, pois seu objetivo é preventivo e o bem jurídico transcende o indivíduo e mesmo gerações. Isso porque os crimes de perigo concreto e de dano não são suficientes para a tutela do meio ambiente, visto que, em virtude da dificuldade de imputação, os autores das condutas são muitas vezes absolvidos. Com bem observado por Luiz Regis Prado (2019, p. 79), "elide-se, destarte, o supracitado problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal".

Há casos, no entanto, que sequer o perigo abstrato está presente na conduta proibida e tampouco a necessária ofensividade. Não é raro que a conduta proibida em matéria ambiental não possua potencial lesivo se isoladamente considerada, senão quando somadas a muitas outras, casos em que a tipificação se dá pelo uso de crimes por acumulação.

O problema é que essa técnica legislativa esbarra na culpabilidade, uma vez que o sujeito responde por uma conduta que só tem o poder de desestabilizar o meio ambiente se for somada a outras que, em regra, são praticadas por terceiros.

Outro problema é que a ofensividade nesses casos está ausente, conforme parte da doutrina, com a qual se concorda no presente trabalho, ainda que a conduta se amolde ao tipo penal. Isso porque são condutas que não apresentam sequer perigo abstrato se consideradas como ato único.

Outra prática característica é a utilização de leis penais em branco de modo bastante frequente em crimes ambientais, o que se dá para atender à especificidade das matérias tratadas, quanto a conceitos legais ou infralegais, bem como a atos administrativos que são usados para a composição do tipo.

Em razão dessa necessidade de a norma ser complementada, surge o que se entende por assessoriedade administrativa, o que ocorre quando o Direito Penal depende em algum grau da norma administrativa para aperfeiçoamento e alcance do tipo em dada matéria. Embora o reenvio a normas administrativas seja necessário em alguns casos, o uso de normas penais que remetem ao cumprimento de normas administrativas é bastante controverso. Isso porque o Direito Penal pode ser usado como meio para o exercício de funções eminentemente administrativas, sem que haja ofensividade na conduta proibida.

4.2.1 Crimes por acumulação

Os delitos por acumulação *(kumulationsdelikt*), teorizados na contemporaneidade por Lothar Kuhlen, baseiam-se, segundo Sílva Sánchez (2013), na tese segundo a qual uma conduta individual é possível de ser sancionada penalmente mesmo que esta não possua a capacidade de, sozinha, causar dano ou expor a perigo o bem jurídico, uma vez que se parte do pressuposto de que a conduta será repetida por outros agentes e que, a soma dessas condutas tem o potencial de ofender o bem jurídico. A relevância da conduta baseia-se na soma de condutas e no dano potencial com base na suposição de que "e se todos fizessem o mesmo." (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Silva Sánchez (2013) entende que essa espécie de delitos viola o princípio da culpabilidade, pois o sujeito tem a punibilidade em razão da conduta de terceiros e por não estar presente a lesividade da conduta isolada, nem na forma de perigo abstrato, viola, contudo a proporcionalidade. O autor considera também que essa espécie de delito é uma expressão da administrativização do Direito Penal, por se basear em estatísticas de potencial lesão, afastando-se da necessária ofensividade. Os delitos de acumulação para Silva Sánchez (2013) não são aceitos e sugere o autor que as condutas deveriam ser regularizadas pelo direito administrativo.

Conforme observação de Rafhaella Cardoso (2021), como proposto por Khulen (1993), essa espécie delitiva não é apropriada para tipificar condutas contra bens individuais, que devem, segundo a autora, permanecer na seara dos crimes de dano ou perigo concreto.

> Kuhlen ainda enfatiza que os delitos de cumulação não podem tutelar quaisquer tipos de bens jurídicos, pois sua destinação é justamente para proteger os bens coletivos ou universais, uma vez que, em se tratando de condutas aparentemente inócuas, mas que, em reiteração, ofendam meramente bens jurídicos individuais (tal como, ele cita, o porte de arma de fogo), não seria correto tal técnica, valendo-se o Direito Penal dos delitos de lesão ou de perigo concreto (KUHLEN, 1993, *apud* CARDOSO, 2021, p. 84) .

No caso de condutas acumuláveis contra bens individuais, estas devem ser coibidas e punidas na medida da sua culpabilidade. Isso porque a tipificação por acumulação foi idealizada para evitar lesão no longo prazo a bens supraindividuais. No caso dos individuais, o dano e o perigo concreto são mais facilmente percebidos.

A forma delitiva de acumulação é utilizada também na classificação de Wolfang Wohlers (2011) que, em estudo sobre a teoria do bem jurídico e a estrutura dos delitos, considera que crimes de perigo abstrato não são uma espécie de delito, mas parte de um

conjunto de delitos que não se enquadram na categoria de crimes de dano e de perigo concreto.

Na visão de Wohlers, a teoria do bem jurídico não traz respostas quanto à legitimidade dos crimes de perigo abstrato no quesito ofensividade, razão pela qual deve ter outra fonte de validade.

> Em razão disso é que os delitos de perigo demandam uma legitimidade autônoma para além do dogma do bem jurídico. Aqui trata-se de provar que a mera ação contrária à norma - mesmo quando no caso concreto uma lesão ou perigo estejam excluídos – é passível de legitimação (WOHLERS, 2011, p. 3).

O autor então classifica os crimes que não sejam de dano ou de perigo concreto em três subespécies: delitos de conduta concretamente perigosa, delitos de preparação e delitos de acumulação (WOHLERS, 2011).

O delito de ação concretamente perigosa é aquele em que as condutas levam a situações que fogem ao controle do autor e devem, portanto, ser coibidas. Como exemplo cita o crime de embriaguez ao volante.

Os delitos de preparação, segundo o teórico, "tratam-se de modalidades de comportamento cujo potencial de risco reside no fato de, ou o próprio autor, ou outra pessoa, podem praticar uma conduta conectada com o resultado do comportamento prévio em questão." (WOHLERS, 2011, p. 4). No modelo previsto, essa espécie delitiva pode ser usada para proteção de bens individuais e supraindividuais. Nesse último, a lesão será por acumulação que se soma à preparação.

Por delitos de acumulação, entende como as condutas inofensivas em si, mas lesivas se forem repetidas. Essa sorte delitiva serve para a proteção de bens jurídicos supraindividuais como o meio ambiente. Nessa concepção, tem o mesmo fundamento do crime de acumulação teorizado por Kuhlen (1993).

Os crimes de preparação são os que possuem maior problemática em razão de ser a ação em si insignificante, mas passa a ter relevância penal em virtude de ações que podem ser alheias ao agente ou fora do desdobramento da conduta. Essas ações, contudo, podem nem vir a acontecer.

Um exemplo oportuno é o do crime de petrechos para moeda falsa, previsto no Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), em seu artigo 291. Note-se que alguém pode ter os

petrechos[42] para sua fabricação e com isso realizar a conduta típica, mas nunca vir a usá-los. A punição vem da possibilidade de a moeda ser fabricada e de ser colocada em circulação para, em grande quantidade, abalar a ordem econômica.

Na doutrina brasileira há quem aceite esta espécie de delito para a proteção de bens jurídicos supraindividuais, no caso, o meio ambiente. Nessa linha, destaca-se Tatiana Badaró (2017) para quem os crimes de acumulação não são novidades trazidas pelo Direito Penal do risco, e que estavam presentes em alguns delitos no Direito Penal clássico e cita como exemplos a moeda falsa, a corrupção, a falsidade documental, dentre outros.

Para a autora, os crimes de acumulação são mais aceitáveis do que os de preparação, pois neste o bem jurídico nem se encontram no raio de atuação do agente, ao passo que nos crimes de acumulação eles estão. Aduz a professora que "todas as condutas que se acumulam estão orientadas ao mesmo propósito antijurídico, de forma que o agente não pode alegar que o menoscabo do bem jurídico foi causado por culpa exclusiva de terceiro." (BADARÓ, 2017, p. 286). Argumenta ainda a autora que "o fato de que a tipicidade material dos crimes de acumulação exige uma possibilidade real e iminente de que a conduta seja formalmente típica seja praticada reiteradamente afasta uma criminalização baseada em meras presunções hipotéticas." (BADARÓ, 2017, p. 286).

No mesmo sentido e a favor do uso dos crimes de perigo abstrato por acumulação para proteção ambiental está Rhafaella Cardoso (2021), que não aceita o uso de crimes de perigo abstrato por acumulação para bens jurídicos individuais, mas os tem como necessários para a proteção do bem supraindividual meio ambiente.

> Assim, por exemplo, não há, logicamente, que se falar em crimes de perigo abstrato ou de cumulação diante de bens individuais como a vida ou a saúde, que são de fruição individual. Porém, quando se trata de interesses coletivos, em que a utilização é feita por todos e, não é possível se chegar a um resultado de esgotamento, ou lesão total do bem, as técnicas de perigo (concreto ou abstrato) são a única forma de coibir a piora na utilização racional dos bens ambientais (CARDOSO, 2021, p. 76).

Há outro entendimento segundo o qual é legítima a tipificação por acumulação, mas com a ressalva de que esta não pode ser a soma de condutas de pessoas diversas. A

42 Trata-se do crime previsto no artigo 291 do Código Penal, o crime de Petrechos para falsificação de moeda. Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

acumulação é então legítima se as ações forem praticadas pelo mesmo indivíduo (ou grupo com unidade de desígnios) e forem contra o mesmo bem jurídico. A proposta é que, presentes os requisitos, o debate se desloque da tipificação, que é legítima, para a aplicação ao caso concreto. Esse é o posicionamento de Cruz Bottini (2007, p. 242), para quem:

> A questão da legitimidade dos delitos por acumulação, portanto, não é uma discussão sobre legislação penal, mas sobre a aplicação concreta das normas. O juiz será o intérprete que terá a incumbência última de verificar a tipicidade da conduta nestes casos, não a admitindo quando o contexto de risco é criado por um conjunto de agentes sem prévia combinação, e cada conduta isolada não apresentar materialidade necessária para permitir a incidência da norma penal, fazendo aplicar a pena diante de um ambiente de periculosidade criado e desenvolvido por inúmeras ações perpetradas por uma única pessoa ou por uma coletividade organizada para este fim.

Para Décio Franco David (2001), essa estrutura proposta por Bottini (2007) não é a mais adequada, uma vez que parte do pressuposto que haverá uma reiteração como conduta habitual do agente, o que remete ao Direito Penal do autor. Aduz ainda que Bottini (2007) não diz qual seria o número de condutas e nem o espaço temporal entre elas para serem consideradas como típicas. Como solução, o autor adota a legitimidade de delitos por acumulação como delito de perigo abstrato em contextos instáveis, com a ofensividade na forma proposta por Fábio Roberto D'Avila (2009)

Para D'Ávila (2009), não há que se falar em perigosidade geral e tampouco abstrata em matéria ambiental. A acumulação no sentido da teoria de Kuhlen (1993) que adota a concepção ecoantropocêntrica do meio ambiente –, são típicas as "condutas cujo conteúdo de significado jurídico-penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstrato, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número." (D'AVILA, 2009, p. 118). Segundo o entendimento do D'Ávila (2009), aceitar crimes ambientais de acumulação como idealizados por Kuhlen (1993) equivale a acolher crimes sem ofensividade, o que os tornam, portanto, ilegítimos.

> Se admitirmos delitos de acumulação no horizonte compreensivo que nos empresta Kuhlen, se admitirmos uma tal concepção de ilícito, em que o conteúdo de significação jurídico-penal do fato transcende a própria conduta típica individualmente considerada, devemos igualmente reconhecer, neste particular grupo de casos, a absoluta ausência de ofensividade, com todas as consequências que, em termos de legitimidade, daí advém (D'AVILA, 2009, p. 120).

A solução trazida pelo autor para tipificação em matéria ambiental é considerar a ofensividade na forma de cuidado-de-perigo em razão do contexto em que a conduta se

realiza. Se o contexto é, por exemplo, de águas já repletas de substancias poluentes, a lei deve apresentar pouca tolerância na dispensa de substancias na referida água. Nesse caso, está presente a ofensividade como cuidado-de-perigo e não é necessário o uso da modalidade de crimes de acumulação.

De fato a proposta de D'Ávila (2009), é um passo importante para esse tema tão tortuoso da acumulação em matéria ambiental, sobretudo ao se confrontar seu conceito usual com o princípio da insignificância. Do mesmo modo que é de suma importância que condutas repetidas prejudiciais ao meio ambiente sejam coibidas, é importante levar em conta a conduta individual do autor do fato.

A solução mais justa é no sentido de coibir penalmente a conduta (quando outros ramos do direito não puderem desestimulá-la), considerando-a individualmente no contexto em que se realiza, como proposto por D'Ávila (2009). Nesse caso, está presente a ofensividade na forma de cuidado-de-perigo ou perigosidade e o propósito da proibição terá sido respeitado.

4.2.2 Normas penais em branco

Como a Lei Penal deve obedecer ao princípio da estrita legalidade, seu conteúdo não pode ser vago, ainda que seja em princípio incompleta. Nesse caso, deve ser preenchido com normas específicas que são, muitas vezes, alteráveis com maior celeridade, o que não ocorre com o processo legislativo ordinário. De tal modo, conceitos técnicos, por exemplo, não devem constar da Lei Penal, visto que é necessário que se adequem conforme a evolução tecnológica ou científica por exemplo. Conceitos oriundos de outros ramos do Direito também não devem constar na Lei Penal, pois o ramo específico é o mais adequado para a matéria.

Segundo a doutrina, a norma penal em branco pode ser em sentido lato ou homogêneo, caso em que o complemento é oriundo de outra norma de mesma fonte, como ocorre quando uma lei federal em branco que remete a outra lei federal para complementá-la. Há ainda as normas penais em branco em sentido estrito, também denominadas heterogêneas, as quais são complementadas por outras de diferentes fontes, como ocorre com o reenvio a uma portaria ou decreto.

É certo que a proteção ambiental requer certa dinâmica na atividade legislativa. Considerando a diversidade ambiental e a rápida alteração no contexto em que o meio ambiente se encontra, este pode não estar em perigo mas, em razão de mudanças climáticas

ou em virtude de alguma implementação de novas técnicas de exploração, este passa a ser ameaçado. Desse modo,

> Se se pretende proteger o meio ambiente é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível. Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada de extinção, por exemplo (SIRVINSKAS, 2010, p. 73).

Como dito, norma penal pode ser complementada por outra norma que pode ser do mesmo ramo do direito ou de outro, bem como por normas infraconstitucionais e, em alguns casos, em especial no Direito Penal ambiental, o complemento pode ser mesmo um ato administrativo. Entretanto, cumpre ressaltar que ”a remissão direta a um ato administrativo individual ou à normativa administrativa deve constituir um complemento indispensável – ainda que não essencial – que gravita em torno da conduta proibida, mas que de forma alguma constitui a essência da proibição.” (CARVALHO, 2011, p. 13).

A remissão a outra norma, como adverte Érika de Carvalho (2011), não é ilimitada, sob a pena de esvaziar o conteúdo penal, fazendo com que a norma seja formalmente penal, mas com conteúdo inteiramente de direito administrativo. A conduta que é a realização do risco não permitido deve estar claramente no tipo penal, pois este é que possui os elementos essenciais do injusto.

> O reenvio típico ao ato administrativo ou à normativa administrativa representa apenas um elemento normativo do tipo objetivo que participa da fundamentação do injusto específico. A adoção de um modelo de acessoriedade limitada não significa, portanto, que a remissão típica de ato ou de direito esteja excluída da fundamentação do ilícito. A questão é que o núcleo essencial da matéria de proibição não pode deixar de pertencer ao tipo penal (CARVALHO, 2011, p. 13).

O complemento pelo ato administrativo, como se verá, é útil para delimitar o alcance do tipo em razão da especificidade da matéria e a dinâmica do bem jurídico meio ambiente que pode requerer uma proteção mais incisiva em casos ou situações específicas, o que, por uma lei penal não é possível de se realizar em tempo, mas isso não dispensa os demais requisitos do tipo legítimo.

Há casos ainda em que o tipo é composto por elementos normativos, que são conceitos que demandam uma valoração do aplicador da lei. Na lei de Crimes Ambientais verifica-se o uso das expressões “sem autorização”, “sem permissão da autoridade competente” “com infringência das normas de proteção”. Essas expressões são objeto de valoração na aplicação,

pois o julgador deverá verificar se restou comprovado que a conduta foi realizada infringindo as referidas normas, ou sem permissão, além de trazer o perigo ao bem e a ofensividade.

Como observa Luciano Santos Lopes (2006), o conteúdo normativo permeia todo o Direito, uma vez que o próprio conteúdo de dever-ser da norma jurídica já traz a necessidade de valoração, mas há elementos que requerem que esta seja específica. Conforme explica o autor, "quando se separam os elementos normativos daqueles puramente objetivos, no âmbito penal, assim se faz para destacar aquelas parcelas de compreensão da figura típica que necessitam de uma valoração especial para a sua compreensão." (LOPES, 2006, p. 55).

A doutrina traz ainda a distinção entre elementos meramente valorativos e aqueles que são tidos como indícios da ilicitude, que são considerados para alguns como os reais elementos normativos (LOPES, 2006). No presente escrito, os termos ora mencionados como "sem permissão" ou "com infringência das normas de proteção" são tidos como elementos normativos relacionados à ilicitude, mas que compõem o tipo.

Sabe-se que há muito a se dizer sobre a incompletude de muitas normas penais de proteção ambiental, mas tem destaque a técnica de reenvio à norma administrativa como a mais problemática porque esta cria uma tensão entre a atuação do Direito Penal e do direito administrativo no que tange aos limites de cada um dentro de sua função no ordenamento jurídico.

4.2.3 Reenvio à norma administrativa - a assessoriedade administrativa

Há três formas de assessoriedade administrativa, no que tange ao conteúdo que complementa a norma penal: a assessoriedade conceitural, a assessoriedade normativa ou administrativa e a assessoriedade de ato administrativo. Segundo Luiz Regis Prado, em (2019c, p. 39) suma,

> verifica-se a primeira delas quando há a incorporação ao tipo penal de conceitos administrativos como elementos normativos jurídicos; pela segunda, opera-se a remissão penal à norma administrativa, de modo expresso ou tácito (lei penal em branco); e, finalmente, na terceira hipótese, prevê-se na estrutura típica legal de modo explícito e concreto um ato administrativo específico (ato de substância não normativa – autorização/permissão e proibição)

A assessoriedade conceitual, que se perfaz nos elementos normativos, se dá quando a complementação à norma ambiental é um conceito de direito administrativo ou reenvia a um outro conceito jurídico. Como exemplo, tem-se o artigo 40 da Lei 9.605/98, o qual tipifica a

conduta de “causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena - reclusão, de um a cinco anos (BRASIL, Lei 9.605 de 1998, Lei de Crimes Ambientais)”. Essas áreas são as que circundam as Unidades de Conservação, em um raio de dez quilômetros. O conceito de Unidade de Conservação está no Artigo 2º da Lei 9.995 de 2.000, a qual dispõe que

> Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (BRASIL, Lei 9.985 de 18 de Julho de 2.000).

A norma penal ambiental pode ser ainda complementada por uma norma de Direito Administrativo que pode ser uma lei, um decreto, as portarias. Um bom exemplo é o tipo penal do artigo 56 da Lei de Crimes Ambientais.

> Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, Lei 9.605 de 1998, Lei de Crimes Ambientais, 1998).

Verifica-se que, apesar de o tipo ser de perigo abstrato, ser norma penal em branco e de haver reenvio a normas administrativas que regulam o trato com substâncias tóxicas, o tipo traz o perigo verificado *ex ante* com base na prevenção, pois se sabe que o transporte, o uso, o armazenamento, etc de substâncias tóxicas trazem inegável ameaça para a integridade do bem jurídico meio ambiente, embora o uso seja tolerado dentro dos limites estabelecidos nas normas. O reenvio às normas de segurança nesse caso é adequado para proteção efetiva, uma vez que o risco tolerado pode ser alterado por essas normas que completam a norma penal, o que se justifica para proteção efetiva do meio ambiente.

Há ainda a assessoriedade de ato administrativo em que a lei penal remete a um ato administrativo, como licenças, permissões ou autorizações. A proibição é do descumprimento de um ato administrativo ou da conduta realizada sem o ato necessário para, com o qual seria atípica. Um exemplo dessa forma de assessoriedade é o tipo penal contido no Art. 51 da Lei de Crimes Ambientais, o qual proíbe “Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente”

(BRASIL, Lei 9.605 de 1998, Lei de Crimes Ambientais, 1998). Essa espécie de assessoriedade é a que mais se afasta das funções e princípios do Direito Penal por não se verificar o risco ao bem jurídico meio ambiente. Esse tipo penal é tido como modelo no presente trabalho e será analisado em seção específica.

A assessoriedade administrativa pode ser considerada como uma das principais expressões da administrativização do Direito Penal quando realizada em desconformidade com os princípios basilares do Direito Penal. Segundo a doutrina, há três espécies de assessoriedade administrativa, que se dá em razão da relação de dependência entre o Direito Penal e o direito administrativo, que pode ser da proteção penal absolutamente independente, a absolutamente dependente e a relativamente dependente do direito administrativo. Rhafaella Cardoso (2021) traz a classificação de Gunter Heine (1997) em que a classificação se dá em razão do grau de dependência entre o Direito Penal e o direito administrativo.

O Direito Penal é absolutamente independente do direito administrativo quando não há qualquer reenvio à norma administrativa, o que lhe confere maior autonomia e efetividade. Nessa espécie ou grau de dependência, "o tipo penal descreve de modo direto e abarcante a conduta, sem remissão a conceitos administrativos. Esse modelo de suficiência penal é o consagrado, por exemplo, nas legislações holandesa, polonesa e dinamarquesa." (PRADO, 2019c, p.39).

Por esse modelo de proteção ambiental, com independência entre os ramos do Direito, a tipificação é em regra na forma de perigo concreto e contra sujeitos individualizados ou individualizáveis.

Alguns dos exemplos de crimes ambientais em que o Direito Penal atua com independência são os contidos nos artigos 41 e 48 da Lei de Crimes Ambientais, que são os delitos de provocar incêndio e o de impedir regeneração de florestas e vegetações em geral. Apesar de se tratarem de crimes de perigo abstrato, as condutas podem sem dúvida colocar o bem jurídico meio ambiente em perigo que fora considerado pelo legislador.

Esse modelo é o adotado pelos integrantes e pelos seguidores da Escola de Frankfurt. Nessa linha, a proteção penal independente deve ser na forma de delitos de lesão ao meio ambiente. Os que expõem a perigo devem ser migrados para o direito de intervenção (o intermediário entre o Direito Penal e o administrativo, com conteúdo sancionatório). Entretanto, limitar a proteção do meio ambiente a delitos de lesão e mesmo de perigo concreto e sem o uso de elementos normativos ou complementos administrativos pode comprometer a proteção, que seria insuficiente.

> É inviável pretender que o tipo penal ecológico possa esgotar a descrição de todos os elementos da conduta típica sem a necessidade de remissão a quaisquer disposições emanadas de outras instâncias normativas. Ora, a dinamicidade e mutabilidade próprias dos fatores ambientais, que influem diretamente sobre o objeto jurídico tutelado, obstam o alcance deste desiderato (NEVES, 2018, p. 240).

Em virtude da especificidade da matéria e da dinâmica das circunstâncias envoltas ao meio ambiente, bem como de sua natureza supraindividual, essa proposta não se mostra eficaz em todos os casos. Como as condições são mutáveis, as normas administrativas são mais dinâmicas. Por essa razão, são necessárias por vezes para melhor individualização da conduta na proteção penal, o que justifica o reenvio.

Em um campo intermediário está a proteção penal ambiental relativamente independente do direito administrativo. Nesse caso, o ilícito administrativo não é o núcleo do injusto, mas parte integrante deste. A dependência relativa cria uma assessoriedade administrativa que pode ser de ato, conceitual ou normativa.

> Nestes modelos de injustos penais ambientais, inclui-se também a análise estritamente penal do desvalor da ação e resultado para verificar se houve a lesão ou exposição de perigo de lesão ao bem jurídico meio ambiente (ou aos demais bens jurídicos individuais ou coletivos interligados com este), indicando-se, assim, a necessidade ou não de sancionamento penal (CARDOSO, 2021, p. 129).

Como exemplo dessa espécie de dependência do Direito Penal em relação ao direito administrativo, colaciona-se o tipo previsto no artigo 50-A da Lei de Crimes Ambientais, o qual proíbe a conduta de “Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente.” (BRASIL, Lei 9.605 de 1998, Lei de Crimes Ambientais, 1998). A ausência de autorização, no caso, não constitui o núcleo do tipo, mas constitui um de seus elementos.

Verifica-se que, a despeito de a proibição remeter a uma autorização do órgão competente, é possível verificar no caso se houve perigo para o bem jurídico. Para adequação típica, deve estar claro o bem jurídico protegido (o meio ambiente, em especial a flora), a conduta que realiza o risco proibido bem como a ofensividade, no sentido de abalar em algum grau a estabilidade do bem jurídico.

Outro dispositivo legal que bem ilustra a assessoriedade reativa é o previsto no artigo 29 da mesma Lei, o qual proíbe a conduta de “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.” (BRASIL, Lei 9.605 de 1998, Lei de Crimes Ambientais, 1998).

No crime contra a fauna silvestre em questão, apreende-se que, ainda que a ação se dê sem a devida autorização, o aplicador pode verificar no caso se houve exposição do bem jurídico meio ambiente, especificamente a fauna silvestre. É o que nos diz Roberto D'Ávila (2009, p. 125) ao tratar do citado tipo penal:

> Vale dizer, se a morte de um animal ou de determinada quantidade de animais significa, à luz do caso concreto, uma possibilidade não-insignificante de dano à respectiva espécie em um dado ecossistema, e, portanto, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Somente a partir de um juízo positiva acerca dessa possibilidade, é que podemos reconhecer a existência do crime em questão.

Em outro extremo está a proteção penal absolutamente dependente da normativa administrativa. Nesse caso, o conteúdo do injusto é formado pela determinação de cumprimento ou pela obediência ou observação da norma ou do ato administrativo. É como uma garantia, um reforço da norma administrativa.

> Desta forma, como para a realização do tipo penal básico da proteção penal ambiental, depende da violação das normas administrativas relacionadas, há uma limitação do conteúdo da ação típica, como forma de impor uma exigência adicional, para delimitar o âmbito das ações penalmente relevantes (CARDOSO, 2021, p. 129).

Essa espécie é que acarreta a verdadeira administrativização do Direito Penal, em que há uma confusão entre a função administrativa e a proteção penal de bens jurídicos. Sob esse prisma, é relegado ao direito administrativo o juízo de perigo *ex ante* e os limites entre o risco proibido e o risco permitido, sem que haja o critério qualitativo ou quantitativo que justifique a intervenção penal. O Direito Penal assim utilizado é meramente simbólico, pois não se verifica uma maior gravidade da conduta tipificada. Sobre essa relação de dependência absoluta, adverte Luiz Regis Prado (2019c, p. 39) que

> o tipo é construído de tal modo que a definição do injusto depende quase que integralmente da legislação administrativa. Objetiva-se garantir, através da sanção penal, as normas administrativas ou os atos, decisões, da autoridade administrativa. É dizer: pune-se a simples desobediência administrativa.

Como exemplo da assessoriedade administrativa em que o Direito Penal está totalmente subordinado à norma ou ato administrativo, traz-se o exemplo do crime previsto no artigo 51 da Lei de Crimes ambientais. Esse dispositivo, em especial, é analisado como modelo de tipo vigente no ordenamento jurídico brasileiro em que o Direito Penal tipifica atos

preparatórios constituídos pelo descumprimento de comando administrativo sem que haja ofensividade ao bem jurídico.

4.3 O TIPO PENAL DE COMERCIALIZAR MOTOSSERRA SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE

O artigo 51 da Lei 9.605/98, a Lei de Crimes ambientais tipifica como crime contra a flora ”comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa (BRASIL, Lei 9.605/98, Lei de Crimes ambientais,1998)”[43]. No citado dispositivo, verifica-se que há duas condutas tipificadas: utilizar motosserra em florestas e demais formas de vegetação e a conduta de comercializar motosserra, ambas sem licença ou registro da autoridade competente.

No presente trabalho, analisa-se em especial o tipo comercializar motosserra sem a devida licença ou registro da autoridade competente, pois, como se verá, a conduta típica é o descumprimento de um comando de ordem administrativa, qual seja, a obtenção do registro da autoridade competente para que a motosserra seja comercializada, previsto na Portaria do Ibama nº 149, de 30 de dezembro de 1992[44] (IBAMA, 1992).

A conduta típica de comercializar motosserra sem licença ou registro da autoridade competente é tida como crime de perigo abstrato, uma vez que não há previsão do resultado lesivo ou do perigo concreto, mas tão somente da conduta que se presume acarretar a exposição ao perigo, que não necessita ser comprovado no caso concreto.

Trata-se ainda de norma penal em branco, entendendo-se como tais “as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto." (MARCÃO, 2017, p. 661). Nesse caso, em especial, verifica-se que o conteúdo do injusto é o

---

43 O tipo penal em análise, além de constituir ilícito penal, é também ilícito administrativo, previsto no artigo 57 do Decreto 6.514 de 2008 dispondo que constitui infração contra a flora “Comercializar, portar ou utilizar em floresta ou demais formas de vegetação, motosserra sem licença ou registro da autoridade ambiental competente.” (BRASIL, Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008, 2008).

44 Art. 1.º - Ficam obrigados ao registro no IBAMA, os estabelecimentos comerciais responsáveis pela comercialização de motosserra, bem como aqueles que, sob qualquer forma, adquirirem este equipamento. § 1.º - Para os efeitos desta Portaria, entende-se por motosserra todo e qualquer equipamento utilizado para o corte de árvore e/ou madeira em geral, constituído de motor de combustão interna, sabre e corrente. § 2.º - Para efeito de registro, o estabelecimento comercial será denominado Comerciante e o adquirente de motosserra, Proprietário. (IBAMA, 1992).

descumprimento da norma administrativa, o que retrata a dependência absoluta do Direito Penal do direito administrativo.

No tipo, o conceito de motosserra é previsto no Art. 1º, § 1º da Portaria 149 de 1992 do IBAMA, o qual dispõe que "para os efeitos desta Portaria, entende-se por motosserra todo e qualquer equipamento utilizado para o corte de árvore e/ou madeira em geral, constituído de motor de combustão interna, sabre e corrente". O Conceito do objeto cuja comercialização requer registro na autoridade competente ou licença se encontra em ato normativo diverso.

Como elemento normativo do tipo, tem-se que o ato de comercializar motosserra deve se dar sem o devido registro ou licença, perfazendo-se lícita a conduta em conformidade com as obrigações prévias administrativas. Trata-se de reenvio típico a obrigações de ordem administrativa, o que se dá em vários outros tipos penais da Lei 9.605/1998[45], em razão da assessoriedade administrativa em que o Direito Penal depende totalmente do direito administrativo.

Quanto ao bem jurídico protegido, tem-se, conforme entendimento doutrinário, o meio ambiente[46], especialmente o patrimônio florestal (PRADO, 2019c). Entretanto, embora esteja perceptível *a priori* o bem jurídico meio ambiente como objeto de proteção, dado que se proíbe a comercialização de motosserra sem licença ou registro, é importante analisar se de fato é esse o bem tutelado e em que grau a conduta tipificada pode afetar esse bem e ainda se está presente a ofensividade na conduta.

Há de se observar ainda o bem jurídico mediatamente protegido, que é a garantia do controle da administração, o que não se vê como legítimo uso do Direito Penal, embora seja louvável a intenção do legislador em ampliar a proteção das florestas.

> E só haverá o delito em exame se a conduta for praticada sem licença da autoridade competente (IBAMA ou outro órgão conveniado), constituindo-se, o tipo, em norma penal em branco que tutela, de forma intermediária, a faculdade de controle da administração em face da importância das florestas e demais vegetações, que são alvo diuturno de desmatamento, principalmente na região norte e centro oeste do País (NEVES, 2018, p. 548).

---

45 Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. [...]Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. [...] Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

46 Pelo conceito legal, meio ambiente " é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (artigo 3º, I da Lei 6.938/81)" (BRASIL S. , Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, 1981).

Isso porque no tipo há a remissão à obrigatoriedade do cumprimento de um comando de ordem administrativa, a obrigatoriedade do registro ou licença. Desse modo, pode-se questionar se a proteção é ao meio ambiente, por meio de crime de perigo abstrato, ou se o tipo é mero reforço para cumprimento de preceitos administrativos, tendo como objetivo garantir seu cumprimento.

Resta verificar se há legitimidade ou não desse dispositivo penal e, em consequência, demonstrar se este é em verdade um ilícito administrativo formalmente tipificado como norma penal ou se é de fato um tipo que descreve uma conduta de tamanha gravidade que mereça ser de fato um ilícito penal.

Para tanto, no próximo capítulo tratar-se-á das diferenças doutrinárias entre o ilícito penal e o ilícito administrativo e sobre o fenômeno da adminitrativização do Direito Penal, após o que poderá se verificar a legitimidade do tipo penal em destaque e, ao mesmo tempo, contribuir para a adoção de critérios ou parâmetros de tipificação penal legítima, a qual respeita os princípios da ofensividade, da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade.

5 RESOLVENDO O CASE

Para atestar a legitimidade da tipificação da conduta prevista no tipo penal utilizado como modelo (Art. 51 da Lei de Crimes Ambientais) e estabelecer alguns parâmetros para uso dos crimes de perigo abstrato de forma legítima para proteção de bens jurídicos, é necessário que se discorra sobre o fenômeno da administrativização do Direito Penal, as suas causas e algumas alternativas para que seja evitada. Por conseguinte, é importante ainda tratar sobre as diferenças e limites existentes entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos.

Feito isso, será possível verificar a natureza da proibição e a existência de bem jurídico e de ofensividade no tipo tido como modelo, atestando-se ou não pela sua legitimidade. Ao mesmo tempo, será plausível traçar, na medida do possível e dentro dos limites das ciências sociais aplicadas, como é o Direito, alguns parâmetros para o uso dos crimes de perigo abstrato com o fim de proteção do bem jurídico que fundamentou a sua criação.

5.1 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Pelo ordenamento jurídico, busca-se a pacificação social e a garantida do exercício dos direitos fundamentais do homem. Conforme o valor, bem ou interesse envolvidos, o Direito atua em suas diferentes frentes, sendo as principais a do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Administrativo. Em razão da natureza do conflito envolvido e da intensidade da ofensa aos bens jurídicos, utilizam-se ora as sanções civis, ora as administrativas e, de forma subsidiária, as sanções penais.

Entretanto, os limites entre o direito administrativo e Direito Penal não se encontram tão bem delimitados. Isso porque em alguns casos o Direito Penal tem sido usado como reforço do Direito Administrativo na gestão de interesses difusos, destacado aqui o meio ambiente, o que se perfaz na preponderante expressão do Direito Penal administrativizado.

5.1.1 Causas e expressões da administrativização do Direito Penal

A administrativização do Direito Penal remonta ao seu uso para concretização do exercício da função administrativa Estatal. Em âmbito de interesses supraindividuais, como a ordem econômica ou o meio ambiente, não é raro o uso de normas penais para gestão de

riscos, por seu conteúdo de intimidação em razão da insuficiência ou inefetividade do Direito Administrativo. Como adverte Rhafaella Cardoso (2021, p.124),

> Deste modo, relegou-se ao Estado um papel meramente de gestão de recursos essenciais e de atividades socioeconomicamente importantes, de modo que só o Direito Administrativo, com suas funções de poder de polícia e sua autoexecutoriedade, não tem se demonstrado tão eficaz no controle das atividades que envolvam riscos à coletividade. Assim, o Direito Penal se aporta como mecanismo de fortalecimento do Direito Administrativo.

Percebe-se que a administrativização do Direito Penal está diretamente relacionada com a sua expansão, uma vez que este passou a ser utilizado na gestão de riscos intrínsecos ao funcionamento da sociedade contemporânea, em situações típicas de intervenção administrativa. Destarte, "o Direito Penal, que regia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado." (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 148).

O precursor do Direito Penal de duas velocidades aponta uma série de causas dessa expansão, ressaltando dentre elas o surgimento de novos bens jurídicos e interesses, como os bens jurídicos difusos e coletivos, ou ainda pela valorização diferenciada de outros que já existiam, como o meio ambiente (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Ao lado da valoração de bens já existentes, outra causa da expansão trazida por Silva Sánchez (2013, p. 35) que se destaca é o efetivo aparecimento de novos riscos, que vai além do fato de ter se tornado "lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como 'sociedade do risco' ou 'sociedade de riscos' (*Risikogesellschaft*)."", o que se deu após a obra de Ulrich Beck (1986). Dentre esses riscos, estão a ciberdelinquência, o crime organizado e ao "risco de procedência humana como fenômeno social estrutural" em que

> boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.) (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 35).

As ameaças são para ele provenientes das decisões humanas na utilização dos novos recursos tecnológicos, surgindo com isso a chamada ciberdelinquência, a criminalidade organizada, ao lado de consequências oriundas de falhas técnicas no manejo dos produtos de soluções tecnológicas (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Nesse caso em particular, o Direito Penal vem atuar de modo preventivo ou mesmo cautelar a fim de compatibilizar o uso da inovação

que contém riscos inerentes com a responsabilidade pela exposição ao perigo de danos imensuráveis ou, se podem ser mensurados, estão em grandes escalas.

A valorização de bens que já existiam se dá, segundo o autor, pelo reconhecimento de sua escassez, tendo-se como exemplo o meio ambiente. Os novos bens jurídicos a que alude, por sua vez, são os bens coletivos e os interesses difusos (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

O descrédito de outras instâncias de proteção aos bens e interesses é outra importante causa elencada por Sánchez para a expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Esse descrédito não é, contudo, suficiente para explicar a aplicação do Direito Penal nos casos de não resolução por outros meios, visto que a solução poderia ser buscada por outros ramos do direito ou mesmo fora dele, antes de se valer do Direito mais gravoso.

> Com efeito, tais dados poderiam conduzir certamente a uma expansão dos mecanismos de proteção não jurídicos, ou inclusive jurídicos, mas não necessariamente dos jurídicos-penais. Ocorre, sem embargo, que tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas. Referimo-nos à ética social, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 75).

Em relação ao Direito Administrativo, o Silva Sánchez (2013) traz como causa do descrédito de seus sistemas regulatórios a burocratização, o princípio de oportunidade e ainda a corrupção dos seus membros. Soma-se a isso a ausência de mecanismos estruturais para a apuração de ilicitudes e a pouca capacidade de dissuasão pela previsão de penalidades preponderantemente pecuniárias (BOZOLA, 2015).

O Direito Civil, como é voltado ao ressarcimento dos danos efetivos, mostra-se também pouco eficaz, uma vez que, com a ampliação da responsabilidade objetiva, as penalidades oriundas da responsabilidade são compartilhadas em seguros para esse fim (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

> Assim, por um lado, se o dano está segurado, é quase inevitável que diminuam os níveis de diligência do agente, pois a seguradora responderá pelo montante da indenização, sendo sua repercussão individual, na pior das hipóteses, a correspondente a um aumento geral de valores de prêmios de seguro (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 78).

Nessa forma de consequências pecuniárias compartilhadas previamente, a conduta indesejada não é evitada, pois os envolvidos já sopesaram os elementos abarcados e entenderam que a penalidade é um ônus a ser suportando para se exercer certa atividade que possa causar danos a pessoas indeterminadas. Daí surge a necessidade de penalidades além da responsabilidade civil, se o que se busca é evitar o dano.

Como os demais ramos do direito não se mostram capazes de resolver os conflitos e prevenir outros, o Direito Penal funciona como seu sucedâneo, mas com maior conteúdo de intimidação. Esse uso, entretanto, não pode deixar de considerar o caráter subsidiário desse ramo do Direito.

Nesse sentido, é oportuna a observação de Cruz Bottini (2007) que, ao tratar da subsidiariedade e indevida expansão do Direito Penal, defende que há outras formas, fora do Direito Penal, para a proteção de bens jurídicos, visto que deve ser a ele reservadas as ofensas mais graves e como *ultima ratio* em razão da absoluta ineficácia dos outros ramos do Direito, como o Administrativo e o Civil. Segundo o autor,

> O Direito Penal somente atua quando não houver outro meio para evitar a conduta. A concretização da subsidiariedade exige que o Estado lance mão de recursos necessários para uma adequada política cultural e social de proteção de bens jurídicos e estruture os mecanismos sancionatórios não criminais, sob pena de transformação do Direito Penal em instrumento de escape para a ineficácia de outras funções públicas que garantam a estabilidade social (BOTTINI, 2007, p.206).

Como os demais ramos do direito não se mostram suficientes, por diversas razões, para a resolução dos conflitos e prevenção de danos, o Direito Penal é usado indiscriminadamente para esse fim. Por esse motivo, a fim de orientar o legislador na adoção da política criminal mais adequada ao sistema vigente, os teóricos se esforçam para estabelecerem critérios diferenciais entre ilícitos penais e ilícitos administrativos.

Quanto às expressões da administrativização do Direito Penal, valemo-nos ainda das lições de Silva Sánchez (2013), para quem a administrativização do Direito Penal se apresenta de três formas: pela modificação das estruturas do delito, com ênfase no perigo, pela proteção da atividade administrativa como objeto do direto penal e pela adoção de mecanismos que recuperam a neutralização como função de prevenção especial da pena.

A alteração estrutural do delito e de seu conteúdo material se dá pela forma de atuação do Direito Penal, que passa a se antecipar ao dano, passa a ter escopo preventivo. O Direito Penal atuava após o fato e tinha como objeto o dano a um bem jurídico individual causado por pessoa determinada. Em sua expressão administrativizada, passa a ser usado para gerência de riscos e problemas ordinários da administração (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Pela primeira expressão da expansão do Direito Penal, que se caracteriza pela adoção preponderante dos tipos de perigo em detrimento dos tipos de dano, como alteração de ordem estrutural e material do delito, ensina o autor que “a combinação da introdução de novos objetos de proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo ‘delito de lesão

de bens individuais' ao modelo de 'delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais". (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 146). O autor considera o meio ambiente como um desses bens, cuja proteção é dos interesses individuais subjacentes, os quais dispensam comprovação concreta (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Em sua segunda expressão, a administrativização traz para o âmbito do Direito Penal, como objeto da proteção, a atividade administrativa em si, o que é típico do modelo de Estado Regularizador *(Regulatory State*) que surge no lugar do Estado Policial Liberal e do Estado Intervencionista Keynesiano. Trata-se de normas penais como reforço cognitivo (SILVA SÁNCHEZ, 2013). Nas palavras do autor, esse reforço "está constituído pelas diversas vias de controle administrativo preventivo (por exemplo os procedimentos de autorização ou licença) entre as quais desempenha um papel essencial a atuação preventivo-policial, de vigilância ou inspeção." (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Trata-se do Estado vigilante ou de prevenção, em que frustrar a inspeção do governo ou atuar sem a devida autorização ou licença constituem infrações que, a despeito de ter conteúdo de infração administrativa (uma vez que se trata do descumprimento de uma norma administrativa), está muitas vezes na esfera penal, destacados aqui os crimes ambientais.

Nesse sentido, Tatiana Badaró (2017, p.108) entende ainda como manifestação da administrativização do Direito Penal a atividade administrativa do Estado realizada no âmbito penal em que há a "criminalização de mera desobediência a normas administrativas, como por exemplo, a atuação em determinada atividade econômica sem permissão e a obstrução de procedimento de inspeção estatal".

Como terceira expressão da administrativização, segundo Silva Sánchez (2013), tem-se a redescoberta da neutralização, que é a adoção da função de prevenção especial negativa da pena, de modo a evitar delitos. A função de prevenção especial negativa da pena, de forma sintética, é a de que, enquanto o sujeito estiver segregado e cumprindo a pena, não estará praticando delitos[47].

47 As teorias das funções da pena se dividem em teoria absolutas e teorias relativas. As teorias absolutas tem como função da pena a pura retribuição (na concepção Kantiana, como imperativo categórico) de modo a restabelecer a justiça. A pena é ainda tida como meio de restabelecimento da ordem jurídica que fora abalada com o descumprimento da proibição segundo a concepção Hegeliana, como um mal aplicado a quem comete o crime, de modo que o mal do crime desapareceria (BUSATO, 2020). As teorias relativas, por sua vez, fundam-se na prevenção, que pode ser direcionada à sociedade (a prevenção geral) ou para o infrator (prevenção especial). A prevenção geral pode ser negativa, que se perfaz na intimidação ou positiva, caso em que afirma para a sociedade que a pena é real, ou seja, é o exemplo intimidador. A prevenção especial, que recai sobre o indivíduo, pode ser positiva, quando se busca a sua ressocialização ou negativa, quando o escopo é a neutralização (BUSATO, 2020). Segundo Paulo César Busato, a prevenção especial negativa é "baseada na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social." (BUSATO, 2020).

Entende-se que o sujeito delinquente é mais propenso a reiterar sua conduta. Enquanto os infratores estiverem neutralizados, o índice de criminalidade tende a diminuir. O mesmo raciocínio é feito em virtude da prevenção em que o Direito Penal se vale de estatísticas para proibir condutas próprias de um grupo determinado de transgressores que, são não forem impedidos, continuarão a cometer delitos (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Trata-se de uma neutralização seletiva, em que o delito é tido como risco social a ser evitado. O autor traz como exemplos a divulgação de lista de condenados por crimes sexuais e a expulsão de estrangeiros por receio de estes praticarem crimes no país (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

A administrativização, como dito, está diretamente relacionada com a expansão do Direito Penal para outras áreas cujos interesses transcendem aos do indivíduo. Contudo, essa expansão não pode ser considerada totalmente negativa, tendo em vista que não se pode afastar a necessidade ou mesmo a utilidade da tutela preventiva em alguns casos.

Outra notável expressão da administrativização do Direito Penal é o uso da técnica de reenvio a normas administrativas nos casos em que a dependência é total entre o Direito Penal e o direito administrativo.

Esse fenômeno é patente na assessoriedade administrativa absoluta, em que o conteúdo do injusto é totalmente preenchido pelo comando administrativo, o que afronta também o princípio da legalidade, uma vez que este, segundo Érika Mendes de Carvalho (2011, p.13),

> impõe, porém, que o núcleo da proibição se encontre na norma penal e que o reenvio normativo colabore no sentido de precisar a conduta incriminada, de modo a satisfazer a exigência constitucional de certeza e taxatividade dos tipos penais. Entretanto, sempre que a determinação do próprio núcleo da matéria de proibição for feita pela normativa administrativa, tem-se clara violação do princípio da legalidade.

Sobre essa espécie de relação entre Direito Penal e o Direito Administrativo, de assessoriedade absoluta, não se pode generalizar, concluindo-se pela sua ilegitimidade em todo caso. Com vista a se encontrar um equilíbrio e consequentes descriminalizações infundadas por critérios técnicos sem a devida consideração da política criminal adotada, é importante aliar a análise da forma de reenvio com a sua função. Ainda que o reenvio seja de ato administrativo, uma vez que se constate que há o perigo, ainda que abstrato, e que de outra forma não poderia ser evitado, pode a lei penal com remissão total ao ato ser aplicável. Isso porque, conforme ressalta Érika Carvalho (2011, p. 11),

> a legalidade das remissões extrapenais encontra-se condicionada à chamada teoria do complemento indispensável, que a subordina – do ponto de vista técnico-legislativo – a três requisitos essenciais: o caráter expresso da remissão normativa, a necessidade de seu uso em função das características do bem jurídico protegido e a descrição do núcleo essencial da proibição pela lei penal. Devem, pois, ser rechaçadas aquelas remissões excessivamente amplas, pois essa forma de proceder instrumentaliza o Direito Penal a serviço dos interesses da Administração Pública.

Desse modo, a análise é sistemática, buscando-se na lei penal o conteúdo do injusto e a necessidade de ser tipificado nesse ramo mais gravoso. Deve-se ainda dar particular atenção à proibição em duplicidade nessas hipóteses de complemento, ou seja, se a proibição estiver integralmente no ato administrativo, é imprescindível que se verifique se possui também o conteúdo gravoso que o justifique. Caso seja inexistente, não há que se falar em criminalização legítima.

5.1.2 Alternativas teóricas à administrativização do Direito Penal

As alternativas doutrinárias para que o Direito Penal não seja utilizado para a gestão ordinária dos riscos estatais e para garantia do cumprimento de comandos administrativos giram em torno de estabelecer o que deve ser afeto ao Direito Penal e ao Direito Administrativo. Conforme se verá adiante, há doutrina no sentido de que condutas ofensivas a direitos supraindividuais devem estar a cargo do Direito Administrativo e as condutas contra direitos individuais devem ser tratadas pelo Direito Penal (OLIVEIRA, 2013).

Na ótica de Silva Sánchez, as condutas tipificadas como ilícitos ambientais só possuem potencial lesivo quando forem acumuladas. Assim, as condutas que, isoladas, ainda que estejam contra a lei, não possuem lesividade, devem, por conseguinte, ser sancionadas pelo direito administrativo, por se tratarem de condutas que são partes de uma ameaça global (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

O autor traz alguns casos em que não há lesividade, mas sim ameaça global, os quais devem ser afetos ao Direito Administrativo sancionador. O primeiro aqui destacado é a conduta de ingestão de álcool e direção de veículo, caso em que não há perigo no caso concreto e baseia-se em estatísticas. O segundo caso é o de infrações tributárias, por não possuírem a capacidade de colocar o bem jurídico patrimônio da fazenda em perigo. Este se dá em acumulação, portanto, condutas individuais não tem potencial lesivo algum. O terceiro é no tocante às drogas. Não há perigo para o bem jurídico saúde pública, senão também de forma acumulada. O mesmo raciocínio é empregado quanto à lavagem de capitais. Os casos

todos, segundo o doutrinador, devem ser tratados no âmbito do Direito Administrativo (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

As infrações ambientais, de igual modo, que sejam ameaças globais e sem ofensividade, devem ser de ordem administrativa. A lesividade só é possível mediante acumulação, na soma de outras condutas iguais. Essas condutas são em essência ameaças globais que, dada a sua insignificância quando individualmente consideradas, devem ser tratadas na gestão administrativa do sistema (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Nos casos em que o bem jurídico é supraindividual e que esteja presente a ofensividade, Silva Sánchez oferece a teoria de um Direito Penal de segunda velocidade. Tendo em vista que, em razão da inevitabilidade da expansão do Direito Penal, a solução é evitar que a pena privativa de liberdade se amplie na mesma proporção. “O problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 181).

Na proposta de Sánchez, os crimes de lesão contra bens individuais devem continuar no Direito Penal clássico, com aplicação da pena privativa de liberdade. Os critérios de imputação nesse caso são rígidos e o processo é conduzido com máximas garantias. Esse é o Direito Penal de primeira velocidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Como não é possível conter a expansão do Direito Penal para a proteção de direitos supraindividuais, os critérios de imputação, nesses casos, devem ser flexibilizados. As penas aplicadas são de caráter pecuniário e as penas restritivas de direitos, as mesmas que podem também ser aplicadas pelo Direito Administrativo, em um Direito Penal de segunda velocidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Essa espécie de Direito Penal abarca condutas que poderiam ser sancionadas pelo Direito Administrativo, mas que continuam no Direito Penal em razão de seu maior efeito de intimidação e pelo estigma que lhe é inerente. Isso porque, como aduz Silva Sánchez (2013, p.191),

> para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmação social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.

Há várias críticas a essa proposta, como a de que as sanções administrativas podem ser tão ou mais severas do que algumas sanções penais (OLIVEIRA, 2013). Entende-se, no

presente escrito, que o problema dessa teoria é que a escolha da espécie de pena a ser aplicada não deve se dar em razão do objeto de proteção, se bens jurídicos individuais (os bens tradicionais) ou supraindividuais (os novos bens jurídicos). A escolha deve ser em virtude da gravidade da conduta, conforme critério quantitativo diferenciador entre ilícitos administrativos e ilícitos penais, o que será abordado a seguir[48].

De semelhante modo, colaciona-se a proposta de Winfried Hassemer (2010 b) que traz tratamento distinto para ofensas a bens individuais e a bens supraindividuais. Sobre esse último, em que se encontra o meio ambiente, o autor considera o Direito Penal como meio ineficaz e inapropriado para proteção ambiental. A ineficácia da tutela do meio ambiente funda-se nas seguintes teses: quanto mais Direito Penal no meio ambiente, menor será a proteção; as ações são causadoras de perigo comum, logo, não são abarcadas pelo Direito Penal clássico e que seu trato nesse ramo do Direito leva ao fenômeno da sua administrativização em razão da assessoriedade administrativa (HASSEMER, 2010b).

Por essas razões, Hassemer (2010b) apresenta a tese pela qual as infrações ambientais não devem estar na seara penal, mas em um ramo intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo: o Direito de Intervenção.

Pode-se dizer que o Direito de Intervenção de Hassemer (2010b), abarca a prevenção de danos, que está fora do Direito Penal que é voltado a danos concretos e a bens individuais. Desse modo, todas as hipóteses de assessoriedade devem ser deslocadas para o Direito de Intervenção, um ramo do Direito intermediário que possui conteúdo sancionatório e é afeto aos bens supraindividuais, em especial o meio ambiente.

O Direito de Intervenção (*interventionsrecht*) é constituído por diversas frentes do Direito: Direito Penal, os ilícitos civis, as contravenções, Direito de Polícia, Direito Fiscal, medidas de matriz econômico-financeiras, planejamento territorial, Direito da Natureza e Direito Municipal (HASSEMER, 2010 b).

Esse Direito é voltado à prevenção (enquanto o Penal é voltado à punição), possui sanções rigorosas e tem alcance global. Desse modo, o Direito Penal fica reservado para garantir o cumprimento das sanções do Direito de Intervenção. Esse ramo medianeiro é eivado de soluções inovadoras que visam minimizar e reparar os danos por meio da criação de fundos para esse fim (HASSEMER, 2010b).

A proposta de Hassemer (2010b) é repleta de críticas. A principal delas é de que o Direito de Intervenção faça com que o Direito Penal seja voltado a uma determinada classe

48 A diferença entre ilícitos administrativos e ilícitos penais é tratada no item 5.2.

social, a mais pobre, de onde que se espera que venham os criminosos habituais (OLIVEIRA, 2013).

> O Direito de intervenção, nesse sentido, representaria uma volta ao Direito Penal de classes, só persistente para os clientes tradicionais do sistema penal, onde quem furta deve suportar a pena de prisão, e quem pratica um delito econômico deve submeter-se a normas de intervenção (ou administrativas) (OLIVEIRA, 2013, p. 82).

Como ponto positivo, pode-se inferir que, sob a ótica de Hassemer (2010 b), o Direito Penal preserva sua subsidiariedade, evitando-se assim o seu uso simbólico, pois o Direito de Intervenção possui mais formas de proteção e de reparação do meio ambiente, sem as amarras do Direito Penal.

Em solução proposta por Érika Mendes de Carvalho, em artigo sobre a administrativização do Direito Penal, a autora traça alguns parâmetros para que o Direito Penal seja utilizado legitimamente para a proteção de bens supraindividuais e o faz com base na relação entre Direito Penal e o Direito Administrativo (CARVALHO, 2011).

No caso em que o tipo penal ambiental esteja completo, sem a necessidade de integração por normativa administrativa, ela considera que este está legitimamente no âmbito penal, ao passo que o tipo cujo conteúdo dependa inteiramente do Direito Administrativo deve pertencer a este ramo (CARVALHO, 2011). Segundo a doutrinadora,

> assim, se, por um lado, os ilícitos penais ambientais nos quais se constata uma acessoriedade administrativa absoluta deveriam ser transformados em ilícitos administrativos – ou permanecer somente no âmbito sancionador do Direito Administrativo -, por outro lado, os ilícitos penais nos quais se verifica a ausência de reenvio normativo no âmbito do tipo poderiam merecer tão somente a intervenção penal (CARVALHO, 2011, p. 13).

Quanto aos tipos penais em que o reenvio se perfaz numa assessoriedade administrativa relativa, o critério entre sua permanência no Direito Penal ou no Direito Administrativo se dá em razão da maior gravidade da conduta (CARVALHO, 2011).

> Em um domínio intermédio, determinados ilícitos penais ambientais poderiam optar pela acessoriedade administrativa relativa – expressa ou implícita – e encontrar correspondência no plano sancionador do Direito Administrativo. Todavia, nesses casos, seria conveniente que o injusto penal apresentasse um *plus* de desvalor que indicasse a maior gravidade deste e, consequentemente, justificasse a cominação de sanção quantitativamente mais gravosa (CARVALHO, 2011, p. 13).

Assim, as condutas cujo reenvio à norma administrativa constitua o núcleo do injusto, ou seja, quando a norma penal remete tão somente ao cumprimento de uma norma

administrativa, nos moldes da assessoriedade administrativa total, a norma penal será tão somente um reforço para a norma administrativa em razão de seu maior efeito de prevenção geral (CARVALHO, 2011). Ademais, a autora explica que

> Mesmo nas hipóteses de acessoriedade relativa, é possível afirmar que o reenvio ao ato administrativo não consegue, em determinadas hipóteses, conferir um desvalor da ação adicional capaz de fundamentar a necessidade da intervenção penal. Principalmente quando já existem infrações administrativas idênticas e a quando a conduta não é portadora de qualquer periculosidade. Algumas dessas infrações penais importam a tipificação de meros atos preparatórios, elevados à categoria de delitos autônomos. A intervenção penal se revela, nesses casos, excessiva e desnecessária. Teria sido preferível que essas condutas figurassem apenas como meros ilícitos administrativos (CARVALHO, 2011, p. 12).

Depreende-se que, ao deparar com a remessa total do conteúdo do injusto para uma norma administrativa, deve o jurista atentar para os demais parâmetros de utilização legítima do Direito Penal. A conduta deve ter em si a descrição do perigo proibido e não somente do descumprimento de mandos inerentes à gestão ordinária do Estado. Caso seja o descumprimento eivado de perigo para o bem jurídico, deve este constar no tipo penal como resultado jurídico na forma de violação de cuidado de perigo. Tudo isso deve ser, como já salientado, de forma sistemática.

De semelhante modo, Rafhaella Cardoso (2021), adepta do critério quantitativo de diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo, sugere que, em face de condutas ofensivas a dado bem jurídico, no caso, o meio ambiente, há de se verificar a gravidade da conduta e em que medida o direito administrativo é capaz de evita-la.

Na mesma linha do defendido por Érika Carvalho (2011), a autora Cardoso (2021) entende ser imperioso por vezes o reenvio à norma administrativa para proteção ambiental e que a dependência daí gerada deve ser apenas relativa. À vista disso, as condutas ofensivas em face do mesmo bem jurídico que sejam mais graves devem ser combatidas na órbita penal. Segundo Rafhaella Cardoso (2021, p. 157),

> já à norma penal se reserva como lógica consequência do princípio de intervenção mínima da atuação punitiva do Estado, para aquelas condutas mais graves, cumprindo uma função também preventiva, por buscar-se garantir, nos limites da norma, uma maior eficácia derivada da função dissuassória que a sanção penal ainda possui em maior grau do que a sanção administrativa.

Firme no argumento segundo o qual as condutas mais gravosas em face do mesmo bem jurídico devem ser coibidas pelo Direito Penal, a autora ressalta a importância de ser observar e evitar a dupla punição nas duas esferas, ao mesmo tempo em que propõe alguns

critérios[49] para se diferenciar os delitos penais dos administrativos, visto que a gravidade da conduta não deixa isso muito claro (CARDOSO, 2021).

Considerando que a proteção ambiental se dá nas três esferas, na civil, na administrativa e na penal [50], cumpre verificar se estas podem ser acumuladas. Há condutas cuja proibição é a mesma no âmbito penal e no administrativo. Há ocorrências em que a norma penal proíbe a infração de outra norma (de natureza administrativa) e outras em que o conteúdo da proibição é replicado nas duas esferas.

A primeira hipótese é bem ilustrada no tipo penal previsto no Art. 34 da Lei de Crimes Ambientais, o qual dispõe que não é permitido "Art. 34.Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente." (BRASIL, LEI 9.605 DE 1998, LEI DE CRIMES AMBIENTAIS, 1998). A proibição é de realizar um ato que é proibido. Esse dispositivo, em sua primeira parte principalmente, é um meio de constranger o indivíduo a não realizar a conduta vedada pela norma administrativa.

A segunda hipótese incide no tipo penal do artigo 51 da Lei 9.615/98, cuja proibição é de "comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente" que possui um correspondente ilícito administrativo que está previsto no Art. 57 do Decreto 6.514 de 2008 o qual tipifica como proibida a conduta de "Comercializar, portar ou utilizar em floresta ou demais formas de vegetação, motosserra sem licença ou registro da autoridade ambiental competente." (BRASIL, DECRETO Nº 6.514 DE 22 DE JULHO DE 2008, 2008).

A diferença entre os dois dispositivos, o administrativo e o penal, está somente na conduta de "portar" serra elétrica sem licença ou registro. As condutas de comercializar e utilizar são as mesmas em ambos. Pelo princípio do *non bis in idem* e no da subsidiariedade, pode-se dizer que a conduta de "portar" estaria a cargo do direito administrativo enquanto as condutas de "comercializar" e" utilizar" estariam no Direito Penal.

Essa espécie de tipificação em que não se leva em conta o ordenamento jurídico como um todo traz instabilidade ao sistema e retira do Direito Penal sua finalidade protetiva e pacificadora. Como ressaltado por Luiz Regis Prado (2019c, p. 43),

---

49 Os critérios diferenciadores das espécies de ilícitos são tratados no item 5.2.

50 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". (BRASIL, 1988).

> a existência de delitos ambientais e infrações administrativas idênticas, presentes em diplomas legislativos diferentes, não só pode implicar violação do princípio ne bis in idem, mas também acaba por reforçar a ideia de utilização meramente simbólica e negativa do Direito Penal em relação a determinadas condutas que poderiam ser sancionadas, inclusive de forma mais eficaz, no âmbito administrativo, caso houvesse mecanismos eficientes de controle e fiscalização.

Para resolução desse conflito, há diferentes propostas, dentre as quais há aquela que leva em conta o fato de ser a dependência relativa ou absoluta entre os ramos do Direito quando do reenvio para complementação do tipo como norma penal em branco ou por elementos normativos. São casos em que, no entendimento de Rhafaella Cardoso (2021, p. 160),

> com base num modelo dependência absoluta do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo na seara ambiental, se a infração penal se confundir com a infração administrativa, sendo aquela um mero reforço de cumprimento desta, é perfeitamente possível que, em nome do princípio de vedação do bis in idem, seja aplicada apenas a sanção administrativa ambiental.

Como a essência do proibido tem correspondência idêntica numa norma administrativa, o injusto é a própria proibição administrativa, caso em que, para se evitar a dupla punição, deve responder somente na esfera administrativa, afastando-se a incidência penal. Essa seria a solução para o tratamento da conduta do artigo 34 da Lei de Crimes Ambientais. Se é proibido pescar onde é proibido[51], o agente deve responder nos termos da primeira proibição, a administrativa. Se o legislador entender que a conduta possui acentuado conteúdo de ofensividade, deve revogar o ilícito administrativo e levar para o tipo penal a descrição da proibição bem como do perigo que possa causar, ou mesmo remeter ao ato que especifique sobre quais condições é vedada a da pesca.

Observa-se que, se fossem condutas diferentes contra o mesmo bem jurídico, uma prevista no domínio criminal e a outra no administrativo, a responsabilidade pode ser (e certamente é) aplicada de forma autônoma, em observância ao princípio da independência das esferas de responsabilização.

---

51 A mesma disposição está prevista no Decreto nº 6.514 de 2008, que dispõe sobre infrações administrativas ambientais: "Art. 35. Pescar em período ou local no qual a pesca seja proibida:Multa de R$ 700,00 (setecentos reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R$ 20,00 (vinte reais), por quilo ou fração do produto da pescaria, ou por espécime quando se tratar de produto de pesca para uso ornamental." (BRASIL, DECRETO Nº 6.514 DE 22 DE JULHO DE 2008, 2008).

No mesmo sentido é a solução trazida por Érika de Carvalho (2011) que ressalta que a proteção ambiental é uma das formas de manifestação da expansão do Direito Penal, o que implica, em maior ou menor grau, que as garantias penais restam minimizadas. Por conseguinte, explica Carvalho (2011, p. 13) que

> a tipificação penal de condutas não amparadas por um ato administrativo ou pela normativa correspondente infringe o princípio da legalidade, uma vez que é a própria remissão normativa o autêntico núcleo da proibição penal. Se a atuação sem autorização ou licença já configura um ilícito administrativo, deve-se prescindir de sua previsão como delito, a menos que seja possível identificar um conteúdo material de injusto que fundamentasse a maior gravidade da reação jurídico-penal e legitimasse sua intervenção.

De encontro ao entendimento de prevalência da norma proibitiva administrativa em detrimento da norma penal em caso de duplicidade da tipificação, está a teoria em que, considerada a subordinação da sanção administrativa à penal, esta prevalece em razão de ser oriunda da atividade jurisdicional, que comporta mais garantias ao acusado.

> Ipso jure, a atividade sancionadora da Administração está subordinada à atividade judicial, sendo que a ordem penal sancionadora tem prevalência sobre a ordem administrativa no caso de conflito entre ambas. Primeiramente, porque o Direito Penal intervém de modo mais incisivo na punição de determinadas condutas socialmente intoleráveis (mais graves) contra os bens jurídicos mais relevantes. Para além, não basta auferir maior relevância dos bens jurídicos tutelados ou maior gravidade das condutas se o ilícito penal e a infração administrativa forem tipificados pelo legislador de forma idêntica (PRADO, 2019c, p. 42).

Sabe-se que são mais rígidas as regras de imputação nos ilícitos penais, em razão das consequências mais graves aos infratores. Outro fator importante é que no processo penal são maiores e efetivas as garantias para transgressor.

> Demais disso, a conjugação do princípio da divisão de poderes e do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública (art. 37, caput, CF) reforça a primazia da intervenção penal. Isso porque é função típica, embora não exclusiva, do Poder Judiciário o processo e julgamento de comportamentos ilícitos, e toda a atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei, submetendo-se à apreciação dos órgãos judiciais quando houver suspeita de lesão a interesses públicos ou particulares (PRADO, 2019c, p. 43).

A prevalência da tipificação penal sobre a tipificação administrativa quanto a condutas idênticas, apesar de em princípio tender à indevida e desmedida expansão do Direito Penal, parece-nos mais adequada. Se a conduta possui gravidade tal que deu ensejo a um tipo penal,

essa mesma conduta não deve ser tratada como mero ilícito administrativo, sob pena de se configurar uma proteção ineficiente. Isso porque

> a defesa da expansão do Direito Penal a novos âmbitos de tutela – como a proteção do meio ambiente – não deve ser vista como sinônimo da flexibilização de garantias e princípios penais e processuais penais. Para tanto, é importante que na construção dos tipos penais ambientais se observe o caráter subsidiário da intervenção do Direito Penal, através da seleção das condutas que mais gravemente afetem o ambiente como bem jurídico autônomo (CARVALHO, 2011, p. 13).

Entretanto, a prevalência do ilícito penal com correspondente administrativo não deve ser o único parâmetro. Soma-se a este todos os requisitos para uma tipificação legítima: a proteção a um bem jurídico e a ofensividade, além da subsidiariedade do direito mais gravoso.

Quanto a essa segunda hipótese, qual seja, a de ser possível a identificação da conduta mais gravosa, a fim de justificar sua proibição penal em caso de assessoriedade administrativa relativa, a doutrina traz alguns parâmetros de diferenciação, para que se possa identificar a gravidade que é o critério de distinção entre os ilícitos segundo o critério quantitativo.

Apresentadas algumas propostas para se evitar a administrativização do Direito Penal, quais sejam, o direito de intervenção, o Direito Penal de duas velocidades, o uso do Direito Penal para proteção de bens supraindividuais com o critério da maior gravidade e a prevalência de uma norma administrativa ou da norma penal, pode-se dizer que todas trazem partes da solução, sem que, contudo, nenhuma delas traga a fórmula para o uso do Direito Penal na área limítrofe com o administrativo.

Por essa razão, a análise é sistemática e com importante contribuição da política criminal adequadamente adotada. Por ora, firma-se na ideia de que o uso do Direito Penal em situações limítrofes deve atender aos critérios já ressaltados de forma acumulada, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra as ofensas mais relevantes (como resultado jurídico) e de forma subsidiária.

5.2 ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E ILÍCITOS PENAIS

Antes de adentrar nesses critérios de diferenciação, é importante considerar como e por que razões alguns ilícitos civis e administrativos migraram para a esfera penal. Isso se deu (em apertada síntese e já se considerando o dito sobre a expansão do Direito Penal), em razão da criação ou reconhecimento de bens jurídicos que transcendem ao indivíduo, da ineficácia

daqueles ramos do direito na proteção desses interesses, além do efeito simbólico do Direito Penal que denota maior importância para dados bens ou interesses.

Estabelecer a diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal não é tarefa simples. Os teóricos se dividem entre se tratar de diferença qualitativa ou quantitativa. Há ainda aqueles que adotam o critério quantitativo, mas debruçam nos parâmetros para se verificar quão grave é a conduta para ser tipificada como ilícito penal – eis que a gravidade é o critério distintivo prevalente na doutrina.

A diferenciação qualitativa entre ilícitos penais e ilícitos administrativos é percebida no início do desenvolvimento da teoria do delito, desde Feurbach (1989), que tinha o Direito Penal como importante instrumento de proteção de direitos subjetivos. Aquilo que não ofendesse um direito natural não deveria ser tratado como ilícito penal, mas como delitos de polícia. Condutas aptas a embaraçar o bom funcionamento administrativo do Estado deviam ser tratadas no âmbito do Direito Administrativo. "Neste parâmetro diferenciador, o injusto penal era baseado, precipuamente, num desvalor social da conduta, enquanto que o injusto administrativo configurava uma mera desobediência ao Estado" (CARDOSO, 2021, p. 115). Outro fator diferenciador era, além do bem ou interesse envolvido, a efetiva lesão, ou seja, o ilícito penal é após o fato, enquanto o ilícito administrativo poderia ser usado na prevenção.

Na atualidade, dentre os que adotam o critério qualitativo, tem destaque Sílva Sánchez (2013) que também se vale do critério teleológico de diferenciação. A diferença entre ilícitos penais e administrativos, segundo Silva Sánchez (2013), dá-se em razão de o bem jurídico lesado se tratar de bem individual ou coletivo. A lesão a bens individuais devem estar a cargo do Direito Penal enquanto a ofensa a bens coletivos, que se tratam de atos de desobediência de conteúdo neutro devem ser afetos ao direito administrativo.

O autor diferencia os delitos penais dos delitos administrativos em razão de sua função. Em síntese, pode-se dizer que, nessa ótica, o Direito Penal possui a função de tutelar de bens concretos, contra lesividade ou periculosidade concreta com imputação individual firmada na legalidade.

O direito administrativo, por sua vez, em sua função sancionadora, tutela as ordenações de setores administrativos, como reforço do modelo de gestão. Não requer efetiva lesão ou periculosidade concreta. Pauta-se esse ramo do direito no critério da oportunidade. Ou seja, infrações administrativas não se baseiam em dano, nem em perigo concreto ou abstrato em um juízo *ex ante*, mas sim em um perigo global, baseado em estatísticas, o que não pode ser de modo algum tratado no âmbito do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Percebe-se que pelo critério qualitativo como delineado pelo doutrinador (2013), os delitos administrativos se aproximam de delitos de desobediência, ao passo que os delitos penais se aperfeiçoam com a lesão a bens jurídicos.

Em sentido semelhante ao recomendado por Silva Sánchez, destaca-se o entendimento de Winfried Hassemer (2010), para quem a tutela de bens individuais deve estar a cargo do Direito Penal ao passo que a tutela de bens surpaindividuais deve estar a cargo de outro ramo do direito, o denominado direito de intervenção. Vê-se que o critério é igualmente qualitativo, em razão da espécie de bem jurídico tutelado.

De semelhante modo, Roberto D'Ávila (2009) dedica parte de seus escritos para diferenciar os ilícitos administrativos dos ilícitos penais, de modo a contribuir com o uso legítimo do Direito Penal. O primeiro aspecto considerado pelo autor é sobre a existência ou não de um bem jurídico a ser protegido.

O autor lança mão do conceito de Goldschmidt (1902) de *daminum emergens*, bem como do conceito de *lucrum cessans* para explicar o que constitui um ilícito penal e um ilícito administrativo. O *damnum emergens* consiste na soma da infração do preceito normativo com a ofensa ao objeto de proteção. Trata-se de dois danos: "um dano à 'esfera de poder' (*Machtsphare*) de um outro portador de vontade, expressa juridicamente em um efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e, por outro, a lesão à vontade geral representada pela própria norma." (D'AVILA, 2009, p. 84).

Sem o substrato do bem jurídico, não há que se falar em ilícito penal, mas este pode constituir (e constitui) outras espécies de delitos em que se encontra somente o *lucrum cessans*. Conforme explica D'Ávila (2009, p. 85), esse é o fator distintivo e característico do ilícito administrativo, uma vez que se trata de "um ilícito desprovido de ofensa a um bem jurídico, porém erigido segundo a ideia da promoção de interesses públicos, logo de um ilícito que se faz qualitativamente diverso do ilícito penal". A fim de estabelecer a diferença qualitativa, o autor acrescenta que o ilícito penal contém necessariamente a ofensa ao bem jurídico.

> Enquanto este alcança legitimidade apenas quando, para além da oposição ao preceito normativo (dimensão formal), tem o seu objeto de proteção violado, na forma de uma ofensa ao bem jurídico, ou seja, um *damnum emergens* (dimensão material), ao ilícito administrativo, desprovido de bem jurídico, bastaria o não atendimento às exigências normativas de promoção, bastaria um *lucro cessans* (D'AVILA, 2009, p. 85).

Conforme leciona Roberto D'Ávila (2009), há requisitos materiais para se classificar um ilícito como um ilícito penal, dado que este possui características próprias. Assim, "meros interesses administrativos insuscetíveis de configurar um bem jurídico-penal estariam, de pronto, e por estas mesmas razões, totalmente excluídos da possibilidade de constituir substrato suficiente para o surgimento de qualquer incriminação." (D'AVILA, 2009, p. 96).

Deve-se ainda levar em conta o critério da ponderação nos termos propostos por Robert Alexy (2011)[52], considerando-se que o Direito Penal restringe bens jurídicos constitucionais, então, esta só pode ser admitida para resguardar outro bem constitucional.

Outro ponto a ser observado para o teórico é que para que uma conduta seja tipificada como um ilícito penal, esta deve ser avaliada em dois níveis: além da existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção deve haver a ofensividade a esse bem como resultado jurídico (D'AVILA, 2009). Sob esse espeque, não são considerados bens jurídico-penais a segurança, a ordem ou o funcionamento da administração. Assim sendo, conclui que

> O acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação) passa a incidir não mais em uma diferença quantitativa, mas qualitativa, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação de cuidado-de-perigo que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal. É, pois, a ofensa a um bem jurídico-penal a fronteira infraqueável de um Direito Penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes da sua identidade (D'AVILA, 2009, p. 103).

Não se pode negar a importância dos requisitos da ofensividade somada ao bem jurídico-penal para distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Entretanto, como defende parte da doutrina, o bem jurídico e a ofensividade são imprescindíveis, mas não suficientes para fundamentar a criminalização de alguma conduta.

Isso porque não se pode ignorar o fato de que ambos, o Direito Penal e o direito administrativo, protegem bens jurídicos. Esse entendimento é adotado por Figueiredo Dias (1989), que entende que todo ilícito ofende bens jurídicos. Todavia, embora admita a adoção de um critério quantitativo, traz critérios de ordem qualitativa[53], em uma posição intermediária

---

52 Sobre a concepção de ponderação, remete-se à nota nº37.

53 Cumpre ressaltar como se dá a diferença qualitativa para o autor, como sintetizado por D'Ávila: "Figueiredo Dias tem buscado afirmar um critério de distinção qualitativo entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social a partir de uma interessante construção que se vale do (des)valor ético-social da conduta em si como elemento distintivo. Segundo o autor, é verdade que não se pode falar em um 'ético-socialmente indiferente' mesmo em âmbito contra-ordenacional. Contudo isso não impede de identificar uma diferença de desvalor ético-social entre os ilícitos penal e de mera ordenação, quando considerados em um momento anterior à valoração normativa, isto é, quando considerada 'a conduta em si mesma', antes da atribuição de valor própria da proibição legal. Haveria, aqui, por um lado, condutas que, antes da consideração legislativa, são 'axiológico-socialmente relevantes', e que, portanto, dariam origem a ilícitos penais. Por outro, condutas 'axiológico-socialmente

em que o Direito Penal deve tratar de condutas mais graves, mas essa gravidade possui requisitos para ser assim considerada (DIAS, 1989). Por essa razão, o autor traz critérios materiais de diferenças que preponderam ao critério apenas qualitativo.

> Com a tese apontada deve querer exprimir-se unicamente a ideia de que é condição da relevância axiológica de uma conduta, em muitos casos, o facto de que ela não constitua uma autêntica «bagatela» do ponto de vista quantitativo, antes assuma um mínimo de gravidade — que tanto pode advir do seu efeito social como do seu modo de realização, da atitude interna do agente como da sua personalidade documentada no facto. Ainda aqui, pois, a questão não é tanto de «quantidade» ou «qualidade», quanto basicamente de definição de um princípio normativo material que há-de estar na base da decisão do legislador e comandá-la (DIAS, 1989, p. 27).

Por esse critério de diferenciação, o ponto relevante é o conteúdo da conduta. Se são axiologicamente neutras, serão do direito administrativo (para o Jorge Figueiredo Dias (1989) é afeta ao direito decontra-ordenações). Se o conteúdo é relevante ético-socialmente, o delito será de natureza penal, que o autor categoriza como Direito Penal Administrativo ou secundário, mas ainda dentro do Direito Penal (DIAS, 1989).

> O Direito Penal administrativo, na sua manifestação actual, não se identifica com o direito das contra-ordenações: este constitui sim, apenas, um limite normativo (negativo) daquele, onde reentram de pleno as condutas que, independentemente das proibições que as atingem, se revelam axiologicamente neutras. Pelo contrário, o ilícito penal administrativo, ou secundário, é preenchido por condutas em si mesmas relevantes do ponto de vista ético-social e pertence ao Direito Penal; mas esta relevância ético-social, na sua tradução jurídica, cabe-lhe de um modo particular, que permite a sua (relativa) autonomização perante o Direito Penal clássico codificado, ou Direito Penal de justiça (DIAS, 1989, p.39).

A teoria na qual se diferencia qualitativamente o ilícito penal, bem como a que aceita a diferença qualitativa, mas traça critérios para aferição da gravidade da conduta, não são prevalentes na doutrina, embora seja atraente e com substancial fundamentação.

Prevalece na doutrina a diferença quantitativa, cuja base primordial é a de que tanto o Direito Penal quanto o direito administrativo são utilizados para proteção de bens jurídicos e o uso de um ou de outro se dá em razão da subsidiariedade uma vez que

> não cabe unicamente ao Direito Penal a tarefa de proteção de bens jurídicos, muito pelo contrário. Presidido pelos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da necessidade, deve a lei penal intervir em última instância e

---

neutras', 'às quais não correspondem um mais amplo desvalor moral, cultural ou social', e que, por isso, originariam ilícitos de mera ordenação. Nesse caso, o desvalor ético-social é alcançado apenas após a proibição legal (D'AVILA, 2009, p. 90 apud DIAS, 2004).

> diante das mais graves agressões, quando realmente for necessária para a garantia de bens jurídicos essenciais (PRADO, 2019c, p. 37).

Dentre os teóricos brasileiros que aderem à teoria quantitativa, destacam-se Luiz Regis Prado (2019c), Rhafaella Cardoso (2021) e Érika Mendes de Carvalho (2011).

Conforme observa Luís Regis Prado (2019c), as duas espécies de ilícito possuem "conteúdo material similar e estrutura lógica idêntica. Não há, portanto, diferença ontológica entre essas infrações, ou seja, são elas idênticas ou não distintas por natureza ou essência, ainda que sejam normativamente diferentes". (PRADO, 2019c, p. 41). O Direito Administrativo pode ser meio idôneo para tutelar bens jurídicos e o Direito Penal possui essa função como essencial. Daí diferenciar os ilícitos em razão da proteção a bens jurídicos é equivocado. Assim sendo, "entre ilícito penal e administrativo só pode existir uma diferença quantitativa ou de grau e nunca de qualidade. As suas diferenças assentam-se no campo da forma, e não da essência." (PRADO, 2019c, p. 42).

Érika Mendes de Carvalho (2011), como dito, acolhe a teoria quantitativa e trata os ilícitos até mesmo como fungíveis entre si (respeitado o devido processo legislativo), tendo-se tão somente esse critério como diferenciador e acrescenta que

> As infrações administrativas mais graves devem ser convertidas em delitos e, por outro lado, a falta de necessidade de pena ou a escassa gravidade destes últimos devem conduzir à sua transformação em meras infrações administrativas. Essa fungibilidade entre ambos ilícitos demonstra a inexistência de diferenças de ordem substancial (CARVALHO, 2011, p. 12).

Seguindo-se essa linha, ao adotar o critério quantitativo, privilegia-se a subsidiariedade do Direito Penal uma vez que este fica reservado para as condutas mais graves.

Apesar de se adotar a teoria quantitativa, não se pode negar que, além da gravidade, o bem jurídico envolvido acaba por influenciar na decisão do legislador. Quando se trata de bens concretos contra efetivas lesões, utiliza-se o Direito Penal, sem que haja maiores discussões (exceto aquela relativas a bagatela ou insignificância, dentre outros). Quando se trata de bens supraindividuais é que se torna necessária a adoção de alguns critérios para criminalização. Como as ofensas a bens supraindividuais são predominantemente na forma de perigo e se busca a prevenção de danos, prefere-se o Direito Administrativo ao Penal quando aquele for suficiente. Nesse sentido,

> embora a proteção do ambiente como bem jurídico portador de substantividade própria não seja função apenas do Direito Penal, o certo é que a este se encontram reservadas tão somente as modalidades mais graves de condutas lesivas ou perigosas ao referido bem jurídico. Assim, algumas condutas lesivas ao ambiente devem merecer apenas sanções de caráter administrativo. Contudo, não em função da inexistência de um menoscabo material ao bem jurídico – que existe em qualquer infração -, mas sim em razão do caráter subsidiário do Direito Penal (CARVALHO, 2011, p. 11).

O critério quantitativo de diferenciação entre ilícitos é adequado quando se trata de tipos ambientais, pois o bem jurídico meio ambiente é objeto de proteção tanto no âmbito penal quanto no administrativo. Como o bem jurídico é o mesmo e o Direito Penal trata tanto da lesão como da prevenção (em certas situações), resta verificar a gravidade da conduta para que seja levada para o Direito Penal.

Com vista a se diferenciar os ilícitos penais dos ilícitos administrativos e com base na teoria qualitativa, vale colacionar os critérios trazidos por Rhafaella Cardoso (2021), que se fundam na vedação dos delitos de desobediência, em que não se admite a Administração Pública ambiental como objeto de proteção. Ou seja, a proteção deve ser do bem jurídico meio ambiente e não dos meios administrativos de proteção.

O segundo critério é de que deve haver a possibilidade de abalo do bem protegido que é a presença de, ao menos perigo ao bem jurídico. “Não basta que a infração penal comporte uma infração administrativa: é preciso que se analise se o desvalor da conduta e do resultado representam, sobretudo, uma ofensa de lesão ou de exposição de perigo ao bem jurídico[...].” (CARDOSO, 2021, p. 162). Em outras palavras: é imprescindível a ofensividade da conduta, em consonância como o axiomas garantistas *nulla pena, nullum crimen, nula lex poenalis sine iniuria* (FERRAJOLI, 2006). A ofensividade necessária para que se trate de um ilícito penal é a que se apresenta como dano ou perigo, este em sua forma concreta ou abstrata.

A despeito de a doutrina buscar traçar critérios de diferenças entre ilícitos, a escolha por um ou outro ramo do direito se dá com base na política criminal adotada, sobretudo quando se trata do bem jurídico meio ambiente. Mas essa escolha não pode se dar sem levar em conta os princípios inerentes ao Direito Penal de um Estado que prima pelas garantias individuais. Ao mesmo tempo em que se promove a proteção ambiental, deve haver a garantia de intervenção mínima penal, uma vez que esse Direito é o que mais restringe direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2012).

5.3 A LINHA DIVISÓRIA ENTRE A CONSTITUCIONAL UTLIZAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A linha divisória entre o uso constitucional dos crimes de perigo abstrato sem que haja o efeito nocivo da administrativização do Direito Penal pode ser traçada com a satisfação de alguns requisitos de legitimidade do crime de perigo abstrato, em especial os utilizados para proteção ambiental, e que contam com a técnica legislativa de assessoriedade administrativa.

Para que a proibição de uma conduta no âmbito penal como um risco não permitido seja legítima, há de se observar de pronto a existência de um bem jurídico como alvo de proteção, a descrição do risco proibido (o perigo) e o resultado jurídico, a ofensividade. Como já ressaltado, os crimes de perigo abstrato são sim meios idôneos para a proteção de bens supraindividuais, como verdadeira antecipação da tutela penal, desde que obedeça aos princípios da ofensividade (que pressupõe um bem jurídico) e da subsidiariedade.

O primeiro requisito que se apresenta é que esteja patente um bem jurídico como objeto de proteção. Esse bem jurídico, quer seja individual ou supraindividual, deve ser substancial, como um interesse, um bem ou valores essenciais para a vida digna do homem e sua vivência pacífica em sociedade. O bem jurídico genuíno como razão da tipificação é essencial para uma intervenção penal legítima. Para isso, "deve-se afastar do conteúdo do bem jurídico a ideia de utilidade e conveniência do cumprimento das funções administrativas do Estado. Este é um componente político que não se coaduna com a intenção punitiva." (LOPES; FRANCO, 2013, n.p.).

Na proteção penal ambiental, o bem deve ser o próprio meio ambiente (a fauna, a flora, etc) e não outra norma administrativa (ainda que esta vise protegê-lo), como ocorre na assessoriedade administrativa com a dependência absoluta. Soma-se a isso a sua potencial ofensa que deve estar patente para justificar a intervenção penal. Nesse sentido, Luís Regis Prado (2019c, p.42) preceitua que

> É inconvincente também a assertiva de que o ilícito administrativo não tutela bens jurídicos, mas apenas os interesses da Administração. Ora, tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo prestam-se a tutelar bens jurídicos, sendo que o primeiro deve subordinar-se aos princípios fundamentais penais e constitucionais penais, como, por exemplo, da intervenção mínima e da fragmentariedade [...]e o segundo, além de certos postulados legais inerentes à atuação administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa), pode também vincular--se a outros princípios originariamente penais ou processuais penais (legalidade/ culpabilidade/proporcionalidade/ampla defesa/contraditório).

O segundo é a descrição adequada da conduta típica, de modo que fique clara a proibição, com a descrição da conduta, bem como do perigo, como seu resultado jurídico. Ainda que se valha o legislador da assessoriedade administrativa, esta deve ser uma técnica

que traga maior taxatividade e individualização da conduta, mas não pode o complemento administrativo ser o próprio conteúdo do injusto. Desse modo, a remissão à norma ou ato administrativo é legítima, "ao menos nas hipóteses em que ela nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo." (GRECO, 2006, p. 234).

Como bem observa Pierpaolo Cruz Bottini (2007), para atender à dinâmica tecnológica causadora de riscos, os tipos penais a estes relativos necessitam ser preenchidos por normas específicas e com possibilidade de alterações menos dificultosas que as do processo legislativo ordinário. O autor toma como exemplo o crime tipificado no artigo 60 da Lei de Crimes ambientais, o qual proíbe a conduta de

> Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente (BRASIL, LEI 9.605 DE 1998, LEI DE CRIMES AMBIENTAIS, 1998).

No tipo sob comento, como bem observa o doutrinador, o objeto de proteção é o meio ambiente e mediatamente está a proteção da vida digna e saudável. As hipóteses de proibição, que estão na licença ou autorização delimitam o tipo, mas está presente o essencial para que o tipo de perigo abstrato seja legítimo. "Nesse caso, o bem tutelado não é a regra administrativa, mas os valores que ela protege, que tem dignidade penal. Esse raciocínio permite a exclusão da tipicidade quando a conduta descumpre a determinação administrativa, mas não a afeta." (BOTTINI, 2007, p. 201).

Vê-se que está descrita a conduta proibida, as hipóteses arriscadas e, pela expressão "potencialmente poluidores", está contemplado o requisito ofensividade na forma de perigo abstrato que fora considerado *ex ante*. Com a tão somente desobediência na obtenção de licença sem que haja o potencial poluidor não há que se falar em adequação típica. Na mesma esteira está Rhafaella Cardoso (2021, p. 161) para quem

> o fundamento do Direito Penal ambiental será sempre, mesmo nos delitos de perigo abstrato, a afetação de bens jurídicos ecológicos, isso porque, exige-se a idoneidade do perigo, ainda que este não deva ser considerado um perigo concreto a ser comprovado ex post. Nestes termos, ainda se acrescenta, que a configuração do delito de perigo está justificada diante da especificidade do bem jurídico ambiental, porém, esta observação e critério devem ser respeitados.

Outro fator essencial para a tipificação abstrata legítima é a existência da ofensividade da conduta proibida. Nos delitos ambientais, a ofensividade tem especial relevância, visto que

os outros elementos podem estar e geralmente estão presentes nos ilícitos ambientais administrativos, que são o bem jurídico e a descrição da ação proibida. Conforme salienta Rhafaella Cardoso (2021, p.164),

> [...] verifica-se que os elementos qualificadores de ofensividade podem colaborar com a delimitação das infrações penais ambientais, sem que se recorra à mera noção de delito como desobediência administrativa, para que se detenha a missão primordial da atuação subsidiária do *ius puniendi*: a exclusiva proteção de bens jurídicos contra as ofensas ou ataques mais insuportáveis ao convívio social.

A ofensividade da conduta que se expressa como resultado jurídico deve consistir, ao menos na exposição a perigo abstrato, considerado *ex ante* pelo legislador. Esse é um elemento essencial para separação da proibição da desobediência administrativo para um ilícito penal, que se fundamenta na existência de um bem jurídico e do potencial ofensivo da conduta. Isso é patente na legislação da sociedade contemporânea, considerando-se que há

> uma proliferação de normas de Direito Penal que tratam, na verdade, de desobediências e violações a deveres e funções do Estado e, que, portanto, deveriam estar restritas ao campo do Direito Administrativo. Isto se deve à concepção de que o Direito Penal seria o instrumento capaz de garantir numa sociedade de riscos a eficácia das normas administrativas, importante instrumento garantidor do direito de mera ordenação estatal, ou seja, de garantia de obediência aos comandos estatais (LOPES; FRANCO, 2013, n.p.).

Se o tipo penal tem como elemento uma infração administrativa, não se pode descartar de pronto sua legitimidade, uma vez que esta pode estar presente no caso de tipo que remete à infração administrativa mas traz na conduta a descrição do seu potencial ofensivo. Desse modo, é imperioso observar que "não basta que a infração penal comporte uma infração administrativa: é preciso que se análise se o desvalor da conduta e do resultado representam, sobretudo, uma ofensa de lesão ou de exposição de perigo ao bem jurídico ecológico situado na norma penal." (CARDOSO, 2021, p. 162).

Como requisito negativo, tem-se que não pode consistir a proibição na tipificação da mera desobediência a comandos administrativos, uma vez que o bem jurídico não pode ser a administração pública na sua função típica, o que não é raro na legislação penal extravagante. Como adverte Cruz Bottini,

> o que não pode ser admitido é o tipo penal de perigo abstrato que remete à administração pública a tarefa de estabelecer a descrição típica em si e seus principais contornos como ocorre, por exemplo, com o art. 68 da Lei 9.605/1998 (deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental). Nesses casos, caberá à lei ou a um regulamento a

> definição do tipo, o que significa, nesta última hipótese, delegar à autoridade administrativa o poder de legislar em matéria penal, de descrever a obrigação e de defini-la como de relevante interesse ambiental (BOTTINI, 2007, p. 201).

Trata aqui da assessoriedade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo que configura como importante indício de se tratar de norma de reforço e não de um autêntico ilícito penal. Ainda que o tipo remeta a uma proibição administrativa, é imprescindível que a conduta traga em si um potencial ofensivo. A ofensividade estaria presente na conduta ainda que o sujeito agisse de acordo com o preceito administrativo.

Satisfeitos os requisitos supra (proteção a bens jurídicos e ofensividade), deve-se levar em conta a necessidade da tipificação na seara penal, ou seja, verificar se o Direito Administrativo em sua função sancionatória não é capaz de conter a conduta indesejada. O limite a ser observado é o da intensidade da conduta de modo que

> a intervenção penal deve ser reservada às condutas graves, oferecendo limites concretos e delineados ao arbítrio Estatal. O injusto penal não pode, pois, configurar mera insurgência a um comando do Estado, a um dever de obediência, caso contrário, ofender-se-ia a concepção principiológica do *ius puniendi* no campo do Direito Penal, convertendo-se o mesmo em mero guia da potestade sancionadora do Estado-administração (LOPES; FRANCO, 2013, n.p.).

Como ensina Claus Roxin (2012b, p. 9), a subsidiariedade, "como máxima de limitação do Direito Penal, está no mesmo plano do que o princípio da proteção de bens jurídicos e possui significado político-criminal no mínimo de mesma importância".

Em observação a esse princípio, uma vez tipificada a conduta como ilícito administrativo, não pode o Direito Penal tipificar a sua desobediência, com a mera aparência de delito penal de perigo na figura abstrata. Assim,

> os delitos de perigo abstrato que instrumentalizam mera desobediência a regras administrativas, bem como aqueles que trazem nos tipos penais valores éticos ou religiosos como dignos de proteção não se legitimariam diante de um Direito Penal Democrático, que tem por fim tutelar os interesses mais relevantes do convívio social e que, por essa razão, não deve ater-se à mera desobediência ou proteção de valores éticos. Nesse ponto, tais tipos parecem violar os postulados fundamentais do Direito Penal, como ofensividade, a culpabilidade e a necessidade (BOZOLA, 2015, p.126).

Trata-se de uma tarefa árdua a de contribuir para que seja traçado um limite entre a utilização dos crimes de perigo abstrato de forma legítima e o uso da administrativização do Direito Penal, pois, como visto, a análise deve se dar com amparo doutrinário e de forma sistemática dentro do ordenamento jurídico. De modo a contribuir com essa discussão

doutrinária, o que há de se observar no tipo penal de perigo abstrato é a presença de um bem jurídico protegido, um legítimo e autêntico bem jurídico, com a proteção humana subjacente, no caso de se tratar de bens supraindividuais.

Não pode o tipo ter em seu núcleo de proibição tão somente a norma administrativa, de modo que a proteção seria da atividade administrativa.

A conduta deve ao menos expor esse bem jurídico a perigo, o que consubstancia a ofensividade que se dá pela lesão, perigo concreto ou perigo abstrato, ou cuidado-de-perigo, na concepção de Faria Cost a (2000) adotada por D'Ávila (2009). Soma-se a esses parâmetros a subsidiariedade que deve embasar toda atividade legislativa penal.

Com base na teoria funcionalista teleológica, que prima pela aplicação do Direito Penal para exclusiva e subsidiária proteção de bens jurídicos, é importante ainda que a criminalização exerça o efeito desejado, que no caso é o da prevenção geral, quer seja negativa ou positiva.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Claus Roxin (2006), ao se posicionar sobre o uso do Direito Penal para o enfrentamento de novos riscos e para a prevenção de ofensas a bens jurídicos. Para o autor, "un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social (ROXIN, 2000b, p. 31)[54] Sob essa ótica, caso a prevenção não seja alcançada e a proibição não seja útil para pacificação social, a conduta vedada ou a forma de proibição devem ser revistas sob a luz dos princípios constitucionais penais.

5.4 O ARTIGO 51 DA LEI 9.605 DE 1998: INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 51 da Lei 9.605/98, da Lei de Crimes ambientais (BRASIL, 1998)[55], o qual tipifica como crime contra a flora a conduta de "comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente". Como já dito, foi escolhido como modelo para verificação da legitimidade da tipificação penal abstrata em respeito à função constitucional do Direito Penal de proteção

54 Tradução da autora: "Uma lei penal moderna deve visar a melhor estrutura social possível, ou seja, deve visar a prevenção da prática de crimes e a prática da prevenção, combinando as exigências do Estado de direito com as do Estado social."(ROXIN, 2000b, p. 31).

55 O tipo penal em análise, além de constituir ilícito penal, é também ilícito administrativo, previsto no artigo 57 do Decreto 6.514 de 2008 qual prevê como infração contra a flora a conduta de "Comercializar, portar ou utilizar em floresta ou demais formas de vegetação, motosserra sem licença ou registro da autoridade ambiental competente." (BRASIL, DECRETO Nº 6.514 DE 22 DE JULHO DE 2008, 2008).

subsidiária de bens jurídicos. Para se afirmar sobre a constitucionalidade ou não do tipo penal do Art. 51 da LCA, é essencial a identificação do bem jurídico protegido, se é o meio ambiente ou a atividade administrativa do Estado.

É sabido que muitos dos crimes previstos na referida lei protegem de fato o meio ambiente, na forma de crimes de perigo abstrato, "mas é preciso saber discernir em que momento o comportamento descrito na lei afeta a esse bem jurídico, ainda que de forma abstrata, ou se protegem tão somente disposições administrativas, como na conduta em análise (principalmente no comércio do motosserra)." (NEVES, 2018, p. 549).

A conduta de "comercializar serra elétrica" sem licença ou registro não protege o bem meio ambiente, pois a conduta não é hábil para expor o bem a perigo abstrato. É certo que a Administração visa, com a proibição, que haja menos máquinas em circulação, o que, indiretamente, em tese, faz com que menos árvores sejam ilegalmente cortadas. Ocorre que a proibição já se encontra em dispositivo administrativo, no artigo 57 do Decreto 6.514 de 2008 cuja proibição é de "Comercializar, portar ou utilizar em floresta ou demais formas de vegetação, motosserra sem licença ou registro da autoridade ambiental competente." (BRASIL, 2008).

Na análise da teoria do bem jurídico, verificou-se que este já foi concebido como direito subjetivo, inclusive do Estado, na concepção de Feuerbach, caso em que a desobediência configuraria uma espécie de lesão a um bem jurídico, como delitos de polícia. O tipo em análise parece estar de acordo com essa teoria, que encontra há muito tempo superada, uma vez que o bem jurídico não pode ser confundido com direito subjetivo e não há que se falar nesse direito quanto ao Estado, que merece proteção, mas como um meio de realizar os direitos dos indivíduos que o compõem.

Em fase posterior, o bem jurídico, sob a ótica do positivismo de Binding (1976), passou a abarca a função normativa Estatal como objeto de proteção. Nessa teoria, o descumprimento de normas administrativas pode ser tipificado, sem ir de encontro ao bem jurídico como fundamento de criminalização. O tipo penal abstrato é tido assim como pura proibição. Todavia, como ressalta Tavares (1992, p.4),

> sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal. O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição quanto a determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta de bem jurídico. Essa realidade que subsiste no processo de proibição faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proíbam por

> proibir, que sancionem penalmente as infrações as normas meramente regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico.

Na doutrina pós-positivista, o conceito de bem jurídico passou a ser alargado, ao mesmo tempo em que o Direito Penal expandiu seu alcance para proteção desses bens. Assim, iniciou-se a confusão entre o interesse público e da Administração com os bens supraindividuais. Isso se mostra patente no caso do tipo em questão, pois o bem jurídico não é o meio ambiente, pois este não está em vias de ser abalado com a conduta. A proteção é de fato da função normativa e administrativa, então, o tipo não possui um bem jurídico digno de tutela, o que configura a principal razão de sua inconstitucionalidade.

Apesar de o crime do Artigo 51 da LCA ser inconstitucional por não tutelar um bem jurídico, vale a análise da existência ou não do perigo na conduta e, por conseguinte, da ofensividade.

No estudo da ofensividade, foi dito que a ofensividade se perfaz na lesão e no perigo. Se for considerada a ofensividade como lesão a bens jurídicos com aqueles positivados na lei (na concepção de Binding), o tipo do artigo 51 da LCA não esbarra na ausência de lesividade, pois o descumprimento da dorma administrativa que compõe o tipo fere o bem jurídico na forma de violação de dever. Todavia, essa forma de lesividade, não é a adotada neste estudo.

A ofensividade, como visto, se configura com o dano, perigo concreto e o perigo abstrato, como ofensa do cuidado-de-perigo (DÁVILA, 2009). No tipo em tela, não há dano ao meio ambiente e não há também o perigo descrito no tipo como resultado, para que seja um crime de perigo concreto. Quanto ao perigo abstrato, este deve estar descrito no tipo como um meio hábil a abalar a estabilidade do bem, o que não existe no caso de comercializar serra elétrica sem permissão ou licença.

Quanto ao perigo da conduta de "comercializar", este não está na conduta típica. Não há o perigo, sequer abstrato, que é o limite da ofensividade, por se tratar de ato preparatório para um eventual crime de lesão ou exposição de perigo a florestas, como, por exemplo, o crime disposto no artigo da Lei. 9615/98, o qual descreve a conduta típica de "Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente." (BRASIL, 1998).

Por conseguinte, é imperioso verificar a espécie de assessoriedade administrativa utilizada, se relativa ou absoluta. Levando-se em conta que o complemento do tipo é a obtenção de licença ou registro, a assessoriedade administrativa é de ato. Outro fator

considerado é a existência da proibição tanto como ilícito penal quanto como ilícito administrativo.

No tipo penal do Art. 51 da LCA, há duas situações diversas: a previsão simultânea das condutas de "comercializar" e de "utilizar", como ilícitos administrativos e como ilícitos penais e a espécie de assessoriedade, se relativa ou absoluta, casos em que a proibição deverá ser apenas administrativa ou somente penal.

Ao tratar da previsão simultânea da conduta como ilícito administrativo e como ilícito penal, foi dito que em alguns casos a previsão administrativa prevalece e em outros prevalece a penal com o afastamento daquela. Esse ponto foi essencial para se chegar à conclusão sobre a inconstitucionalidade do tipo penal analisado.

Dentro do tipo penal em análise, há a conduta de "comercializar" e a de "utilizar" serra elétrica sem autorização. Ambas as condutas estão igualmente previstas em uma norma administrativa, no artigo 57 do Decreto 6.514 de 2008. Por essa razão, é importante se verificar qual das proibições deve prevalecer na órbita penal. Para se determinar a prevalência do tipo como penal ou deixa-lo como proibição administrativa, é importante verificar a espécie de assessoriedade utilizada.

No caso da conduta de "utilizar serra elétrica sem autorização" a conduta é idêntica tanto no ilícito administrativo quanto no ilícito penal. Considerando-se que a conduta de utilização traz em si o conteúdo do injusto, pois, ainda que houvesse a autorização, restaria o perigo e a ofensividade para o bem jurídico meio ambiente se a utilização da serra elétrica ocasionar o abalo do bem com a derrubada de muitas ou importantes árvores para o espaço ecológico. Por isso, entende-se que a assessoriedade é relativa. Assim sendo, se o desvalor dado à ação de utilizar foi considerado de tal gravidade, justificando a constituição de um ilícito penal, a normativa administrativa idêntica deve ser afastada, com a prevalência do tipo penal.

Ressalte-se que a prevalência da normativa penal só é justificada se a assessoriedade é relativa, ou seja, a norma penal traz em si o conteúdo, o núcleo do injusto, e a norma administrativa o faz de forma idêntica.

Quanto à conduta de "comercializar" disposta no Art. 51 da Lei de Crimes Ambientais, a solução é diversa. Da mesma forma que a conduta "utilizar" consta como ilícito administrativo e ilícito penal, a conduta de "comercializar" motosserra sem licença ou registro tem seu correspondente ilícito administrativo no artigo 57 do Decreto 6.514 de 2008. Esse é um caso em que a assessoriedade é absoluta, pois a norma penal é em si vazia, eis que o proibido está totalmente na norma administrativa. Como a dependência entre o Direito Penal e

o Direito Administrativo, no caso, é total, não há que se falar em desvalor na ação típica. Nesse sentido, pode-se constatar que

> Há tipos penais ambientais que figuram como um mero reforço da disciplina administrativa, sem que se possa vislumbrar no injusto penal um conteúdo de injusto próprio. Mesmo nas hipóteses de acessoriedade relativa, é possível afirmar que o reenvio ao ato administrativo não consegue, em determinadas hipóteses, conferir um desvalor da ação adicional capaz de fundamentar a necessidade da intervenção penal. Principalmente quando já existem infrações administrativas idênticas e a quando a conduta não é portadora de qualquer periculosidade. Algumas dessas infrações penais importam a tipificação de meros atos preparatórios, elevados à categoria de delitos autônomos. A intervenção penal se revela, nesses casos, excessiva e desnecessária. Teria sido preferível que essas condutas figurassem apenas como meros ilícitos administrativos (CARVALHO, 2011, p. 12).

Na assessoriedade administrativa de dependência absoluta, o tipo penal não possui em si o conteúdo da proibição. Este está no complemento, na obrigatoriedade do cumprimento de um comando oriundo da administração pública. Como ressalta Érika Mendes de Carvalho (2011, p. 12),

> É o que ocorre, por exemplo, com os delitos constantes dos arts. 51 e 52 da Lei 9.605/1998: "Comercializar motosserra (…) sem licença ou registro da autoridade competente" (art. 51) e o ato de "penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente" (art. 52) são delitos de perigo abstrato nos quais o reenvio típico ao ato administrativo não logra conferir às condutas qualquer conteúdo de injusto específico.

O conteúdo do injusto é descumprir ou não observar ou não ter o ato administrativo permissivo ou autorizativo. Então a dependência da norma penal é total em relação ao ato administrativo necessário. Não há ainda ofensividade na conduta e tampouco perigo para o bem supraindividual meio ambiente. Trata-se de uma criminalização da desobediência, ou seja, o tipo penal é reforço da norma administrativa. O Direito Penal está sendo usado para viabilizar as funções administrativas do Estado, é, portanto, simbólico.

Nesse caso, o conteúdo do injusto é totalmente preenchido pelo dever de obtenção do ato administrativo e a conduta descrita não possui o perigo, sequer na forma abstrata e tampouco a ofensividade. Desse modo, como a proibição é um reforço da norma administrativa que constitui atividade típica de gerência, o tipo penal deve ser afastado. Isso porque a norma penal é mero apoio, é uma sanção criminal para a desobediência da norma administrativa.

Ora, se o tipo penal não possui conteúdo próprio de proibição e este está de forma integral em outra norma de natureza administrativa, esta deve ser aplicada. Nesse caso, afasta-

se o tipo penal e aplica-se o administrativo, com o reconhecimento da invalidade daquele. Prevalece então a proibição administrativa, que é na realidade a única proibição, uma vez que o tipo penal é seu reforço, é a coerção pelo seu descumprimento. Isso porque

> o princípio da legalidade impõe, porém, que o núcleo da proibição se encontre na norma penal e que o reenvio normativo colabore no sentido de precisar a conduta incriminada, de modo a satisfazer a exigência constitucional de certeza e taxatividade dos tipos penais. Entretanto, sempre que a determinação do próprio núcleo da matéria de proibição for feita pela normativa administrativa, tem-se clara violação do princípio da legalidade. (CARVALHO, 2011, p. 13).

Assim, o tipo penal do artigo 51 da LCA está em desconformidade com a Constituição por não proteger um bem jurídico-penal, por não possuir periculosidade na conduta descrita, uma vez que não é meio hábil para abalar o meio ambiente de forma não insignificante e, por fim, em razão de não trazer em si o conteúdo do injusto, em virtude da dependência total da normativa administrativa para adequação típica.

6 CONCLUSÕES

Ao se propor a realização da presente pesquisa, levou-se em consideração que o Direito Penal tem sido cada vez mais utilizado não só como meio de pacificação social com a proteção dos valores essenciais para a vivência digna em sociedade, para a proteção de bens jurídicos, mas também como coadjuvante para a eficiência da função administrativa do Estado, por meio da criação indiscriminada de crimes de perigo abstrato. Essa expansão se mostra por dois fenômenos: pela flexibilização dos princípios político-criminais ou das regras de imputação e pela ampliação e recrudescimento das sanções criminais.

Esse movimento expansivo tem como efeito a criação de leis esparsas para proteção de bens jurídicos na esfera penal em situações que poderiam ser reguladas com maior eficiência e sem o estigma penal pelo Direito Administrativo. Como visto, a regulação é feita até mesmo pelos dois ramos do Direito em situações idênticas, o que gera ineficácia da proteção e vai de encontro aos princípios constitucionais penais de garantia.

Por essas razões, surgiu o questionamento sobre a possibilidade de se estabelecer parâmetros para nortear o legislador quando da produção de tipos de perigo abstrato com o fim de proteção de bens jurídicos sem que se afronte a Constituição. A resposta ao questionamento é importante para que o legislador possua critérios para a escolha da tipificação penal ou administrativa, sem que o Direito Penal, por meio de crimes de perigo abstrato, seja usado como reforço da regulação administrativa.

A hipótese apresentada foi que o uso dessa técnica administrativa será legítima quando não se tratar de meio coercitivo para garantia da regulação administrativa ordinária, ou seja, quando o tipo abstrato não tiver como único conteúdo o descumprimento de norma administrativa. Os crimes de perigo abstrato podem e devem ser usados como meios para a proteção de bens jurídicos desde que haja um real valor social a ser protegido, que não é a função administrativa.

Em vista disso, buscou-se no presente estudo diferenciar os casos em que os crimes de perigo abstrato são meios para antecipação legítima da tutela penal de bens jurídicos daqueles em que estes são infrações administrativas com a roupagem de ilícitos penais.

Objetivou-se em específico reconhecer ou mesmo estabelecer a linha divisória entre a constitucional utilização dos crimes de perigo abstrato e seu uso contrário à Lei Maior como expressão da administrativização do Direito Penal.

Para tanto, analisou-se o tipo penal e o princípio da ofensividade, tendo-se verificado que o bem jurídico é elemento indispensável para a decisão legislativa e deve integrar o tipo,

ou seja, deve se possível identificar de pronto qual o bem é protegido pela norma. Esse bem jurídico não é escolhido ao livre arbítrio, mas é extraído de valores constitucionais. O bem jurídico que integra o tipo é aquele de cunho político-criminal, cuja proteção é de interesse de todos. A ressalva pontual trazida é a de que, como defendido por Claus Roxin, há valores que, a despeito de não serem considerados bens jurídicos, podem e devem ser tutelados na esfera penal, por serem igualmente legítimos, como a proibição de maus tratos a animais, que é fortemente repudiado.

Os bens jurídicos protegidos são tanto os individuais quanto os supraindividuais e quanto a estes é que há maior controvérsia quanto ao modo de intervenção penal, uma vez que esta se dá com vistas para o futuro, como prevenção. Pelo estudo realizado, constatou-se que o Direito Penal é meio hábil para a proteção de bens jurídicos supraindividuais por meio de tipos abstratos e com vistas à prevenção, o que não dispensa, contudo, o respeito ao princípio da ofensividade e subsidiariedade.

A Constituição é fonte de onde se extraem os bens jurídicos, mas nem tudo o que nela está disposto merece tutela penal. Desse modo, a Lei Maior é ao mesmo tempo fundamento e limite da criminalização, uma vez que traz os valores essenciais e mesmo mandados de criminalização, ao passo que limita o poder punitivo do Estado.

Foi dito que para que haja a tipificação, deve haver o bem jurídico a ser protegido e a ofensividade como resultado (jurídico). Quanto a esta, verificou-se que se mostra em três níveis: lesão, perigo concreto e perigo abstrato e, na classificação de Faria Costa adotada por Roberto D'Ávila e Pierpaolo Cruz Botini, a ofensividade no crime de perigo concreto se perfaz no concreto pôr-em- perigo enquanto no perigo abstrato está no cuidado-de-perigo. Pela teoria ora colacionada e adotada neste trabalho, pode-se dizer que a ofensividade é essencial para o tipo penal e que, na espécie abstrata está no abalo da estabilidade de sua expressão, uma vez que se busca evitar a efetiva lesão ao bem supraindividual, o que pode ser irreparável e/ou de grandes proporções.

Por conseguinte, realizou-se, para os fins propostos, um estudo crítico dos crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos, traçando-se parâmetros para sua utilização, evitando-se a proibição de desobediência a regras de conduta, o que pode ser realizado por outros ramos do Direito.

Considerada a análise desse crimes sob a ótica funcionalista moderada de Roxin, constatou-se que o desvalor da ação na criação ou incremento de riscos em lugar do desvalor do resultado é um meio adequado para a gestão de riscos, desde que tenha por escopo a proteção de bens jurídicos de forma necessária e subsidiária.

Como são muitos os casos limítrofes de tipos de perigo abstrato e ilícitos administrativos, analisou-se o contido no artigo 51 da Lei de Crimes Ambientais de modo a verificar se a conduta descrita de comercializar serra elétrica sem autorização ou licença de fato ofende o meio ambiente ou se é um caso de criminalização da desobediência do dever de obtenção dos atos administrativos autorizadores.

A análise levou à conclusão de que a conduta ora descrita não deve ser tratada no âmbito penal, uma vez que a proibição se encontra totalmente na obtenção ou não do ato administrativo (autorização ou licença). Como se trata de assessoriedade administrativa de dependência total do tipo penal da norma administrativa, constatou-se que a proibição deve ser tão somente um ilícito administrativo.

Com estudo doutrinário sobre a ofensividade, o bem jurídico, os crimes de perigo abstrato e, em especial, do tipo usado como modelo, foi possível apresentar alguns parâmetros para a tipificação abstrata legítima e ao mesmo modo sugerir uma linha divisória entre a aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo para a proteção de bens supraindividuais, com destaque para o meio ambiente.

O primeiro é que o tipo penal abstrato legítimo deve conter o bem jurídico e a ofensividade, bem com deve trazer na descrição a periculosidade considerada *ex ante,* ou seja, a conduta deve ser apta para abalar, por em perigo o bem objeto de proteção, deve ser meio idôneo para desestabilizar a sua segurança. Como leciona Claus Roxin, a ofensa se dá no caso com a criação de riscos não permitidos que resultem em dano ou perigo. O bem jurídico não pode ser, de modo algum, a conveniência administrativa. Não pode a proibição ser a garantia do cumprimento de deveres para com a Administração.

Outro parâmetro a ser considerado é que a descrição típica deve conter o perigo considerado, deve trazer o risco não permitido descrito de forma clara, podendo remeter ao administrativo somente para cumprir a taxatividade que deve ter a norma penal, mas não como conteúdo típico.

Deve ser ainda observado que a tipificação não pode consistir na descrição de desobediência da norma administrativa. Ou seja, o Direito Penal não pode tutelar a norma em si, a proibição sem que haja um bem jurídico, mas deve proteger os bens mais caros ao homem, aqueles indispensáveis a uma vida digna.

Outro importante ponto a ser considerado é de que o Direito Penal deve ser subsidiário, pois tutelar bens jurídicos não é tarefa exclusiva desse ramo do Direito. Assim, a diferença entre um ilícito administrativo e um ilícito penal está na subsidiariedade, em que

condutas mais graves ficam a cargo do Penal e as menos graves do Administrativo sancionador.

Por fim, pode-se concluir que a solução hipotética resolve o problema formulado, uma vez que se pôde constatar que o uso dos crimes de perigo abstrato é constitucional e útil para a proteção de bens jurídicos, mas não o serão se forem usados como reforço para o cumprimento de normas administrativas, caso em que não se terá um bem jurídico protegido, mas o bom funcionamento da função estatal administrativa. O Direito Penal, por ser um limitador importante das liberdades públicas, não pode ser usado para outro fim senão o de garantir o exercício das mesmas liberdades.

Admite-se que as respostas apresentadas não resolvem a celeuma da inexistência de limites entre a tipificação penal e a administrativa sancionadora, mas constituem alguns passos no sentido de se utilizar o Direito Penal de forma subsidiária quando o interesse estiver também na órbita administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R**. Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. L. A. Heck, Trad. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, R. **Teoria dos Dieitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

BADARÓ, T. **Bem Jurídico Penal Supraindividual.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas** (E-Book ed.). Ed. R. C. Moraes, 1764. Disponível em www.jahr.org: https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-26498/dos-delitos-e-das-penas. Acesso 09 out. 2022.

BOTTINI, P. C. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOZOLA, T. A. **Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 out 2022. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 1940**. Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 211 de 09 de maio de 1983.** Brasília. 2022.Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html. Acesso em: 19 Ago.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 9.985 de 18 de Julho de 2.000**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. 5ª ed., Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2020.

CALEGARI, A. L.; GIACOMOLI, C. N. **Direito Penal e Funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. **Direito Penal e Funcionalismo: um novo cenário da teoria geral do delito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAMARGO, A. L. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARDOSO, R. **Proteção penal ambiental e acessoriedade administrativa:** funções e limites de atuação legítima (Kindle ed.). Uberlândia: LAECC, 2021.

CARVALHO, É. M. Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 92/2011(Set-Out), 299-336, 2011.

DAVID, D. F. **Delitos de acumulação e proteção ambiental.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

D'ÁVILA, F. R. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

D'AVILA, F. R. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em: 04 Jul. 2022.

DIAS, J. D. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. **Direito e Justiça**, 4, 7-57, 1989.

DIAS, J. D. Sobre o Surgimento do ilícito de mera ordenação social em Portugal. In: J. D. Dias, **Direito Penal: Parte Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, J. F. O Direito Penal entre a "sociedade industrial" e a " sociedade de risco". **Doutrinas Essenciais de Direito Penal,** 2, pp. 269-298, out., 2010.

FELDENS, L. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. rev. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, L. F. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, L. **Introdução à dogmática funcionalista do delito:** - em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal de Roxin. 32, Out-Dez. 2000, p. 120-163, 2000.

GRECO, L. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - uma introcuçãoao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.12, n. 49, 89-147, jul/ago, 2004.

GRECO, L. (). A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** vol.58, 152-194, Jan/Fev de 2006 . Disponível em ///C:/Users/User/Downloads/RTDoc%2025-06-2022%2013_08%20(PM).pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

GRECO, L. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. **Revista do Instituto de Ciências Penais,** 5(1), p.11-34, 2020. Disponível em: http://www.ricp.org.br/index.php/revista/article/view/79/136. Acesso em: 25 jun. 2022.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal.** 10ª ed., Vol. I. Niterói: Impetus, 2008.

HASSEMER, W. A preservação do meio ambiente através do direito penal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal,** v.8, pp. 213-224, out. 2010b.

HASSEMER, W. História das ideias penais na Alemanha no pós-guerra. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, 1, 155-1203, Out. 2010.

HORTA, I. R. **Os crimes de perigo abstrato e o bem jurídico**. Dissertação e Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

IBAMA. **Portaria 149 de 30 de dezembro de 1992.** Disponível em http://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=95952. Acesso em: 20 ago 2022.

JAKOBS, G. (2007). **A imputação objetiva no direito penal.** 2 ed. rev. A. L. Callegari, Trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, G. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: L. GRECO; F. L. (Orgs). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KUHLEN, L. **Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik.** 1993.

LOPES, L. S. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

LOPES, L. S. **A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto.** Tese de Doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2010.

LOPES, L. S. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico.In: J. C. (Org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**, vol. 2. Belo Horizonte: RTM, 2013.

LOPES, L. S.; FRANCO, T. M. **Administrativização do direito penal econômico.** Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15. Acesso em: 21 fev 2022.

MARCÃO, R. F. **Crimes Ambientais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, S. M. (2018). **A Tutela Penal do Meio Ambiente**: uma abordagem de sua legitimidade à luz da teoria Funcionalista de Claus Roxin. Braga, 2018. Disponível em https://hdl.handle.net/1822/58338. Acesso em: 04 nov. 2022.

OLIVEIRA, A. C. **Direito de intervenção e Direito Administrativo sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito penal Brasileiro. 2012. São Paulo: Dissertação de mestrado em Direito da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, A. C. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PRADO, L. R. **Bem Jurídico Penal e Constituição.** 8ª ed. Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, L. R. **Direito Penal Ambiental**. Rio de janeiro: Grupo GEN, 2019b.

PRADO, L. R. Direito Penal do Ambiente. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019c. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986919/. Acesso em: 12 jun. 2022.

RIBEIRO, L. G.; OLIVEIRA, A. L. A tutela legal do ambiente: a análise do artigo 51 da Lei dos Crimis Ambientais frente ao princípio da ofensividade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, 4 nº 2, 2015.

ROXIN, C. **Teoria Del Tipo Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, C. **Derecho Penal**, Parte General Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria Del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, C. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal**alencia: Tirant Lo Blanch, 2000a.

ROXIN, C. **Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012a.

ROXIN, C. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais,** ago 2012, 291-322, 2012b.

SILVA, Â. R. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, E. **Trabalhos Acadêmicos Ânima Educação**: apresentação gráfica. São Paulo: Ânima Educação, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. S. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIRVINSKAS, L. P. **Tutela Penal do meio ambiente**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502112766/. Acesso em: 25 jun 2022.

TAVARES, J. **Teorias do Delito (Variações e Tendências).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TAVARES, J. **Critério de seleção de crimes e cominação de penas**. 0/1992, Jan-Dez 1992), pp. 75-87, 1992.

TAVARES, J. **Bien Jurídico Y Funcion en Derecho Penal**. M. Cuñarro, Trad. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

TOLEDO, F. D. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, J. C. **Do Tipo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WELZEL, H. **Derecho Penal Alemán** - Parte General. 11ª ed.,(J. B. Pérez, Trad. Santiago: Editorial Jurídico de Chile, 1970.

WOHLERS, W. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** 90 - Maio-Jun, 97-106, 2011.

ZAFFARONI, E. R.; PIERNGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.