

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS CRIMES AMBIENTAIS

Rodrigo Carlos Horta
Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

Brasília

2024

Rodrigo Carlos Horta

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS CRIMES AMBIENTAIS

Dissertação apresentada para qualificação,
como requisito para a aprovação no curso de
Mestrado em Direito Econômico e
Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

Brasília

2024

Ficha catalográfica

RODRIGO CARLOS HORTA

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS CRIMES AMBIENTAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação em Direito Profissional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Orlando Faccini Neto.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2024.

Banca Examinadora

Prof. Orientador Dr. Orlando Faccini Neto (IDP)

Prof. Examinador Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto (IDP)

Prof. Examinador Dr Alexandre da Castro Coura (FDV)

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado possui como principal finalidade o desenvolvimento da teoria do bem jurídico como um limitador da criação de tipos penais voltados à proteção do meio ambiente, em razão das peculiaridades do meio ambiente dentre os demais bens jurídicos difusos, principalmente, em razão da conexão deste como elementos materiais como os animais que compõem a fauna. O estabelecimento de limites constitucionais ao poder de criar tipos penais dialogam com a teoria do bem jurídico, assim como o mandado de criminalização constitucional acerca da proteção ao meio ambiente, criando espaços de atuação legislativa e limites tanto para a efetiva proteção do meio ambiente como para a utilização do direito penal contra os indivíduos. A criação de limites ao jus puniendi a partir da Constituição permite o atendimento do mandamento constitucional de criminalização que é descumprido pela forma como a acessoriedade administrativa é utilizada nos crimes contra a fauna, com esvaziamento da tutela do bem jurídico, levando ao distanciamento entre a conduta típica e o bem protegido, principalmente pelo afastamento entre objeto material e bem jurídico. Por fim, a análise dos crimes contra fauna demonstra o distanciamento do bem jurídico tutelado pela acessoriedade administrativa e pelo distanciamento entre objeto material e objeto jurídico.

Palavras-chave: Política criminal. Bem jurídico. Crime Ambiental.

ABSTRACT

This Master's thesis primarily aims to develop the theory of the "legal good" as a limiting factor in the creation of criminal offenses intended to protect the environment. This focus arises from the unique characteristics of the environment among other diffuse legal goods, especially given its tangible connection to material entities such as animals that constitute fauna. Establishing constitutional boundaries on the power to create criminal offenses engages closely with the theory of the legal good and aligns with the constitutional mandate for criminalizing environmental harm. These principles define both opportunities and limits for legislative action, balancing effective environmental protection with the restrained use of criminal law against individuals. The imposition of constitutional limits on *jus puniendi* enables the fulfillment of the constitutional mandate to criminalize, a mandate compromised by the misuse of administrative ancillary measures in crimes against fauna. This misuse dilutes the protection of the legal good, distancing the typical criminal conduct from the protected good and contributing to a conceptual gap between the material object and the legal good. Ultimately, the analysis of fauna-related crimes reveals this gap between the legal good safeguarded by administrative measures and the misalignment of material and legal objects.

Keywords: Criminal policy. Legal good. Environmental Crime.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CP	Código Penal
Dec.	Decreto
IDP	Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
ONU	Organização das Nações Unidas
NBR	Norma Brasileira
RE	Recurso Especial
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 CONSTITUIÇÃO, POLÍTICA CRIMINAL E MEIO AMBIENTE.....	12
2.1 Meio ambiente e Constituição	12
2.2 Constituição, direito penal e política criminal	18
2.3 Meio ambiente e mandados de criminalização constitucionais	26
3 DA TEORIA DO BEM JURÍDICO AOS DIREITOS SUBJETIVOS	36
3.1 Bem jurídico, direito penal e a teoria do bem jurídico	36
3.2 Da Teoria do bem jurídico ao meio ambiente como bem jurídico	41
3.3 Da Teoria do bem jurídico à dos direitos subjetivos	50
4 A LEI Nº 9.605/1998	63
4.1 A tutela penal da fauna	63
4.2 Do crime de maus tratos	69
4.3 Da emissão de efluentes à poluição	73
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A pergunta proposta para análise nesta dissertação limita-se à verificação da influência da teoria do bem jurídico na criação dos tipos penais destinados à tutela da fauna, previstos na Lei nº 9.605/98.

O progresso científico comprovou a ineficácia da dança da chuva, ritual praticado por diversos povos indígenas. Contudo, isso não diminui o valor de inúmeros processos desses povos, que resultam de uma compreensão profunda dos fenômenos naturais e de uma busca por viver em harmonia entre a realidade humana e o meio ambiente. Notavelmente, a indústria farmacêutica tem se destacado ao explorar substâncias para medicamentos inspiradas nas práticas dos pajés.

Por outro lado, a ciência tem evidenciado a eficácia de uma espécie de “dança da morte” praticada pela sociedade contemporânea, refletida na criação de um ambiente altamente industrializado e na exploração predatória do planeta, inclusive para a produção de alimentos. Essa “dança da morte” intensifica variações de temperatura, aumenta a força de chuvas e ventos e contribui para a ocorrência de tsunamis, além de diversos outros fenômenos que têm despertado preocupação em escala global.

As descobertas sobre o fundo do mar e seus processos revelam o desconhecimento que ainda é gradualmente desvelado. Contudo, o meio ambiente, enquanto objeto de estudo, deve ser preservado para que haja tempo suficiente para sua plena compreensão. Somente o avanço desse entendimento garantirá que o meio ambiente permaneça um espaço adequado para as futuras gerações, proporcionando-lhes plenitude de oportunidades. A diversidade das descobertas sobre o planeta evidencia a impossibilidade de prever com precisão os eventos futuros.

Esse desafio não se limita à ciência, que enfrenta divergências em suas próprias conclusões, incluindo posicionamentos que afirmam que a forma de vida atual não provoca impactos significativos no meio ambiente.

O progresso tecnológico e industrial, aliado à atenção daqueles que o impulsionam e de muitos integrantes de uma sociedade autocentrada, ávidos por desfrutar das vantagens do individualismo e do consumismo, acaba por impedir que observem e contemplem com tranquilidade o que está ao seu redor, disponível para toda a humanidade.

Todos, ocupados em perseguir seus objetivos racionais e existenciais, evitam qualquer diálogo que os desvie de seu próprio foco. Contudo, ao planejar o futuro, muitas vezes diante de uma tela de computador, tornam-se prisioneiros de uma caverna de Platão digital, sem

perceber que já não habitam o ambiente real, tampouco o enxergam. As opções disponíveis parecem muito mais numerosas do que aquelas percebidas em cada instante de suas vidas.

Eles olham para o mundo, mas muitas vezes não o enxergam, concentrados nos *likes* e nas inúmeras novidades do universo virtual. Essa concentração reduz sua existência ao espaço físico que sustenta suas conexões à internet e impulsiona seu progresso individual, limitando, em alguns casos, sua percepção do mundo ao ambiente da própria residência.

A evolução não está necessariamente vinculada a progresso ou desenvolvimento; pode ser um processo interno, relacionado ao indivíduo como observador. Contudo, a complexidade social em que vivemos desafia essa evolução, uma vez que ela não depende apenas da organização pessoal, mas também das relações sociais e do equilíbrio dos processos naturais.

O aumento da velocidade nas comunicações não facilitou uma maior identificação com o meio ambiente, resultando em alguns segmentos adotando uma forma de isolamento digital. No entanto, a sociedade se enriquece com o aprimoramento da comunicação, que é essencial para seu funcionamento.

O medo, frequentemente exacerbado nas comunicações, torna-se um instrumento de pressão sobre a função do direito penal, gerando expectativas que muitas vezes superam o que esse direito pode oferecer. Como sentimento humano que busca concretude em diversos aspectos da vida cotidiana, o medo transforma a sociedade em alvo suscetível a discursos penais oportunistas e ao populismo legiferante na área penal, especialmente considerando que a democracia se revitaliza por meio do voto popular. O indivíduo, como observador e detentor do poder de atribuir significado aos objetos que percebe, também pode ser seduzido por visões do que ainda não vê.

O direito é também uma forma de comunicação, e a comunicação do direito penal se manifesta por meio de pequenos comportamentos que, se praticados, resultarão em sanção penal. Essa comunicação deve ser clara, inteligível e compreendida por toda a sociedade. Em um país como o Brasil, com suas diversas realidades regionais, é fundamental que essa comunicação alcance e seja entendida pelos diferentes “Brasis” que o compõem.

Simultaneamente ao desafio de criar normas penais que sejam compreensíveis e adequadas ao desenvolvimento de cada indivíduo, e de proteger a riqueza natural dos ecossistemas brasileiros e a existência dos animais, surge a tendência de estabelecer um direito penal de precaução, que abrange crimes de perigo abstrato. Esses crimes, com penas mais severas do que as dos crimes de dano tradicionais, indicam um deslocamento da proteção ambiental para uma posição mais central no direito penal, afastando-se de sua função subsidiária.

Essa proteção subsidiária pode, no entanto, justificar a necessidade de tutelar também a complexidade dos processos do mundo animal. Isso coloca a dogmática penal diante do mesmo desafio enfrentado pela ciência na tentativa de explicar os processos da natureza. Definir o conteúdo do meio ambiente como objeto de tutela penal exige, antes de tudo, uma compreensão dos processos do reino animal e vegetal, uma tarefa ainda distante de ser concluída, e que posiciona o indivíduo em relação ao meio ambiente.

A transformação da sociedade levou à criação de crimes que protegem bens jurídicos coletivos, incluindo a tutela penal do meio ambiente. Esse desafio compromete a integridade dos preceitos dogmáticos, não apenas em relação ao bem jurídico, mas também na forma de atribuição de responsabilidade. Isso expõe a necessidade de resolver questões dogmáticas relacionadas ao dolo, ao concurso de pessoas e ao erro sobre elementos normativos e normas penais em branco. Esses conceitos, devido à necessidade de fornecer soluções gerais para todos os tipos de delito, são alvo de constantes pesquisas. Isso é um bom sinal, pois demonstra que o direito penal está cumprindo sua função de acompanhar o avanço da civilização, como tem feito ao longo da história, buscando formas de tutelar a vida em sociedade.

A política-criminal também enfrenta limites na tentativa de estabelecer bases racionais para orientar o movimento de mudança do direito penal, impulsionado pela rapidez com que a sociedade avança e muda.

A busca por teorias que proporcionem racionalidade aos tipos penais e, conseqüentemente, à prestação jurisdicional visa criar um instrumento de segurança para a sociedade. O arcabouço teórico de Franz von Liszt e Binding, assim como as contribuições de Roxin e Hefendehl, entre outras, continuam a ser relevantes para o desenvolvimento da dogmática penal na sociedade contemporânea.

O direito penal é desafiado a oferecer uma resposta socialmente adequada diante do risco à humanidade causado pelo agravamento da crise ambiental, resultante da forma de vida da sociedade contemporânea, que gera danos sérios ao ambiente essencial para a vida de todos. Nesse cenário, busca-se encontrar limites constitucionais à proliferação das leis penais ambientais.

Os animais, tutelados apenas com base em sua utilidade para os seres humanos, desafiam o direito penal na medida em que a agressão contra estes desperta um sentimento de solidariedade na sociedade, ao mesmo tempo em que não há um aprofundamento científico sobre a sua importância para a natureza enquanto um ecossistema com regras de funcionamento próprias.

No primeiro capítulo, será abordada a relação entre a Constituição, o direito penal e o meio ambiente, com o objetivo de estabelecer as bases constitucionais para o direito penal e compreender o papel do meio ambiente e a limitação do poder punitivo, considerando a teoria do bem jurídico e outras perspectivas pertinentes.

No segundo capítulo, será discutida a tutela dos bens jurídicos coletivos ou difusos, com uma revisão das teorias que buscam explicá-la de forma mais eficaz.

No terceiro capítulo, será verificado se os tipos penais previstos na Lei nº 9.605/98, em defesa da fauna, efetivamente tutelam a fauna.

2 CONSTITUIÇÃO, POLÍTICA CRIMINAL E MEIO AMBIENTE

2.1 Meio ambiente e Constituição

A relação entre a humanidade e o meio ambiente, que também pode ser expressa como uma relação com a natureza, surge com a existência humana, tendo como marca, neste início, o temor humano contra as ações da natureza que colocavam em perigo sua própria sobrevivência.¹

A evolução da sociedade, com construção e ocupação de cidades, além da expansão industrial, tem criado uma pressão sobre o meio ambiente, gerando um sério risco a todos no planeta. Isso inverteu a perspectiva inicial, em que o meio ambiente representava um risco aos seres humanos.² A água, por exemplo, deixou de ser vista como um elemento essencial da natureza para a vida humana, assim como para os demais seres animais e vegetais do planeta, passando a ser compreendida como um mero recurso para as atividades, muitas vezes poluidoras, do mundo contemporâneo.³

No século XVII, Hugo Grotius escreveu sobre o direito de todos sobre as águas, em razão da pretensão de dividir os mares e a parte do planeta até então conhecida, promovida entre Portugal e Espanha pelo tratado de Tordesilhas.⁴ Nesta perspectiva do direito natural, a água, tratada como um bem natural, seria de uso comum, acessível de igual forma e com universalidade a todos os indivíduos, sem que esses bens pudessem ser objeto da propriedade de uns em detrimento do uso de outros indivíduos.⁵

Tais características da água, como expressão do meio ambiente na época, ainda estão presentes nas cartas constitucionais modernas, mas a sua percepção pelo direito natural decorreu da necessidade de sobrevivência da humanidade em relação ao meio ambiente.⁶

Essa necessidade de sobrevivência humana é hoje sentida de forma global, diante do risco de um suicídio coletivo em razão do estado de emergência criado pelas diversas agressões ao meio ambiente praticadas por alguns dos países mais ricos e por grandes protagonistas da economia mundial. Suas ações vêm provocando alterações no planeta, que são sentidas por toda

¹ COSTA, Marina Lage Pessoa da; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. **O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção** proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 43.

² PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

³ ALMEIDA, Sizino Lucas Ferreira de. Natureza e coletividade: o direito natural de Grotius e as questões ambientais contemporâneas. **Journal os philosophy**, n. 34, p. 83-95, Sept./Dec. 2020, p. 96.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 94.

a humanidade, acarretando mudanças climáticas, elevação dos mares, destruição da biodiversidade, desflorestamento e desertificação de grandes áreas de terra, além do aumento da temperatura.⁷

A proteção ao meio ambiente deve ser vista como um esforço para melhorar o desenvolvimento econômico qualitativo, a fim de assegurar crescimento industrial e econômico e a manutenção das condições necessárias para a qualidade de vida.⁸ O desenvolvimento sustentável é o caminho para que os recursos naturais possam ser preservados para as futuras gerações, sem prejuízo do seu uso no presente.⁹

A necessidade de preservar um meio ambiente adequado é erigida como um dos grandes problemas do século XXI, tornando-se um grande foco de atenção em todo o planeta, com o intuito de construir um novo humanismo e gerar uma solidariedade entre todas as nações.¹⁰

Contudo, ainda falta uma resposta global à altura do risco presente, que não é necessariamente ao planeta, mas à humanidade como um todo. A ausência de respostas políticas e institucionais adequadas é sentida na abstenção de adoção de políticas nas agendas dos países, apesar de tais países possuírem Constituições comprometidas com a defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos.¹¹

Há o direito humano a um meio ambiente adequado, que não surgiu com a criação do Estado, nem com a ideia contratualista, mas decorre da existência humana. Sua manutenção para as futuras gerações representa uma busca por civilização e humanidade.¹²

O meio ambiente é um pressuposto do direito à vida¹³, inclusive das gerações futuras, pois também dependerão de um meio ambiente adequado para assegurar sua sobrevivência.¹⁴ Isso expressa o conteúdo do princípio da precaução¹⁵, ao demonstrar a relação com o futuro em relação à tutela jurídica sobre o meio ambiente, na medida em que se destina às gerações

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A constituição da terra, a humanidade em uma encruzilhada**. Tradução do Prof. Dr. Sergio Cademartoni. Florianópolis: Emais, 2023, p. 09-10.

⁸ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 73.

⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 11.

¹² ALMEIDA, Sizino Lucas Ferreira de. Natureza e coletividade: o direito natural de Grotius e as questões ambientais contemporâneas. **Journal os philosophy**, *op. cit.*, p. 100-105.

¹³ CHAGAS, Márcia Correia. **O direito ao meio ambiente como direito fundamental à vida**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1998.

¹⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210, p. 206.

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2024, art. 225, § 1º, V.

seguintes e mostra um “elo existencial e a interdependência entre as gerações presentes e futuras”¹⁶.

Essa característica de essencialidade do meio ambiente para a humanidade tem como referência o ser humano, sendo, portanto, um conceito ético **antropocêntrico**. A ética ecológica pode ser antropocêntrica ou ecocêntrica, e cabe ainda referir aos conceitos éticos: o patocentrismo (animais sencientes) e o biocentrismo (todos os seres vivos).¹⁷

Com isso, a tutela penal não decorre da necessidade de proteção da biodiversidade como um valor que por si só mereça a tutela penal, mas sua importância é percebida para o direito na medida em que é essencial para a continuidade da humanidade.¹⁸ A visão antropocêntrica do meio ambiente afirma uma relação do meio ambiente para o homem, ou seja, a relevância da tutela do meio ambiente está na sua característica essencial para a continuidade da vida humana no planeta e seu desenvolvimento.¹⁹

Nem caberia concordar com a afirmação de que a tutela ao meio ambiente levaria a um direito penal sem vítima, a fim de divorciar dessa conclusão de Hassemer, pois a inviabilidade de condições de vida humana no meio ambiente leva a uma vitimização de toda a humanidade, ou de grandes grupos de pessoas em determinadas regiões, que necessitam de condições de viver no planeta Terra.²⁰

É certa, para Roxin, a validade do bem jurídico penal coletivo ser o meio ambiente intacto para uma vida saudável, decorrente da ideia do contrato social, com fundamento na transferência para o Estado de parcela da liberdade para assegurar a plenitude dos direitos humanos.²¹

Contra a possibilidade de o meio ambiente ser objeto jurídico penal, pesa o argumento do excesso de abstração, pela ausência de contornos claros.²² No entanto, é possível identificar duas dimensões do meio ambiente: o macrobem e o microbem, sendo aquele difuso e coletivo,

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 53.

¹⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹⁸ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37-52, p. 46-47.

¹⁹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: direito penal do meio ambiente, *op. cit.*, p. 85.

²⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.

²¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 185.

²² OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 17-18.

e este identificado pelos rios, florestas e animais.²³ Contudo, enquanto ecossistema, há a integralidade dos bens ambientais para constituir um sistema, levando a que uma lesão ao microbem possa alcançar o macrobem.²⁴ Tais conceitos possuem imensa relevância para o direito penal.

No conceito ecocêntrico, apresenta-se um valor do meio ambiente por si mesmo, sem a necessidade de referência ao indivíduo, como uma busca pelo reconhecimento dos direitos da natureza.²⁵ Sendo o indivíduo integrante do ambiente, ele é também ambiente, sem que exista uma separação entre ele e a natureza, tal como na cultura indígena.²⁶

Contra a ideia ecocêntrica pesa a ausência de direitos subjetivos para o meio ambiente, por ser insuscetível de cumprir obrigações, além de o meio ambiente possuir coisas e semoventes, também incompatíveis com a ideia de assumir obrigações.²⁷ Outrossim, há a necessidade de delimitar a extensão do ecossistema envolvido e o resultado típico.²⁸

A proteção da natureza, isto é, das plantas e animais, numa perspectiva ecocêntrica é refutada por Roxin, quando afirma a necessidade de comprovação de utilidade – dessas plantas e animais específicos – para o ser humano. Ou seja, se a destruição de determinada espécie do mundo vegetal ou animal for irrelevante para a vida humana não deveria recair a punição do direito penal por ausência de lesão ao bem jurídico.²⁹ Nesse caso o meio ambiente é necessário para a condição de vida dos indivíduos, devendo a tutela penal recair sobre as condutas que causem dano real às condições de existência e desenvolvimento dos seres humanos, justificando a adoção de um conceito antropocêntrico.³⁰

Tal ideia é próxima de um antropocentrismo moderado, que diferencia os ecossistemas essenciais para o desenvolvimento humano, conferindo-lhes autonomia.³¹

Com isso, seria difícil para a teoria do bem jurídico sustentar a proteção penal de uma baleia, por exemplo, ou a fauna e flora de regiões isoladas e distantes, em razão da pouca influência para a qualidade de vida do indivíduo.³² Hirsch apresenta a possibilidade de um dever

²³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

²⁴ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión? **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 1, n. 2, p. 1-61, 2010, p. 16.

²⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito, *op. cit.*, p. 162-163.

²⁷ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ *Ibid.*, p. 18.

²⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 207.

³⁰ *Ibid.*, p. 186.

³¹ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 18-19.

³² HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”, *op. cit.*, p. 46-47.

moral com a vida das baleias, no exemplo acima, dentro do contexto da proteção da diversidade ecológica.³³

Roxin apresenta sucinta crítica ao pensamento de Stratenwerth e Schünemann, para concordar mais com Schünemann, pois este apresenta um modelo baseado na norma constitucional (Lei Fundamental na Alemanha)³⁴. Contudo, Roxin afirma a necessidade de expandir a proteção ao meio ambiente enquanto bem jurídico, pois o homem é o único ser capaz de manter a diversidade da natureza.³⁵

Em franca divergência, Stratenwerth considera que a destruição das bases de vida na Terra acarretada pela humanidade é completamente diferente de todas as ameaças e perigos já alcançados pelo direito penal, sendo o conceito ético antropocêntrico insuficiente para a proteção da terra, ar e água e, principalmente, dos processos como os da evolução das plantas e animais.³⁶

As peculiaridades do bem jurídico *meio ambiente* o levam a uma posição de destaque dentre os demais bens jurídicos difusos, como o exemplo de Feldens sobre o meio ambiente, pois, embora não constasse na Constituição italiana de 1948, já recebia a tutela penal sem que pairassem dúvidas sobre a adequação da tutela penal.³⁷ A questão posta é a importância do meio ambiente como pressuposto da vida no planeta, sua existência relevante, independente da valoração jurídica, sendo ele não criado nem estabelecido pelo direito, mas reconhecido juridicamente por sua importância. Assim, a dignidade do meio ambiente está posta antes mesmo de uma valoração jurídico-penal.

O meio ambiente chega a ser classificado hoje como um bem fundamental, por ser essencial e vital para humanidade, que necessita de água potável, ar, clima adequados e suas manifestações exteriores, para com isso se elevar dentre os demais direitos fundamentais³⁸, sendo o único direito fundamental de natureza difusa e transindividual.³⁹

Constitucionalmente, os elementos que compõem o meio ambiente vêm sendo vistos como um direito fundamental do ser humano de terceira geração, como patrimônio da

³³ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 206.

³⁵ *Ibid.*, p. 207.

³⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**. 4. ed., tradução de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2005, p. 67.

³⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 53. O autor apresenta tal exemplo como sendo válido para mostrar a possibilidade de a Constituição recepcionar bens jurídicos a fim de legitimar a tutela penal, contudo o meio ambiente enquanto pressuposto da vida humana prescinde de legitimidade constitucional na visão ora apresentada.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A constituição da terra, a humanidade em uma encruzilhada**, *op. cit.*, p. 22.

³⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito, *op. cit.*, p. 161.

humanidade e direito das gerações futuras, e chegam a justificar ideias como um conceito de patrimônio universal coletivo.⁴⁰ A percepção do direito fundamental a um meio ambiente saudável incrementa uma produção normativa básica do Estado e da sociedade em busca de sua proteção, com tendência a ultrapassar os limites territoriais dos países para tentar conter o aquecimento global e as mudanças climáticas.⁴¹

A percepção do meio ambiente como direito fundamental é recente, pois antes era visto sob a lógica patrimonial do direito civil, sendo uma propriedade privada ou *res nullius*. Atualmente, está elencado como bens da União. Nesta evolução, marcada pela separação entre interesse público ou privado, os interesses metaindividuais passaram a ser a categoria mais adequada para o meio ambiente.⁴² Porém, o Código Civil de 2002⁴³ ainda classifica rios e lagos como bens públicos, no artigo 99, inciso I, havendo intensa divergência doutrinária sobre essa classificação⁴⁴, mas que pode ser resolvida pelos conceitos de macrobem e microbem ambiental.

O meio ambiente é um direito fundamental materialmente, por força da norma do artigo 5º, § 2º, da Constituição, e, por conseguinte, uma cláusula pétrea por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Simultaneamente, é um direito social, por constar no capítulo VI do título VIII, Da ordem Social, na sistemática constitucional⁴⁵

Sendo um direito difuso, a rigor, não haveria um direito subjetivo em razão da indeterminação de sujeitos e da indivisibilidade do objeto.⁴⁶ No entanto, Fensterseifer diverge afirmando que, por ser um direito social, há poder para o cidadão, que se diferenciaria de um súdito ou mero objeto de poder, de pleitear judicialmente tanto contra o Estado, por omissão, quanto contra outros particulares, por violações. Ele continua, citando Canotilho, sobre a importância desse direito subjetivo para destacar o meio ambiente dos outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente.⁴⁷ Prossegue, amparado no *caput* do artigo 225 da

⁴⁰ ALMEIDA, Sizino Lucas Ferreira de. Natureza e coletividade: o direito natural de Grotius e as questões ambientais contemporâneas. **Journal os philosophy**, *op. cit.*, p. 96-98.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**, *op. cit.*, p. 36-42.

⁴² COSTA, Marina Lage Pessoa da; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. **O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção** proposto por Winfried Hassemer, *op. cit.*, p. 51-52.

⁴³ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

⁴⁴ COSTA, Marina Lage Pessoa da; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito, *op. cit.*, p. 168-169.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁷ *Ibid.*

Constituição, para afirmar a inclusão dos indivíduos dentre os titulares de direitos subjetivos ao utilizar a expressão *toda a coletividade*, concluindo pela possibilidade de manejo da ação popular.⁴⁸

A possibilidade de o cidadão ajuizar ação popular é um exemplo desta densidade subjetiva do direito constitucional ao meio ambiente adequado, oportunidade na qual o indivíduo poderá pleitear a tutela de interesses difusos de forma individual ou coletiva.⁴⁹

O meio ambiente, para o direito penal, é visto como um direito supraindividual, que, juntamente com a tutela administrativa, deve ser protegido pela legislação penal, dada a sua relevância para as políticas públicas e sociais. Assim, ele se alinha a outras estruturas normativas, como a ordem econômica, tributária e o sistema financeiro, que também são essenciais para o funcionamento da sociedade.⁵⁰ Com o tempo, a tutela penal dos bens difusos, em especial as estruturas normativas, tem se intensificado, atendendo às necessidades da sociedade moderna.⁵¹

No entanto, o meio ambiente não é uma estrutura normativa, nem uma criação da modernidade, mas surge como objeto de proteção penal à medida que o avanço técnico e industrial provocou danos irreparáveis às condições básicas para a vida.⁵² Nos últimos cem anos, a destruição do meio ambiente, tanto por ações deliberadas quanto por acidentes, tem gerado grandes perdas para o ecossistema.

2.2 Constituição, direito penal e política criminal

A Constituição é permeada de princípios jurídico-criminais que delineiam as bases do direito penal, sendo um critério determinante para o legislador ao elaborar os tipos penais, com conteúdos de proteção e valores que o direito penal deve respeitar. Esse critério configura uma teoria da criminalização, permitindo que a legislação penal seja uma expressão dos valores constitucionais.⁵³

Contudo, essa abordagem constitucionalista da política criminal suscita críticas, pois o texto constitucional não apresenta um conteúdo concreto de política criminal. Ele é constituído

⁴⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito, *op. cit.*, p. 177-180.

⁴⁹ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 54-55

⁵⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 56.

⁵² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 192.

⁵³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. Teoria e prática. 2. ed., tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

por direitos fundamentais e valores extraídos desses direitos, sem acompanhar, de forma dinâmica, a evolução da sociedade moderna.⁵⁴ No entanto, a Constituição possui um conteúdo material que vincula a atividade legislativa aos bens tutelados por suas normas e valores reconhecidos, além de apresentar critérios para a dogmática penal, como culpabilidade, intervenção mínima, legalidade e individualização da pena. Esses princípios permitem a criação de um direito penal compatível com o modelo de Estado proposto constitucionalmente.⁵⁵ Arroyo Zapatero acrescenta, a esses princípios, o da proporcionalidade, com seus subprincípios: idoneidade, necessidade (*ultima ratio*) e fragmentariedade.⁵⁶

O processo legislativo brasileiro tem sido compreendido pela dogmática constitucional como um procedimento meramente formal, um conjunto coordenado de atos sem considerar adequadamente o conteúdo material da Constituição, o que gera problemas interpretativos na produção legislativa.⁵⁷

A evolução das noções de Estado constitucional de direito e Estado social aumentou a influência constitucional sobre o direito penal.⁵⁸ A transição para um Estado Constitucional de Direito, com garantias materiais e de conteúdo decorrentes de suas normas, reflete na atividade legislativa e nas ações dos demais poderes do Estado.⁵⁹

No Estado de direito, o *jus puniendi* é distribuído entre os órgãos e poderes de acordo com os freios e contrapesos típicos do direito constitucional, por meio do princípio da legalidade, com o objetivo de evitar que o direito penal seja instrumento de luta política.⁶⁰ No entanto, essa distribuição de o gera uma tensão entre o poder legislativo e os demais poderes, uma vez que concentração de poder no legislador, decorrente da produção legislativa, restringe as possibilidades dos outros poderes e legitima a maioria do Congresso a criar leis que atendem, muitas vezes, aos interesses exclusivos dessa maioria.⁶¹

Este cenário constitucional desafia o famoso pensamento de von Liszt: “o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal”, que refletia a ideia de que o legislador já havia

⁵⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. Teoria e prática, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 01.

⁵⁶ ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, n. 1, p. 1-16, 1998, p. 01.

⁵⁷ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 64-65.

⁵⁸ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁹ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994). Tradução de Virginia Sánchez López. **Revista Penal**. Barcelona: Práxis, n. 2, p. 49-60, 1998, p. 49.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 01.

⁶¹ *Ibid.*

feito as escolhas necessárias e suficientes ao criar as normas penais.⁶² Nessa perspectiva, o princípio da legalidade construiria essa fronteira, caracterizando a política criminal como ciência auxiliar ao direito penal.⁶³

No contexto do Estado de Direito, o conceito de *soberania do povo* revelou-se insuficiente para garantir um princípio democrático, como evidenciado pelas democracias populares da Europa e pelo populismo sul-americano, principalmente devido à manipulação sobre o povo.⁶⁴

Enquanto no Estado Constitucional de Direito há uma força vinculante decorrente da positivação de direitos fundamentais pela Constituição, com uma dimensão valorativa que exige garantias jurisdicionais e adequação do direito penal no seu conteúdo⁶⁵, a limitação ao direito penal pelos direitos fundamentais pode ser vista como a origem do conceito. Isso porque, com o desenvolvimento de garantias processuais, buscou-se racionalizar penas cruéis e arbitrariedades no processo investigativo e punitivo, incluindo torturas.⁶⁶

Essa dimensão axiológica atrai, inclusive, fundamentos morais para a dogmática penal, permitindo que o direito penal positivado não seja apenas uma expressão de intenções do legislador, mas uma manifestação dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.⁶⁷

Assim, a conformidade à Constituição deixa de ser uma limitação imposta pelo princípio da legalidade, passando a ter um conteúdo material, por meio da aplicação dos valores enunciados.⁶⁸ A Constituição estabelece limites à atividade legislativa, definindo espaços possíveis para a elaboração de tipos penais, os quais funcionam como espaços para a ação política, permitindo a atuação dos valores constitucionais e proporcionando um critério substancial.⁶⁹

O direito penal deve ser influenciado pelos limites estabelecidos constitucionalmente, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, mas também em conformidade com

⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. *In*: ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 44, fasc. 3, p. 693-714, 1991, p. 696.

⁶³ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁴ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 55.

⁶⁵ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 136-137.

⁶⁷ FACCINI NETO, Orlando, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25-26.

⁶⁹ FACCINI NETO, Orlando, *op. cit.*, p. 63.

postulados de política criminal, que criam um novo marco normativo fundamentado em uma renovada principiologia constitucional. Essa principiologia funciona como uma moldura para a liberdade legislativa ao criar tipos penais.⁷⁰

À medida que os valores constitucionais começam a se identificar com o conteúdo do direito penal, especialmente no que diz respeito à tutela de bens jurídicos constitucionais, chega-se a um alto grau de congruência entre a política criminal e a Constituição. A Constituição impõe limites a uma política criminal, indo além dos direitos fundamentais do direito penal e dos direitos e garantias individuais.⁷¹

É sabido que os sistemas penais de origem germânica possuem maior afastamento da política criminal do que os de cultura anglo-saxã, devido a uma relação mais próxima com a teoria e o sistema, enquanto os anglo-saxões são mais pragmáticos e influenciados pela política criminal. Países situados em uma posição intermediária tendem a ser mais receptivos a essas ideias.⁷²

Destaco, ainda, a Declaração Francesa de Direitos Humanos, de 1789, que, em seu artigo 8, afirmava: “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”. A primeira parte do artigo estabelece uma norma dirigida ao legislador, vinculada aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade no direito penal.⁷³

Os direitos fundamentais, enquanto garantidores dos direitos humanos, têm um caráter político, não apenas dirigido ao legislador, mas também a todos os poderes do Estado. Contudo, essa nova tradição constitucional enfrenta desafios, devido à tensão entre os valores constitucionais e as necessidades cotidianas.⁷⁴ Palazzo usa a Itália como exemplo, ao ilustrar como as necessidades de defesa do meio ambiente e combate à corrupção, exigem respostas rápidas do Estado. Nesses casos, o judiciário costuma ser mais ágil que o legislativo, embora, em alguns momentos, isso implique extrapolar os limites da legalidade ou afastar a proibição

⁷⁰ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 37-38. PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 50.

⁷¹ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 59.

⁷² SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal, *op. cit.*, p. 693.

⁷³ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal. Tradução de Luis Arroyo Zapatero. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 11, n. 33, p. 145-170, sept./dic. 1991, p. 145.

⁷⁴ *Ibid.*; FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 32.

da analogia, enquanto o legislador enfrenta dificuldades para avançar nas reformas legislativas necessárias para temas urgentes.⁷⁵

Tiedemann, por sua vez, inclui os princípios do Estado de Direito para afastar a ideia de que os valores jurídico-constitucionais e a ordem jurídico-penal são autônomos, sem relação entre si. Nesse sentido, o legislador teria ampla margem para criar novos tipos penais.⁷⁶

A Constituição brasileira adotou um sistema misto, composto por cláusulas gerais, presentes no preâmbulo e em princípios fundamentais, como igualdade, dignidade humana e liberdade, além de uma casuística no texto constitucional, como liberdade de imprensa e liberdade de expressão.⁷⁷

Esses espaços de possibilidade legislativa refletem as características do Estado, que fundamental e estruturam o *jus puniendi*, com a marca ideológico-cultural resultante do consenso acerca dos valores constitucionalmente reconhecidos.⁷⁸ No entanto, a ampliação dos valores constitucionais e dos objetivos do Estado criam uma tensão, pois amplia a intervenção penal em relação à *ultima ratio* do direito penal.⁷⁹ A Constituição se torna fonte e limitação do *jus puniendi*, estabelecendo normas sobre competência legislativa e jurisdicional, e limitando a atuação dos poderes e órgãos envolvidos na persecução penal. Além disso, a Constituição contém mandados de criminalização, com quase cem referências ao direito penal.⁸⁰

Os direitos fundamentais, inicialmente entendidos como uma defesa negativa⁸¹ contra o exercício do poder do Estado, passaram a ser compreendidos sob uma perspectiva axiológica transformando-se em direitos positivos. Esses direitos não apenas asseguram a defesa negativa, mas também exigem do Estado a prestação de direitos positivos. Esse entendimento possibilita, além do controle negativo de constitucionalidade das leis, um controle positivo, que obriga o legislador a positivação de normas penais para tutelar valores e interesses constitucionalmente assegurados.⁸² Assim, não há apenas restrições ao legislador, mas também vínculos e comandos.⁸³

⁷⁵ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 53.

⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal, *op. cit.*, p. 147-148.

⁷⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 25-26.

⁷⁹ PALAZZO, Francesco, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 21-22.

⁸¹ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 67.

⁸² TIEDEMANN, Klaus. La constitucionalización de la materia penal en Alemania. **Anuario de Derecho Penal**, n. 1994, p. 1-9, 2005, p. 70-71.

⁸³ FACCINI NETO, Orlando, *op. cit.*, p. 61.

As Constituições, ao refletirem normas fundamentais que se assemelham aos preceitos do direito natural, promovem a positivação do direito natural, ou “a positivação do metajurídico”⁸⁴, com o objetivo de limitar a atividade do legislador e dos outros poderes do Estado. Essa característica marca a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito.⁸⁵ A limitação decorrente do direito natural opera não apenas como vínculo externo – político –, mas também como um vínculo interno – jurídico –, refletido nos princípios garantidos pelas normas, cujos conteúdos axiológicos derivam do direito natural.⁸⁶

Em outras palavras, há um duplo controle constitucional: de vigência e de validade. O primeiro, formal, está atrelado ao significado jurídico e procedimental, enquanto o segundo, material, diz respeito ao controle sobre o conteúdo da norma.⁸⁷

Essa valoração interna confere força vinculante aos princípios ético-políticos, representando um ideal de justiça capaz de legitimar os tipos penais criados pelo legislador, possibilitando a valoração da norma no contexto do ordenamento jurídico.

Contudo, essa incorporação não resulta em um direito penal “objetivamente justo ou integralmente justificado”⁸⁸, devido à necessária separação entre direito e moral, aos reflexos da autonomia da consciência individual e à natureza relativa dos princípios éticos. A essas características, soma-se a relatividade histórica e política, que impacta as escolhas legislativas sobre o que deve ser punido.⁸⁹

O valor axiológico atribuído às constituições modernas enfrenta dificuldades, e até impossibilidades, ao tentar refletir seus valores na criação dos tipos penais, uma vez que dependem da valoração feita pelo legislador, cujo julgamento encontra limites na subjetividade.⁹⁰

As opções da maioria sobre o que punir deveriam, em princípio, estar alinhadas a valores e interesses dominantes. Contudo, a maioria dominante tende a impor, mesmo que sutilmente, seus próprios valores aos demais indivíduos.⁹¹ Isso leva a uma mobilidade sobre o que punir, como conclui Ferrajoli: “não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros

⁸⁴ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 50.

⁸⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 26-27; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 369.

⁸⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.*, p. 27-29.

⁸⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 33-34.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 369.

⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 370.

⁹¹ *Ibid.*, p. 369.

tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida”⁹². E, citando Beccaria, sobre esse relativismo ético: “as paixões de um século são a base da moral dos séculos que lhe seguem, que as paixões fortes, [...], debilitadas e corroídas pelo tempo, [...], vêm, pouco a pouco, a representar a prudência do século, constituindo-se em instrumento útil nas mãos dos forte e do prudente”⁹³.

Esse relativismo ético, problematizado por Ferrajoli, e os riscos de uma “ditadura da maioria parlamentar”⁹⁴ tendem a ser mitigados com o estabelecimento de valores constitucionais materiais como limites à função legislativa, com o objetivo de assegurar a dignidade da pessoa humana.⁹⁵

Os valores constitucionais fundamentam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, servindo como um critério orientador apto a medir o atendimento substancial de seu conteúdo nas normas legisladas. Esse critério deve ser exercido com observância dos direitos e garantias constitucionais.⁹⁶ Durante o processo legislativo, começa a tarefa de concretizar os valores estabelecidos constitucionalmente, o que implica a negação de uma livre discricionariedade da função de legislar. Por outro lado, se realizada em de acordo com os princípios materiais da constituição, a atividade legislativa contribuirá para a efetivação dos direitos fundamentais.⁹⁷

A atividade legislativa pode ser limitada pela necessidade de tutela de bens jurídicos e pelo princípio da proporcionalidade, que se divide em idoneidade, *ultima ratio* (necessidade) e fragmentariedade (proporcionalidade em sentido estrito)⁹⁸

O princípio da idoneidade refere-se à capacidade do tipo penal proteger efetivamente o bem jurídico, garantindo eficácia e respeito à dignidade da pessoa humana, sem restringir a liberdade individual mais do que o necessário para a proteção do bem jurídico.⁹⁹

O princípio da *ultima ratio* ou subsidiariedade, ou princípio da necessidade, busca afastar o direito penal da missão de proteção total do bem jurídico, evitando que se transforme em um direito penal preventivo. Ele impõe ao legislador a obrigação de utilizar normas jurídicas diversas do direito penal para tutelar o bem jurídico¹⁰⁰, limitando o direito penal a punir apenas as condutas mais lesivas.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, *op. cit.*, p. 370.

⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*; FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁵ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁷ FACCINI NETO, Orlando, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁸ ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constitución, *op. cit.*, p. 04.

⁹⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

Os princípios da utilidade e necessidade penal buscam direcionar os tipos penais a punirem apenas as condutas lesivas a direitos fundamentais de terceiros, uma vez que somente essas condutas legitimam a sanção penal. Assim, estão excluídas as proibições de natureza moral ou contra estados de ânimo pervertidos, hostis ou perigosos. Em consequência lógica, surge a necessidade de tolerância jurídica em relação às condutas que não causem lesão a bens fundamentais não garantidos de outra forma.¹⁰¹ Esses princípios não definem a natureza nem a quantidade do dano, e, ao final, as noções de dano, lesão e bem jurídico também são valorativas, justificando tanto um direito penal máximo quanto um mínimo.¹⁰²

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou fragmentariedade do direito penal, busca alcançar um critério de justiça ao limitar o legislador na escolha das condutas realmente lesivas ao bem jurídico, merecendo, assim, tutela penal.¹⁰³ Nos crimes de perigo envolvendo bens jurídicos difusos, a percepção do perigo não apresenta um nexo causal claro, dificultando sua transformação em infração de normas, com a possibilidade de verificação do potencial lesivo da conduta.¹⁰⁴

Por fim, a criação de critérios negativos substanciais, como lesividade, ofensividade e materialidade, são garantias que buscam incorporar princípios ético-políticos e critérios substanciais de justiça, atuando como princípios e critérios normativos do direito positivo para legitimar o direito penal.¹⁰⁵

A recepção constitucional do princípio da lesividade ou ofensividade é defendida por Feldens como um limite ao *jus puniendi*, decorrente do estado Social e Democrático de Direito e da teoria do bem jurídico.¹⁰⁶ O princípio da ofensividade decorre dos valores constitucionais, pois apenas o ataque, por meio de dano ou perigo, a um bem jurídico constitucional autoriza a intervenção do direito penal, evitando a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

A lesividade, ao se valer do dano penal, objeto do delito e bem jurídico, utiliza conceitos de lesão de interesses, interesse lesionado e interesse protegido.¹⁰⁸ A ofensa a interesses

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, *op. cit.*, p. 372-373.

¹⁰² *Ibid.*, p. 373-374.

¹⁰³ ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constitución, *op. cit.*, p. 07.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 08.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 371.

¹⁰⁶ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 45-46.

¹⁰⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 87-88.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 374.

objetivos, caracterizada pela lesão ou perigo a bens jurídicos, é uma concepção de delito que atende, a princípio, ao princípio da lesividade.¹⁰⁹

A vinculação do legislador à adoção da ofensividade, como critério limitador para elaboração de tipos penais, é necessária, mas insuficiente para garantir um direito penal liberal, pois não impede que o direito penal tenha um caráter liberal ou antiliberal, como ocorreu nos regimes totalitários da Itália e Alemanha.¹¹⁰

A busca por uma relação da pessoa com o bem jurídico tutelado, por meio da individualização e seleção de interesses personalíssimos, é uma forma de identificar uma relação interpessoal de relevância social entre a conduta e o bem jurídico para que seja possível identificar um indivíduo com relação ao bem jurídico tutelado, e assim atender à ofensividade e à individualização do direito penal.¹¹¹

Tal caminho, a princípio, não é uma forma de deixar o direito penal alheio à postura defendida pela Escola de Frankfurt, que critica a defesa penal dos bens jurídicos difusos, com viés minimalista, em defesa de um direito penal destinado à tutela de interesses individuais diretamente ligados ao indivíduo, como a vida, patrimônio, liberdade, integridade física¹¹², já que o meio ambiente possui relação direta com todos os indivíduos.

As expressões de liberdade do indivíduo, asseguradas constitucionalmente para o desenvolvimento da personalidade humana, não estão entre as possibilidades de limitação por meio do direito penal. Pelo contrário, devem ser asseguradas pelo ordenamento jurídico.¹¹³

2.3 Meio ambiente e mandados de criminalização constitucionais

A Constituição da República prevê cláusulas de incriminação para a tutela de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, § 4º); criminaliza a prática de racismo como um crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII); trata como inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a tortura, tráfico de drogas, terrorismo e os crimes hediondos (art. 5º, XLIII); torna inafiançáveis e imprescritíveis as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado

¹⁰⁹ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹¹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 88.

¹¹² SCHLEYER, Claudio Feller. El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, v, 26, n. 1, p. 41-52, 2005, p. 48-50.

¹¹³ FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 48.

Democrático (art. 5º, XLIV), além do mandato de criminalização para a tutela do meio ambiente.¹¹⁴

Assim, a Constituição da República prevê, no artigo 225, o dever do Estado de proteger o meio ambiente equilibrado devido à sua importância para a qualidade de vida da população.¹¹⁵ A mesma norma constitucional prevê “sanções penais e administrativas”; portanto, a proteção do meio ambiente não está restrita ao direito penal.

Os critérios para essa valoração decorrem da experiência histórica e dos objetivos que nortearam o poder constituinte.¹¹⁶ Contudo, a necessidade de tutela do meio ambiente antecede à Constituição, por ser essencial à vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza, como reconhecido na Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992. Já desde 1933, a proteção ao meio ambiente era discutida em documentos normativos internacionais, como a Convenção Relativa à Preservação da Fauna e da Flora em Seu Estado Natural.¹¹⁷

Em 1988, as agressões ao meio ambiente ainda não representavam o risco à coletividade que existe atualmente¹¹⁸, o que demonstra a vanguarda da Constituição brasileira. O texto constitucional brasileiro foi inspirado na Constituição espanhola, artigo 45, § 3º¹¹⁹, cuja norma comparada a outras constituições incluía o comando criminalizador expresso para a tutela do meio ambiente.¹²⁰

Para assegurar essa proteção, a Constituição criou no artigo 225, § 3º, o mandamento de criminalização ao prever a responsabilização penal da pessoa jurídica por ações lesivas ao meio ambiente.¹²¹ Com isso, a Constituição colocou o meio ambiente como objeto da tutela penal, cabendo ao legislador ordinário estabelecer as condutas que possam criar perigo ou lesão ao bem jurídico.¹²²

O meio ambiente, como objeto de tutela jurídica, apresenta inicialmente o desafio de ser abordado por diversos ramos do direito. Além dessa complexidade jurídica, há a dificuldade

¹¹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 111-112.

¹¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *op. cit.*, art. 225, *caput*.

¹¹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁹ “[...] para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado” (ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Boletín Oficial del Estado**, n. 311, 29 dic. 1978. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Acesso em: 24 set. 2024).

¹²⁰ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: direito penal do meio ambiente, *op. cit.*, p. 86.

¹²¹ *Ibid.*, p. 84.

¹²² *Ibid.*, p. 85.

intrínseca em defini-lo, uma vez que não é possível fragmentá-lo em partes. Isso exige uma compreensão do meio ambiente como um bem unitário e indivisível.¹²³

A necessidade de tutelar o meio ambiente pode ser derivada do reconhecimento constitucional que o considera um direito supraindividual dos indivíduos. Assim, se a Constituição prevê essa proteção, o direito deve agir para efetivar a garantia desse direito constitucional.¹²⁴ Esse dever, no entanto, deve ser exercido dentro dos limites constitucionalmente permitidos, respeitando os demais direitos fundamentais dos indivíduos, para que a legislação penal seja uma verdadeira expressão dos valores constitucionais.¹²⁵

O mandado de criminalização permite concluir que o Estado possui o direito de punir, ainda que a Constituição da República não tenha estabelecido limites específicos para a criação dos crimes¹²⁶. No entanto, é necessário buscar harmonia entre o mandado constitucional e os princípios penais da intervenção mínima, da fragmentariedade e da necessidade¹²⁷, bem como aplicar o critério de merecimento e de real necessidade da sanção penal.¹²⁸

Tiedemann cita um julgamento do Tribunal Constitucional alemão sobre uma sentença que descriminalizava o aborto, ocasião em que o tribunal enfatizou a necessidade de que o tipo penal, resultante do mandado de criminalização, esteja em conformidade com os direitos fundamentais. No caso, destacou-se a proporcionalidade e a necessidade de que a proteção penal seja a *ultima ratio*, especialmente em relação a outros ramos do direito, como o direito administrativo, que possam realizar a tutela de forma eficaz.¹²⁹

Em um estado constitucional de direito, é permitido o controle constitucional por omissão, o que constitui uma ordem ao congresso para iniciar a atividade legislativa, visando cumprir o mandado constitucional.¹³⁰

Por outro lado, o neopositivismo amplia as possibilidades de atuação do Poder Executivo, que passa a ocupar o centro de gravidade da produção normativa. Isso inclui, como no caso do mandado de criminalização ambiental, a utilização de normas administrativas que

¹²³ ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A proteção penal do meio ambiente como direito fundamental e os mandados de criminalização. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). **Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 1. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 172-192, p. 178.

¹²⁴ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I, tradução da 2. ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

¹²⁷ Em sentido contrário, compreendendo a existência de harmonia, PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 100.

¹²⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁹ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁰ FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 33.

fundamentam não apenas os ilícitos administrativos, mas, também, no campo penal, complementam as normas penais em branco.¹³¹ Naturalmente, o direito penal não pode prescindir do princípio da legalidade para a criação de tipos penais, exigindo a chamada *interpositio legislatoris*.¹³²

A cláusula, ou mandado, de criminalização impõe uma obrigação ativa ao legislador, que deve criar tipos penais em conformidade com os princípios constitucionais penais, tais como: legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade e individualização da pena.¹³³

O mandado de criminalização possibilita um controle positivo da atividade legislativa pelo tribunal constitucional, visto que representa uma “obrigação” de suprir uma lacuna de tutela penal, visando proteger um direito fundamental indicado pelo mandado.¹³⁴ Além disso, o mandado de criminalização impõe ao legislador uma obrigação negativa no que se refere à legislação eventualmente já existente, ao estabelecer a proibição de retroceder na proteção penal efetiva sobre o bem tutelado.¹³⁵

Assim, ao lado do poder de valorar os elementos que compõem o tipo penal durante o processo legislativo, o legislador tem o dever constitucional de avaliar a proporcionalidade do uso do direito penal e de considerar a possibilidade de tutela por outros ramos do direito.¹³⁶

A criação legítima de crimes poderia se fundamentar em um conceito material de delito, algo que precede o próprio Código Penal.¹³⁷ No entanto, o mandado de criminalização reforça a atuação do direito penal na proteção ao meio ambiente, imunizando-o¹³⁸ contra tentativas de restringir essa função. Esse mandado já aponta uma estrutura inicial para o delito ambiental, evidenciando que tanto a responsabilização da pessoa jurídica quanto a conduta da pessoa física devem ser objeto da tutela penal.¹³⁹ Contudo, a tutela cabe prioritariamente ao direito

¹³¹ PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), *op. cit.*, p. 50.

¹³² FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 76-78.

¹³³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 57-58.

¹³⁴ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal, *op. cit.*, p. 165; FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 54-75.

¹³⁵ FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 75.

¹³⁶ TIEDEMANN, Klaus, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 51.

¹³⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 102-110. Em sentido contrário, do texto constitucional não há nenhuma vinculação ao legislador em criar leis penais para tutelar bens jurídicos.

¹³⁹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 87. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

administrativo, e o direito penal deve atuar de forma subsidiária¹⁴⁰, limitando-se aos casos de maior gravidade ou insuficiência das medidas administrativas.

Tiedemann defende que a teoria do delito desempenha um papel de política criminal ao considerar a lesão ao bem jurídico juntamente com a violação do pelo autor. Esse critério é essencial para distinguir quando a proteção de um bem deve ser feita pelo direito penal ou pelo direito administrativo, visando à tutela de bens constitucionalmente protegidos, sem comprometer o direito penal.¹⁴¹ Dessa forma, a teoria do delito torna-se um instrumento para avaliar a necessidade de intervenção penal, assegurando que sua aplicação seja limitada a casos indispensáveis, respeitando os limites constitucionais e os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

A criação de tipos penais em defesa do meio ambiente deveria focar nas condutas que representem um grau mais elevado de ofensa, estabelecendo assim uma diferenciação entre o direito administrativo e o direito penal nesse aspecto. Não se deve, portanto, interpretar o mandato de criminalização como um afastamento do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.¹⁴²

Para Tiedemann, o direito penal distingue-se do direito administrativo sancionador e de outros ramos do direito pela “ ideia de reprovação ético-social da culpabilidade”¹⁴³. Não cabe ao direito penal buscar o aperfeiçoamento moral dos indivíduos¹⁴⁴, portanto não é o instrumento mais adequado para promover uma “educação ambiental”. O direito penal não deve ser utilizado como instrumento de implementação de políticas públicas, nem como um meio auxiliar para essa finalidade.¹⁴⁵

Tiedemann afirma que a proteção constitucional do meio ambiente impede que a teoria dos bens jurídicos limite a elaboração dos tipos penais, pois o consenso social poderia ser alcançado apenas pela manifestação do legislador.¹⁴⁶

A tutela penal do meio ambiente relaciona-se ao direito administrativo, pois quem atua dentro dos limites de uma licença ambiental não será penalmente responsabilizado, estando dentro das margens do risco permitido.¹⁴⁷ Além disso, os crimes ambientais incluem elementos

¹⁴⁰ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 58, p. 152-194, 2006, p. 153.

¹⁴¹ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**, *op. cit.*, p. 114-115.

¹⁴³ TIEDEMANN, Klaus, *op. cit.*, p. 166.

¹⁴⁴ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 55.

¹⁴⁶ TIEDEMANN, Klaus, *op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁷ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 06-07.

normativos e normas penais em branco, sempre complementados por normas administrativas, o que indica que o direito penal ambiental não possui autonomia real, apenas textual, devendo o direito penal complementar a proteção ambiental.¹⁴⁸ Contudo, a gestão penal do meio ambiente parece ser uma tendência mundial.¹⁴⁹

A relação entre o direito penal e o direito administrativo pode ser estabelecida segundo os modelos absoluto ou relativo. Além disso, existe a acessoriedade administrativa conceitual, que se manifesta por meio de elementos normativos jurídicos presentes nos tipos penais, cuja definição está prevista na legislação ambiental.¹⁵⁰

Como mencionado, existe uma relação de acessoriedade administrativa material, complicando a distinção entre o ilícito administrativo do ilícito penal, que deveria incluir um elemento demonstrando a necessidade de intervenção penal, como no caso do uso de vegetação primária em desacordo com as normas de proteção.¹⁵¹

No Brasil há uma peculiaridade: a Constituição, no artigo 23, inciso VI, atribui competência executiva sobre a matéria ambiental à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Isso resulta em uma multiplicidade de fontes normativas, dificultando a compreensão do conteúdo do injusto. Ademais, surge a possível violação do princípio da isonomia, pois uma conduta pode ser considerada lícita em um município e ilícita em outro, levando a um tratamento penal desigual entre indivíduos dentro do mesmo país.¹⁵²

Caso haja coincidência entre os elementos, o direito penal corre o risco de assumir a função do administrativo sancionador, resultando em uma “administrativização do direito penal”. Isso pode levar à redução dos requisitos constitucionais para a aplicação de sanções penais, posicionando o direito penal de forma retraída.¹⁵³

A relação entre direito penal e o direito administrativo, com essas características, é denominada absoluta e não resulta, necessariamente, no esvaziamento do conteúdo do objeto de tutela do direito penal. Tal relação permite que elementos constitutivos do meio ambiente –

¹⁴⁸ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 04-06.

¹⁴⁹ HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Tradução de Paz M. de la Cuesta Aguado e E. Padrós. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 46, Fasc. 1, p. 289-316, 1993, p. 289.

¹⁵⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. Accesoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade. **Revista de Concorrência e Regulação**, ano II, n. 5, p. 238-272, jan./mar. 2011, p. 246.

¹⁵¹ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 07; LOBATO, José Danilo Tavares, *op. cit.*, p. 247. Luís Greco denomina “acessoriedade ao ato administrativo geral” em contraposição a “acessoriedade ao ato administrativo geral” (A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, *op. cit.*, p. 161).

¹⁵² LOBATO, José Danilo Tavares, *op. cit.*, p. 248.

¹⁵³ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 295.

como lagos, rios, ar, águas – sejam tutelados com foco na função estatal de regulação ambiental. Contudo, essa abordagem afasta o direito penal dos princípios da fragmentariedade e da *ultima ratio*, permitindo a aplicação de sanções penais para condutas sem ofensividade significativa.¹⁵⁴

No entanto, na sobreposição entre os dois ramos pode haver ofensividade na conduta penal, mas o delito acabará por decorrer não da norma penal, mas da norma administrativa, que é estruturada com grande flexibilidade para assegurar a atuação discricionária do administrador, o que gera uma tensão com o direito penal como um todo.¹⁵⁵

Por outro lado, a tutela do meio ambiente visa também assegurar o futuro das próximas gerações. Nesse sentido, a influência administrativa sobre o direito penal, por meio de normas penais em branco, permite que este se adapte com maior rapidez às necessidades ambientais de acordo com a política pública ambiental, dada a reversibilidade das autorizações e licenças ambientais. Essa reversibilidade pode ocorrer tanto pelo surgimento de novos riscos quanto pela diminuição de outros, o que faz com que o tempo estabeleça uma relação distinta com o crime ambiental.¹⁵⁶

Luís Greco, fundamentado na doutrina alemã, distingue a acessoriedade administrativa conforme o complemento derive de um ato geral da administração ou de um ato autorizativo individual com efeitos concretos, como licença, autorização e permissão.¹⁵⁷

Na acessoriedade por ato geral, não ocorre tensão em relação ao princípio da Legalidade quando o complemento estiver previsto em Lei Federal, pois representa a expressão do Poder Legislativo. No entanto, quando a Lei Federal remete à regulamentação por ato do Poder Executivo, surge uma tensão se o núcleo da proibição não estiver inserido no tipo penal. Nesse caso, o complemento deve limitar-se a concretizar o risco permitido já tipificado.¹⁵⁸

Greco critica a adoção da proporcionalidade como critério para manter o princípio da legalidade, questionando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que estabeleceu a necessidade de proporcionalidade entre os pressupostos da punição e a pena nas normas penais em branco. Para Greco, essa remissão, quando define o núcleo da conduta punível, desrespeita o princípio da legalidade, pois usurpa o papel do Poder Legislativo em criar tipos penais por

¹⁵⁴ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 08-09; *Id.* ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁵ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther, *op. cit., loc. cit.*; OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 09.

¹⁵⁶ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit., loc. Cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 299.

¹⁵⁷ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 164-165-171.

meio de lei formal. Ele considera que a expressão *pressupostos da punição* é vaga, defendendo que o complemento deve apenas dar concretude ao risco permitido, já previsto no tipo penal¹⁵⁹

Na acessoriedade administrativa relativa, o tipo penal exige mais do que a simples infração de um dever administrativo, incorporando um elemento qualitativo que caracteriza o ilícito penal. Esse elemento diferenciador introduz uma distinção em duas etapas normativas graduais, permitindo que certas condutas sejam ilícitas administrativamente, mas não configuradas como típicas penalmente.¹⁶⁰

Se o elemento diferenciador for quantitativo, haverá um elemento típico que faz referência à potencialidade lesiva da conduta, capaz de causar um dano significativo ao objeto material, ou nos casos em que houver perigo concreto ou dano.¹⁶¹ À desobediência da norma administrativa, é acrescido um elemento ligado à potencialidade lesiva da conduta ou ao evento de perigo ou dano decorrente dela.¹⁶²

A existência desse elemento diferenciador destaca como bem jurídico elementos integrantes do meio ambiente, como água, ar e solo, refletindo no aumento da consciência sobre a conduta punível, uma vez que o tipo penal não estará completo com a simples desobediência da norma administrativa.¹⁶³

Ainda sobre a acessoriedade administrativa, observa-se a criação de um novo modelo de seletividade no direito penal. A atuação administrativa, mais dinâmica do que o direito penal, pode fazer juízos de relevância ou gravidade e, se entender que a situação é de pouca relevância ou pode ser resolvida administrativamente, vincula a tipicidade penal e, conseqüentemente, a sua aplicação.¹⁶⁴

Esta tolerância das autoridades administrativas, inclusive em situações informais, como na fiscalização do cumprimento de licenças ambientais que excedam os limites da autorização, pode ser vista como uma ausência de compromisso do órgão ambiental com suas atividades ou uma negação da atribuição de efeitos jurídico-penais à tolerância administrativa, ou ainda, como

¹⁵⁹ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, *op. cit.*, p. 165-171.

¹⁶⁰ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 11-13.

¹⁶² *Ibid.*, p. 08; HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶³ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 295-296.

¹⁶⁴ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit., loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 296-297; LOBATO, José Danilo Tavares. Accesoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade, *op. cit.*, p. 249.

uma questão a ser resolvida pelo direito penal no âmbito da insignificância.¹⁶⁵ A tolerância deve ser analisada conforme o grau de discricionariedade do ato administrativo.¹⁶⁶

A omissão do órgão ambiental pode ser equiparada a uma permissão implícita com efeitos jurídico penais. No entanto, assim como a tolerância, essa omissão gera divergências no campo da dogmática penal.¹⁶⁷ A aceitação de o direito penal atuar como uma instância de invalidação de critérios funcionais essenciais do direito administrativo é ainda mais delicada.¹⁶⁸

Essa relação entre direito penal e direito administrativo chega ao extremo quando a atuação administrativa é atípica ou equivocada, como no caso de concessão indevida de licença ambiental. Considerando a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade do ato administrativo, o ato é válido até ser declarado ilegal. Nesse caso, haveria uma autorização para poluir obtida indevidamente.¹⁶⁹ Entretanto, a coerência no ordenamento jurídico impede que haja persecução penal contra o poluidor quando o direito administrativo ambiental permite a conduta, tendo esta um efeito legalizador.¹⁷⁰ Dessa forma, pode-se concluir que o ato administrativo, mesmo nulo ou anulável, mantém eficácia penal e afasta a tipicidade da conduta.¹⁷¹

O ato administrativo legalizador encontra limites quando a intervenção no meio ambiente, embora licenciada, cause danos ao indivíduo, como lesões corporais, uma vez que a autoridade administrativa não tem competência sobre bens jurídicos individuais. Esse entendimento expressa uma limitação do efeito legalizador do ato administrativo, demonstrando a hesitação das autoridades em conceder licenças ambientais e evidenciando que a conduta contrária ao dever não seria imprescindível para a imputação penal de risco grave.¹⁷²A

¹⁶⁵ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente, *op. cit.*, p. 311-312.

¹⁶⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. Accesoriedad administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade, *op. cit.*, p. 265.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 266. A omissão, ou o silêncio, da administração pública no Brasil é regulada por meio de norma jurídica encontrada no artigo 3º, inciso IX, da Lei 13.874/2019, publicada no intuito de permitir maior celeridade no desenvolvimento da atividade econômica por meio da aprovação tácita da realização da atividade econômica em caso de descumprimento do prazo para manifestação em ato administrativo destinado à liberação da atividade econômica (OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto. O instituto do silêncio administrativo positivo da lei da liberdade econômica e suas repercussões à tutela penal ambiental. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de direito penal ambiental**. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 112-149, p. 113).

¹⁶⁸ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 312.

¹⁶⁹ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, *loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 302-303; GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁰ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, *loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 304-305; GRECO, Luís, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷¹ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷² OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit.*, *loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 305-307.

confiança na eficiência da regra de cuidado depende da efetividade desta, quando analisada antes da realização da conduta.¹⁷³

Em alguns países, como Áustria, Iugoslávia e Espanha, essa deficiência de efetividade do direito penal é resolvida por meio de obrigações legais que permitem a persecução penal, mesmo que haja inércia administrativa.¹⁷⁴ Na Alemanha Ocidental, por exemplo, o uso de venenos foi criminalizado n Código Penal Alemão, § 330, independentemente da autorização administrativa, desde que resultem em lesões corporais graves. Isso gera uma tensão entre a licitude administrativa e a ilicitude penal.¹⁷⁵

A tensão entre o direito administrativo e o penal leva a uma maior aptidão do direito administrativo para a tutela ambiental, especialmente para atender ao princípio ambiental da precaução, por ser mais apto à tutela preventiva, além do dinamismo proporcionado pelo poder discricionário da administração.¹⁷⁶ Contudo, sem prejuízo da tutela penal para condutas mais graves, a ser definida pelo legislador a partir dos limites constitucionais de política criminal.

¹⁷³ OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión?, *op. cit.*, p. 08; HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente, *op. cit.*, p. 309-310.

¹⁷⁴ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit., loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷⁵ OSORIO, Juan Luis Fuentes, *op. cit., loc. cit.*; HEINE, Günther, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição. **Direito e justiça**, v. 12, n. 1, p. 103-144, 1998, p. 113-114.

3 DA TEORIA DO BEM JURÍDICO AOS DIREITOS SUBJETIVOS

3.1 Bem jurídico, direito penal e a teoria do bem jurídico

O conceito de *bem jurídico* é essencial tanto para a política criminal quanto para a dogmática, mas, devido à ausência de consenso em sua definição, será abordado neste trabalho por meio das diversas perspectivas dos autores.¹⁷⁷ A abordagem adotará a reunião das diferentes concepções sobre o bem jurídico na ótica da política criminal, sem ignorar as divergências entre os que defendem o direito penal como protetor de bens jurídicos e os que rejeitam essa finalidade, focando nas convergências entre os diversos pensamentos dos autores.¹⁷⁸

O conceito metodológico de bem jurídico encontra consenso entre os autores ao ser associado à sua função interpretativa, afastando-se, assim, de uma acepção justificadora e limitadora do direito penal, bem como de um conceito material de crime e de sua função político-criminal.¹⁷⁹

O conceito formal de crime, embora limitador ao poder punitivo, pode ser decepcionante, pois corresponde à conduta definida pelo tipo penal, ou seja, crime é aquilo que o direito vigente estabelece como tal.¹⁸⁰ Contudo, essa definição, que se resume ao tipo penal, cumpre funções de garantia ao cidadão e confere legitimidade formal ao Estado para punir por meio do princípio da legalidade, delimitando assim a proibição penal e a esfera de liberdade dos indivíduos.¹⁸¹

Centrado no princípio da legalidade, o conceito formal de crime pressupõe o império da lei¹⁸² e a necessidade de uma norma formal para definir o tipo penal e prever a sanção correspondente, além de limitar o poder punitivo estatal.¹⁸³ Esse conceito confere à proteção dos bens jurídicos um caráter fragmentário, pois apenas as condutas que possam causar dano, perigo ou risco ao bem jurídico são efetivamente puníveis.¹⁸⁴ Assim, a verificação do dano ou

¹⁷⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181.

¹⁷⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-22, p. 11.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁰ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: Parte general. 7. ed. Tradução de Jorge Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibson, atualização de Heinz Zipf. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 212.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 213.

¹⁸² PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 106-107.

¹⁸³ TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 180.

¹⁸⁴ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 107.

ofensa ao bem jurídico torna-se a base da ação típica, constituindo elemento essencial ao juízo de tipicidade.¹⁸⁵

A ideia de proteção a bens jurídicos cria um pressuposto para o tipo penal¹⁸⁶, estabelecendo um limite ao conceito formal de delito. Isso ocorre porque a função da lei penal é tutelar esses bens, protegendo-os contra danos ou perigos graves e relevantes decorrentes da prática da conduta prevista no tipo penal.¹⁸⁷

O bem jurídico desempenha três funções centrais na limitação do direito penal. Primeiramente, exerce uma *função político-criminal*, direcionada à criação, fundamentação e restrição dos tipos penais, funcionando como critério crítico para o sistema penal. Em segundo lugar, tem uma *função sistemática*, auxiliando na organização do Código Penal e das leis extravagantes ao classificar os crimes conforme o bem jurídico protegido.¹⁸⁸ Por fim, o bem jurídico possui uma *função dogmática, interpretativa ou teleológica*, permitindo que ele seja um critério essencial na interpretação das ações lesivas, orientando a aplicação dos institutos da dogmática penal.¹⁸⁹

A ideia dogmática do bem jurídico é essencial na imputação objetiva, na criação de risco não permitido a um bem protegido e na análise da atipicidade em situações de autocolocação em perigo e autolesão. Ademais, o bem jurídico é fundamental não apenas para a verificação de tipicidade, mas também na avaliação do consentimento real ou hipotético, nas causas de justificação e na tentativa inidônea.¹⁹⁰

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 180.

¹⁸⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁸ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49-64, p. 49; ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 196. Maurach separa apenas em duas funções, intrassistêmica e outra crítica ao sistema (MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal: Parte general**, *op. cit.*, p. 216). Sobre a importância da função interpretativa dos bens jurídicos (SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 191-220, p. 192). Para Amelung, a função interpretativa decorre da própria função dogmática (AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 221-259, p. 223).

¹⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*; SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 705: O autor acrescenta a *ultima ratio* para o melhor desempenho da função interpretativa e teleológica, assim como da prevenção geral e especial preventivas.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 196.

Zaffaroni adota uma visão diferenciada sobre a teoria do bem jurídico, ao considerar que esta não legitima o poder punitivo, uma vez que o direito penal não cria bens jurídicos, mas apenas impõe sanções para agressões tipificadas, devido à sua natureza fragmentária. Em sua perspectiva, não há função constitutiva, pois cabe a outros ramos do direito a definição dos bens jurídicos, enquanto o direito penal se restringe a sancionar específicas formas de agressão ou perigo.¹⁹¹ Dessa forma, uma proteção mais abrangente desses bens deve ser buscada em outras áreas jurídicas.

Zaffaroni designa o conceito limitativo do bem jurídico como um recurso interpretativo do tipo penal, direcionado à verificação da tipicidade material (conglobante), com foco especial na lesividade da conduta.¹⁹² Essa análise sublinha a função dogmática, interpretativa ou teleológica do bem jurídico.¹⁹³

Desde já, é importante distinguir um conceito de bem jurídico com função crítica em relação à legislação de um conceito metodológico. No âmbito metodológico, a tentativa de identificar um elemento comum a todos os tipos penais resultou numa definição vaga e indeterminada.¹⁹⁴ Certamente, cabe ao legislador penalizar condutas que possam ser lesivas ou constituam uma simples ofensa ao bem jurídico.¹⁹⁵ A teoria identifica postulados político-criminais fundamentados constitucionalmente, os quais servem como diretrizes normativas¹⁹⁶ que o legislador pode ou não adotar ao estabelecer sanções penais.¹⁹⁷

O bem jurídico é um objeto valorado positivamente pelo legislador, seja constitucional ou legalmente, e é dessa valoração que surge a proteção, sendo o tipo penal o instrumento que expressa essa noção ao apresentar o objeto material da conduta a ser resguardado.¹⁹⁸ O bem jurídico não deve ser confundido com o objeto material¹⁹⁹, que se refere à pessoa ou coisa sobre

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. v. II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 215-217.

¹⁹² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹³ Para Zaffaroni, o bem jurídico é caracterizado por uma relação de disponibilidade, entendida como a possibilidade de usar e desfrutar o objeto (*ibid.*, p. 220).

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 187.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 193.

¹⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23-68, p. 27.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 194.

¹⁹⁸ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 233.

¹⁹⁹ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal: Parte general**, *op. cit.*, p. 338.

a qual recai a conduta descrita no núcleo do tipo penal²⁰⁰, ou seja, o objeto que concretamente suporta a conduta humana típica.²⁰¹

Essa distinção entre bem jurídico e objeto material manifesta-se de três formas: o bem jurídico pode ser utilizado na formulação do tipo penal, gerando uma coincidência formal e de conteúdo, como nos crimes contra o patrimônio; o conteúdo do bem jurídico pode identificar-se com o objeto material, como no crime de homicídio, resultando em identidade de conteúdo, mas não formal; por fim, pode nem haver identidade formal entre ambos, quando o resultado típico não causa lesão direta ao bem jurídico protegido.²⁰² Embora haja coincidência entre objeto jurídico e objeto material em alguns tipos penais, esses conceitos não devem ser confundidos. Misturá-los pode levar a conclusões equivocadas, especialmente nos crimes que afetam a coletividade.²⁰³

Essa coincidência pode ocorrer na tutela da propriedade, em que pertencimento e deterioração se destacam na análise dogmática. No entanto, assim como o corpo humano não equivale à vida em um estudo sobre o crime de homicídio,²⁰⁴ é preciso reconhecer que a vida possui um objeto físico que a representa, ou seja, o corpo.²⁰⁵ A vida, enquanto bem jurídico protegido no crime de homicídio, não se restringe à vida de um “alguém” descrito no tipo penal²⁰⁶, mas abrange todas as vidas humanas²⁰⁷. O bem jurídico, portanto, não é algo palpável ou perceptível pelos sentidos.²⁰⁸ Sob uma perspectiva divergente, Jakobs argumenta que o bem jurídico consiste na garantia de que a pessoa possa usufruir da própria vida, sem sofrer ataques fatais, assegurada pela sanção penal imposta pelo Estado.²⁰⁹

Por outro lado, nos crimes contra a honra, esta é composta por um sistema de normas sociais.²¹⁰ A teoria de Welzel aborda essa distinção entre vida e honra, considerando o bem jurídico como um objeto real²¹¹ e empregando os conceitos de desvalor da ação e desvalor do

²⁰⁰ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 252.

²⁰¹ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: Parte general, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal, *op. cit.*, p. 174; ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 135.

²⁰³ MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁴ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 234.

²⁰⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁰⁶ Art. 121. “Matar alguém”.

²⁰⁷ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 246.

²⁰⁸ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-116, p. 104-105.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 70.

²¹⁰ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 234.

²¹¹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 135.

resultado. Sob essa ótica, o bem jurídico seria o bem protegido pela norma penal.²¹² No entanto, a honra, embora imaterial, possui um aspecto real suscetível de ser afetado, que se constitui na realidade social em que o indivíduo está inserido.²¹³

A proteção jurídica de um objeto corpóreo²¹⁴ não anula sua existência física; assim, o fato de o objeto jurídico ser normativo não faz com que o objeto físico deixe de existir.²¹⁵ A dificuldade está em definir até que ponto se pode separar o bem jurídico do próprio objeto físico para estabelecer um bem jurídico independente da norma penal.²¹⁶ Nesse sentido, Roxin/Greco rejeitam um alto grau de abstração para o bem jurídico, afastando-o de conceituações que incluam ideais ou valores meramente abstratos, sob o risco de comprometer a função político-criminal na teoria pessoal do bem jurídico.²¹⁷

A existência de um direito penal cuja função e legitimação sejam proteger bens jurídicos, atualmente não se identifica nos tipos penais voltados à tutela de bens jurídicos supraindividuais. Contudo, seria possível criar nexos de imputação indiretos que relacionem o tipo penal a bens jurídicos legítimos.²¹⁸ A simples vinculação entre tipo penal e bem jurídico não é suficiente para legitimar o injusto penal; é essencial analisar como o tipo penal sanciona a conduta lesiva ao bem jurídico²¹⁹, de modo a responder à crítica recorrente sobre a ausência de representação do bem jurídico coletivo no objeto material desses crimes.²²⁰

A crescente taxa de punição indica que o conceito material de crime pode não ser eficiente, especialmente ao se observar a quantidade de presos por crimes que não apresentam uma alta danosidade social nem lesão significativa ao bem jurídico protegido.²²¹ A análise do grau de afetação ao bem jurídico contribui para a dosimetria da pena, permitindo avaliar a intensidade do ataque gerado pela conduta típica. Em contraste, a mera valoração normativa da infração penal é insuficiente, pois a violação é registrada independentemente da intensidade do

²¹² AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 234-235.

²¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 135.

²¹⁴ Expressão utilizada por Knut Amelung em “O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção dos Bens Jurídicos” (*In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158, p. 134 *et seq.*).

²¹⁵ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 236.

²¹⁶ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 105.

²¹⁷ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 135-136.

²¹⁸ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. sobre los criterios de una imputación justa, *op. cit.*, p. 279.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 281.

²²⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal, *op. cit.*, p. 173-190.

²²¹ NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar? *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77-100, p. 77 *et seq.*

ataque. No crime de bagatela, por exemplo, a infração normativa é idêntica à de crimes mais graves.²²² Essa análise não se confunde com a graduação do injusto penal, que resolve conflitos normativos com base no bem jurídico, um elemento dogmático de alta abstração que confere flexibilidade na aplicação do direito.²²³

3.2 Da Teoria do bem jurídico ao meio ambiente como bem jurídico

A história dogmática contemporânea do bem jurídico emerge após a II Guerra Mundial, com o propósito de conter abusos relacionados a essa categoria, refletindo o sentimento do povo alemão.²²⁴ Embora predecessores como Feuerbach, que via concebia o delito como lesão a um direito subjetivo, e Birnbaum, que introduziu a ideia de lesão ao bem jurídico na discussão penal do século XIX²²⁵, tenham deixado legado importante, essa discussão já não é central para o objeto da pesquisa. O conceito moderno de bem jurídico baseia-se na ideia de contrato social, segundo a qual o Estado deve assegurar ao indivíduo a possibilidade desenvolvimento livre e autônomo.²²⁶

O pensamento majoritário defende que a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos²²⁷, oferecendo uma visão crítica ao sistema penal.²²⁸ A tutela dos bens jurídicos visa impor limites ao legislador penal, restringindo a criação de normas apenas aos bens protegidos constitucionalmente. Assim, a atuação legislativa estaria vinculada à Constituição e não a concepções político-criminais individuais, evitando que a formulação de normas penais se baseie em opiniões pessoais dos integrantes do poder legislativo.²²⁹

A exigência de que as condutas tipificadas possam causar dano ou perigo ao bem jurídico é central à visão crítico-sistêmica da teoria do bem jurídico, justificando a aplicação de sanção penal.²³⁰ Mesmo os autores que discordam da ideia predominante reconhecem que, no

²²² AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 223.

²²³ *Ibid.*, p. 223-224.

²²⁴ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral, *op. cit.*, p. 188-191.

²²⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 181-183.

²²⁶ *Ibid.*, p. 201.

²²⁷ *Id.* ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 433-448; ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 11; ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 180; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003, p. 07.

²²⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 181.

²²⁹ *Ibid.*, p. 184.

²³⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9-22, p. 16.

direito, não há posições absolutas; a fundamentação varia, permitindo que o bem jurídico seja valorizado em diferentes teorias, conforme as necessidades e contextos jurídicos.²³¹ No direito penal moderno, altamente normativo, a noção de bem jurídico é particularmente útil, pois permite uma conexão direta com a política criminal, permeando essa perspectiva.²³²

Contudo, a teoria liberal, que inicialmente buscou limitar o poder punitivo sob a influência do pós-II Guerra Mundial, acabou sendo levada ao extremo ao ser utilizada para fundamentar, de forma racional, a criação de novos tipos penais. Esses tipos penais, especial, visam tutelar a realidade da sociedade e do Estado modernos e suas necessidades de proteção a bens jurídicos difusos.²³³ Como evento histórico, o pós-II Guerra levou a dogmática a desenvolver meios para evitar a criminalização de convicções valorativas dominantes.²³⁴

Assim, o bem jurídico passou a ser visto como um “substrato empírico” na definição de novos tipos penais, com a intenção de evitar a criação de tipos emergentes e descriminalizar condutas que não afetavam bens jurídicos de origem constitucional.²³⁵ A teoria buscava impor limites ao legislador penal, considerando, além da lesividade ao bem jurídico, a danosidade social da conduta, a subsidiariedade, a tolerância e o respeito à dignidade humana, sempre orientada por uma política-criminal.²³⁶ Portanto, as críticas a essa teoria devem ser compreendidas dentro do contexto em que foi formulada.²³⁷

Embora a teoria afirme que a proteção penal incide apenas sobre bens já valorados pela Constituição, também admite a tutela de bens fundamentais, decorrentes de convicções morais profundamente enraizadas na cultura da sociedade, como exemplificado nos maus-tratos aos animais.²³⁸ Assim, o direito penal busca garantir que os direitos e garantias fundamentais, previstos constitucionalmente, estejam resguardados contra ataques que possam causar dano ou perigo mantendo-se acessíveis para toda a sociedade.²³⁹ A definição de um conceito material de crime relaciona-se com a função e os limites do direito penal, ultrapassando as condutas tipificadas e antecedendo-as.²⁴⁰

²³¹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal, *op. cit.*, p. 174.

²³² HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, *op. cit.*, p. 15.

²³³ *Ibid.*, p. 17.

²³⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

²³⁵ *Ibid.*, p. 17.

²³⁶ *Ibid.*, p. 18.

²³⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

²³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 08.

²³⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I: fundamentos: a estrutura da teoria do crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 90.

²⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 103.

O conceito material de crime precede a criação de tipos penais pelo legislador ordinário, atuando como orientador e limitador na política criminal para essa elaboração.²⁴¹ Além das divergências em torno da noção conceitual do bem jurídico, há crimes sem um bem jurídico claramente estabelecido ou definido de forma concreta, como no caso dos bens difusos e coletivos.²⁴² A ideia de que cabe ao direito penal a proteção subsidiária dos bens jurídicos tem sido levada ao limite, mas ainda assim permanece em desenvolvimento como um freio à criação de novos tipos penais.²⁴³

A função do direito penal seria proteger bens jurídicos relevantes para a sociedade ou para o indivíduo²⁴⁴, excluindo a ideia de tutela de uma unidade funcional²⁴⁵. Assim, afastam-se as meras imoralidades incapazes de causar dano efetivo ao bem jurídico ou aos direitos individuais.²⁴⁶ Todo bem jurídico constitui um interesse; contudo, sua legitimidade depende de ser um direito subjetivo da pessoa ou um sentimento social legítimo, que não contrarie os direitos subjetivos da vítima, para ser positivamente valorizado pelo ordenamento jurídico.²⁴⁷

A exposição do bem jurídico a dano, perigo ou risco típicos caracteriza um Estado democrático e social de direito.²⁴⁸ A Constituição limita o poder punitivo do Estado para proteger a liberdade dos indivíduos²⁴⁹, sendo também a fonte formal de criação dos bens jurídicos. Ela restringe o legislador ordinário na criação de tipos penais sem raiz constitucional²⁵⁰, atuando como instrumento de garantia individual.²⁵¹

A teoria do bem jurídico crítico ao sistema possui uma função de política criminal que vai além da função hermenêutica, buscando impor limites racionais ao poder punitivo.²⁵² A teoria pessoal do bem jurídico defendida por Hassemer e a teoria do bem jurídico de Roxin divergem principalmente em nomenclatura.²⁵³ O conjunto de normas jurídicas positivadas constitucionalmente constitui a base para uma política criminal orientada pela proteção dos bens jurídicos.²⁵⁴

²⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 51.

²⁴² ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 11.

²⁴³ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 52.

²⁴⁴ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁵ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**, *op. cit.*, p. 71.

²⁴⁶ ROXIN, Claus, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁷ ORDEIG, Enrique Gimbernat, *op. cit.*, p. 15.

²⁴⁸ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 55.

²⁵⁰ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 109.

²⁵¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181.

²⁵² ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 93.

²⁵³ *Ibid.*, p. 92.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal, *op. cit.*, p. 704.

A função limitadora do direito do Estado é comparável à dos direitos fundamentais, que estabelecem restrições ao poder punitivo do Estado e refletem o espaço de liberdade do indivíduo.²⁵⁵ Esse espaço assegura a autonomia/ para que o indivíduo possa conduzir sua vida conforme suas escolhas, sem a intervenção penal, permitindo-lhe optar por um caminho de autorrealização.²⁵⁶ Outra limitação, como argumenta Luís Greco, decorre da proteção da esfera nuclear da vida privada, impedindo que o direito penal intervenha em condutas realizadas em espaços isolados e comparáveis a pensamentos, especialmente em crimes que visam punir comportamentos meramente contrários à moral.²⁵⁷ Assim, a teoria do bem jurídico se alinha ao princípio da proibição do excesso, aplicando-se em conformidade com proporcionalidade constitucional.²⁵⁸

O princípio da proibição de excesso integra a tradição constitucional como limitador da intervenção estatal, garantindo a proteção dos direitos fundamentais.²⁵⁹ De modo semelhante, a teoria do bem jurídico busca resguardar a esfera de liberdade individual contra limitações injustificadas impostas por tipos penais.²⁶⁰

A noção de bem jurídico crítica à legislação, voltada para preservar os valores de uma sociedade pluralista, busca identificar lesões ao indivíduo ou à coletividade, excluindo moralismo puro, paternalismo duro, autocolocação em perigo responsável, proteção de sentimentos, tabus ou negação de fatos históricos, além de objetos excessivamente abstratos.²⁶¹ Assim, o direito penal assegura valores a partir da tipificação da conduta, exigindo que essa conduta proteja efetivamente um bem jurídico contra dano ou perigo reais.²⁶²

Em uma sociedade pluralista, multicultural e liberal, onde não há consenso universal, mas uma variedade de opiniões, a teoria do bem jurídico oferece uma base para soluções fundamentadas racionalmente.²⁶³ A diversidade de opiniões pode levar a consensos temporários, frequentemente influenciados manipulação e criação de convicções populares. Esses consensos podem não representar a verdadeira ideia de justiça dos cidadãos, que, ao

²⁵⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91-100, p. 94.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 94-95.

²⁵⁸ *Id.* Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 195.

²⁵⁹ HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 94.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 95.

²⁶¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 187.

²⁶² ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 136.

²⁶³ *Ibid.*, p. 203.

concordarem com determinadas ideias, podem apenas reproduzir discursos prontos. Isso pode resultar na criação de normas penais com caráter discriminatório.²⁶⁴

A busca por um tipo penal que justifique a aplicação da sanção penal exige que a restrição da liberdade seja proporcional à capacidade da conduta tipificada de causar dano ou perigo a um bem protegido constitucionalmente.²⁶⁵ Assim, o direito penal, enquanto forma de intervenção na esfera individual, ganha legitimidade constitucional.²⁶⁶ É essencial ponderar o grau de lesividade ao bem jurídico em relação à conduta típica e à sanção penal aplicável, uma relação fundamental para afirmar a constitucionalidade do delito e estabelecer parâmetros constitucionais à teoria do bem jurídico.²⁶⁷

A norma penal não tem a função de garantir a existência do bem jurídico, que pode ser afetado por diversas causas, incluindo catástrofes. Sua tutela visa, na verdade, proteger o bem jurídico contra danos ou perigos provenientes de condutas humanas.²⁶⁸ Dessa forma, o delito se caracteriza tanto pela violação do dever imposto pela norma penal quanto pelo dano ou perigo causado ao bem jurídico.²⁶⁹

A concepção de *bem jurídico* é normativa e evolui com as mudanças sociais e os avanços científicos, sempre respeitando os limites constitucionais. Seu conteúdo é mutável e não definitivo.²⁷⁰ Com pressupostos que se alteram ao longo do tempo²⁷¹, comportamentos que antes eram punidos podem hoje causar surpresa. Da mesma forma, áreas como a proteção do meio ambiente, que no passado parecia impensável, passou a ser considerada essencial e, portanto, também passou a receber tutela penal.²⁷²

Isso resulta em uma indeterminação do conceito de *bem jurídico*, tanto em relação à sua definição quanto ao seu conteúdo. Essa indeterminação leva à dificuldade de identificar a lesão ao bem jurídico como um pressuposto para a penalização e, por consequência, coloca em questionamento a eficácia desse conceito como um verdadeiro limite ao legislador na criação de tipos penais.²⁷³

Roxin define bens jurídicos como: “dados ou finalidades necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento

²⁶⁴ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 204.

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, *op. cit.*, p. 94.

²⁶⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁶⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 08.

²⁶⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁷⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, *op. cit.*, p. 57-58; *id.* Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 191.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 192.

²⁷² *Ibid.*, p. 191.

²⁷³ *Ibid.*, p. 186.

de um sistema estatal orientado à realização desses objetivos”²⁷⁴. Ao adotar a expressão *dados ou finalidades*, Roxin permite que a teoria do bem jurídico abranja a observância de normas fundamentais ao desenvolvimento social, diferentemente de Jakobs.²⁷⁵

Com uma teoria personalista, a ideia é personalizar os interesses difusos para que a tutela penal priorize o indivíduo dentro desses sistemas. O objetivo é garantir uma vida saudável e um ambiente promissor para o indivíduo.²⁷⁶ Além disso, essa abordagem permite que a vítima seja contemplada pela tutela penal, já que o bem jurídico afetado pelo dano ou perigo pode obscurecer a relação direta da vítima com o objeto material do delito.²⁷⁷

Assim, a tutela dos bens coletivos não se dá pela coisa em si, mas pela utilidade que ela representa ao indivíduo, assegurando sua autodeterminação e autonomia.²⁷⁸ Exclui-se, portanto, a tutela de objetos como o mercado de capitais por si só; o foco é no mercado como espaço para o desenvolvimento econômico do indivíduo.²⁷⁹

Contudo, a teoria do bem jurídico, para seus defensores, exerce melhor esse papel ao estabelecer um pressuposto central mais limitador da produção de leis punitivas.²⁸⁰ Sendo uma teoria liberal, ela busca impedir o uso do direito penal para finalidades despóticas, evitando a aplicação de punições apenas por obediência cega ou para fins moralistas.²⁸¹

O bem jurídico não é apresentado pela teoria como um delimitador da política-criminal, mas sim como uma base para um discurso argumentativo no processo de escolhas sobre o que e como punir.²⁸² Nesse ponto, é possível admitir a utilização da teoria para estabelecer uma discussão pré-legislativa com argumentos racionais, pois a ausência de contornos exatos sobre seu conteúdo permite que o legislador penal exerça sua função com maior autonomia.²⁸³

A legitimidade do Estado para punir lesões a direitos fundamentais é inquestionável, assim como a necessidade de que o direito penal respeite os direitos constitucionais. A Constituição, ao mesmo tempo que limita o direito penal²⁸⁴, legitima a criação de tipos penais

²⁷⁴ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 90.

²⁷⁵ Bem jurídico penal é “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção-solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; [...]” (JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**, *op. cit.*, p. 61-62).

²⁷⁶ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁷ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 373.

²⁷⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁹ HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 201.

²⁸¹ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 240.

²⁸² HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 21.

²⁸³ *Id.* ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 92.

que estejam em conformidade com suas permissões.²⁸⁵ A ideia da relação entre os direitos fundamentais e o direito penal, com este funcionando como um direito de contenção, ainda revela lacunas devido à diferença entre suas estruturas. Embora os direitos fundamentais possuam uma função ativa e garantidora, o bem jurídico atua de forma passiva, não justificando, por si, uma pretensão processual.²⁸⁶

A ideia de Hassemer permite o avanço da dogmática penal, possibilitando o desenvolvimento do conceito de *bem jurídico* a partir da Constituição.²⁸⁷ Esse desenvolvimento também marca o início da criação de parâmetros limitadores para a elaboração de leis penais.²⁸⁸

Convergingo em diversas questões com a teoria do bem jurídico, a ideia do *Harm principle* ou princípio do dano tem origem no direito anglo-americano, onde exerce uma função central e semelhante à pretendida pelo bem jurídico numa perspectiva de política criminal, buscando limitar as normas penais. Para tanto, exclui a autolesão e a punição de condutas imorais.²⁸⁹ As ideias de lesão ao próximo (*harmful to others*) e lesividade na conduta (*offence to others*) estão presentes, assegurando maior espaço de liberdade aos indivíduos e a condição de convivência social.²⁹⁰ Como uma função limitadora do poder punitivo, para além da exigência de dano ou perigo a um bem jurídico, há princípios que devem ser observados, como a intensidade e probabilidade do dano, a relevância do interesse protegido, o grau de limitação da liberdade pessoal, o valor social do comportamento e se o bem jurídico decorre do direito civil ou de uma ideia semelhante a um dano social.²⁹¹

O *harm principle* apresenta o interesse como ponto central, qualificando o dano contra o interesse como recurso cuja existência é um direito de outra pessoa.²⁹² Contudo, a percepção de Hirsch exige uma abstração ao tentar identificar o bem jurídico em um nível superior a interesse, afirmando que seria um valor útil para a vida, qualificado pela proteção jurídica em outros ramos do direito.²⁹³ Essa afirmação torna o *harm principle* menos amplo que a teoria do bem jurídico, pois o dano se limita à pretensão do outro (*harm to others*)²⁹⁴, restringindo seu âmbito de aplicação a crimes envolvendo bens jurídicos individuais. Isso ocorre porque a

²⁸⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, *op. cit.*, p. 93.

²⁸⁶ FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**, *op. cit.*, p. 365.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 371.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 373.

²⁸⁹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”, *op. cit.*, p. 34-35.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 35.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 36-37.

²⁹² *Ibid.*, p. 37.

²⁹³ *Ibid.*, p. 38.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

ofensividade é buscada de forma individual, em um sujeito titular de direitos, sem abranger outros tipos de bens coletivos ou difusos.

A tutela de bens jurídicos coletivos com base no *harm principle* seria viável por meio da fruição individual desses bens por cada indivíduo ou da afetação destes,²⁹⁵ como o meio ambiente, que pode ser protegido em razão de sua importância para a qualidade de vida individual.

O bem jurídico coletivo ou universal é caracterizado pela indivisibilidade ou não-distributividade, ou seja, ele não é passível de ser usufruído individualmente, com exemplificado pela utilização de uma praia.²⁹⁶ Para Hassemer, na teoria pessoal do bem jurídico, a relação do bem jurídico com a pessoa pode ser indireta, caracterizando-se por interesses divisíveis e, por consequência, individuais²⁹⁷, apresentando ao menos um interesse ao menos mediato para o indivíduo.²⁹⁸

A elaboração de tipos penais para tutela de bens jurídicos coletivos tem sido marcada pelo uso de crimes de perigo abstrato, em que não ocorre um dano concreto ao bem jurídico. Esses crimes preveem condutas que antecedem o resultado naturalístico, o que leva à aplicação de penas mais severas do que em muitos tipos penais de dano.²⁹⁹ Essa técnica resultou em uma expansão do direito penal, demandando uma adequação dogmática penal a essa nova forma de punição preventiva, que colocou o direito penal em destaque.³⁰⁰

O desenvolvimento do indivíduo na sociedade depende de uma justiça eficiente, de um meio ambiente adequado, de uma moeda estável e de uma administração pública livre de corrupção. Portanto, esses bens jurídicos coletivos mantêm uma relação direta com o bem jurídico individual.³⁰¹ Embora sejam altamente específicos, a lesão ao bem jurídico deveria ocorrer em cada ação típica individual, como no caso da poluição das águas ou da corrupção na administração pública, sem que esses bens precisem ser comprometidos como um todo.³⁰² Nesse contexto, a distinção entre bem jurídico e objeto material torna-se relevante.

²⁹⁵ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”, *op. cit.*, p. 40.

²⁹⁶ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 91; GRECO, Luís. Existem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos? **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7-8, p. 349-373, jul./dez. 2011, p. 354.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 355.

²⁹⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 92.

²⁹⁹ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 351.

³⁰⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Iñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 65-88, p. 65.

³⁰¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 196.

³⁰² *Ibid.*, p. 358.

A ideia contratualista de que o Estado existe para o indivíduo, por si, não legitima a teoria do bem jurídico, pois não é uma premissa exclusiva desta e a atuação do Estado visa à coletividade, não apenas a um indivíduo.³⁰³ Greco traz uma perspectiva histórica dos bens coletivos, datada do século XVIII, quando os bens ou direitos subjetivos do Estado eram considerados condições para os direitos do indivíduo e, por isso, tinham uma posição hierarquicamente superior.³⁰⁴

O bem jurídico coletivo não deve ser identificado a partir do injusto penal; ao contrário, o injusto deve resultar da proteção ao bem jurídico penal, garantindo uma tutela efetiva. É o que Roxin e Greco denominam de teste de circularidade.³⁰⁵ Nos crimes ambientais, o bem jurídico é composto por elementos como a água, o solo, o ar, além de suas manifestações, como o mundo animal e vegetal, devendo esses elementos estar relacionados à existência humana. Hefendehl, assim, afasta uma perspectiva ecocêntrica para a tutela penal do meio ambiente³⁰⁶, defendendo sua legitimidade com base na preservação das condições de vida para as gerações presentes e futuras.³⁰⁷

O meio ambiente, enquanto bem jurídico, pode ser exposto a dano ou perigo devido à contaminação das águas. Caso a contaminação cause risco à saúde humana, o bem jurídico protegido seria a saúde, configurando um crime de perigo ou dano. Se não houver impacto imediato, trata-se de um crime de perigo abstrato.³⁰⁸ Hefendehl adota uma ética antropocêntrica, justificando a legitimidade do crime ambiental pela relação com o indivíduo, sem atribuir autonomia aos elementos do meio ambiente.

Nos crimes de perigo abstrato envolvendo o meio ambiente, há a possibilidade de uma alteração física em função de condutas reiteradas. Esse aspecto difere do bem jurídico individual, como ocorre nos crimes contra a honra, que podem ser protegidos pelo perigo abstrato a través da chamada cláusula de atitude.³⁰⁹

A proteção penal de animais e plantas extrapola os limites da teoria do bem jurídico, mas é aceita por Roxin e Greco, sendo classificada como delitos de comportamento.³¹⁰ Esse “ponto fora da curva” é justificado pela premissa de que a existência social humana depende da

³⁰³ GRECO, Luís. Existem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos?, *op. cit.*, p. 357.

³⁰⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁰⁵ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 119.

³⁰⁶ HEFENDEHL, Roland. Derecho penal medioambiental: ¿Por qué o cómo? **Estudios Públicos**, n. 110, p. 1-27, sept. 2008, p. 07.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 07.

³⁰⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

³¹⁰ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 131.

existência física, permitindo a tutela das condições necessárias para a vida humana.³¹¹ Contudo, os autores não consideram a utilidade social dos animais e plantas para a sobrevivência humana.³¹² A adaptação da teoria a esta realidade resultou no reconhecimento de um “autocontrole” dos animais, seres não humanos, para justificar a proteção do Estado liberal, também em razão dos próprios interesses desses animais.³¹³

A tutela penal do meio ambiente não deve ceder a moralismos jurídicos decorrentes de ideologias progressistas, como se observa em discursos que defendem a adoção dos animais em detrimento de sua compra, sob pena de reintroduzir a criminalização de comportamentos morais.³¹⁴ Em contrapartida, Jakobs argumenta que “a moral e os bons costumes nunca foram tutelados por eles mesmos, mas para evitar consequências danosas socialmente”³¹⁵. Assim, a esfera privada se torna um aspecto limitador do poder punitivo na teoria do bem jurídico, quando fundamentada em suposições empíricas de consequências remotas.³¹⁶

No Brasil, conforme o artigo 225 da Constituição, cabe ao direito penal a proteção do meio ambiente para assegurar condições de existência para gerações futuras. Esse dever reflete uma solidariedade com a dignidade humana das próximas gerações.³¹⁷ Schünemann, a partir de um conceito de contrato social que inclui futuras gerações, defende a legitimidade da proteção penal ambiental, aproximando-se do pensamento Roxin ao ampliar a teoria do bem jurídico³¹⁸ e reconhecer um dever universal de preservação ambiental acima dos interesses individuais.³¹⁹

3.3 Da Teoria do bem jurídico à dos direitos subjetivos

O conceito material de crime tem importância político-criminal ao refletir o consenso social sobre o que deve ser proibido, conectando a política-criminal, a dogmática jurídico-penal e a criminologia.³²⁰ Esse vínculo promove a revisão constante do direito penal, visando tanto à descriminalização de certas condutas quanto à criminalização de outras novas.³²¹

Na perspectiva teórico-social do conceito material de *crime*, partindo da sociedade e das condições mínimas para a convivência humana, são identificadas normas de comportamento

³¹¹ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 131.

³¹² *Ibid.*, *loc. cit.*

³¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

³¹⁴ *Ibid.*, p. 97.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 98.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 99.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 132.

³¹⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

³¹⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

³²⁰ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: Parte general, *op. cit.*, p. 213.

³²¹ *Ibid.*, p. 215.

fundamentais para a ordem social.³²² Essas normas representam o consenso necessário para a harmonia social. Delitos, então, são definidos com base nesse consenso normativo essencial³²³, que estabelece quais condutas são inaceitáveis para a manutenção da ordem.³²⁴

A ideia de danosidade social insuportável, no conceito material de crime, valoriza as condutas que causam danos significativos à estabilidade e ao funcionamento da vida social.³²⁵ Ao considerar essas condutas como ataques às condições essenciais para a convivência humana, essa abordagem oferece uma releitura da teoria sociológica, superando a teoria personalista do bem jurídico.³²⁶ Ela integra a ideia de que as convicções valorativas predominantes evoluem ao longo do tempo, de modo que o tipo penal deve manter compatibilidade com a Constituição³²⁷, que reflete esses valores mutáveis, buscando garantir uma vida saudável aos indivíduos.³²⁸

A qualidade dos tipos penais não poderá ser concluída a partir do conceito formal de crime, mas a partir do conceito material, um critério valorativo externo à lei, de forma a verificar a tutela mais adequada e eficiente, permitindo a escolha entre o direito penal e o administrativo.³²⁹ Segundo Ferrajoli, o ideal liberal e sua separação entre moral e direito levam à conclusão de Hobbes de que todo delito é pecado, mas nem todo pecado é delito, evidenciando a necessidade de uma justificação externa ao conteúdo da proibição penal.³³⁰

Para Stratenwerth, o crime reside no desrespeito às normas sociais elementares. Ele sustenta que a missão do direito penal é proteger os valores básicos da ordem social, excluindo a tutela de normas morais.³³¹

Maurach propõe uma concepção que integra ambos os conceitos, adotando uma perspectiva do bem jurídico não personalista. Ele defende que é adequado considerar tanto as investigações empíricas sobre a danosidade social da conduta quanto o aspecto normativo, que busca identificar quais bens jurídicos merecem proteção penal.³³² Assim, a danosidade social determinaria o conteúdo e a extensão de cada bem jurídico conforme a Constituição.³³³

³²² STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 69.

³²³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 203.

³²⁴ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: Parte general, *op. cit.*, p. 213.

³²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

³²⁶ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 256.

³²⁷ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 70, 73.

³²⁸ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 68.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, *op. cit.*, p. 367-368.

³³⁰ *Ibid.*, p. 368.

³³¹ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 63.

³³² MAURACH, Reinhart, *op. cit.*, p. 214.

³³³ *Ibid.*, *loc. cit.*

Neste ponto, Jakobs diverge ao compreender o bem jurídico como o próprio objeto de proteção da norma penal, sem a necessidade de se buscar um bem jurídico na Constituição.³³⁴ No entanto, ele estabelece que a danosidade social no comportamento descrito pela norma penal é necessária, delimitando a função protetiva da norma pela relação com o potencial ofendido, o que reforça a legitimação da norma.³³⁵

Essa compreensão é compatível com a necessidade de uma tutela legítima nos crimes contra a coletividade, como os que envolvem bens jurídicos difusos ou coletivos.³³⁶ Entre eles, há aqueles que o Estado não possui poder legítimo para dispor, pois envolvem pressupostos básicos ou mínimos para a vida, como nos delitos ambientais.³³⁷

Essa referência serve ao legislador, cuja tarefa discricionária de criar tipos penais³³⁸ é limitada por princípios fundamentais. Entre os limites estão o princípio da isonomia³³⁹, os direitos fundamentais para o livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da proporcionalidade³⁴⁰, a obediência à fragmentariedade e à subsidiariedade do direito penal³⁴¹ e ausência de contradições entre normas³⁴².

Contudo, o consenso fundamental de uma sociedade frequentemente é influenciado pela consciência moral predominante, moldada por avanços sociais, econômicos e técnicos. Esse consenso é mutável e evolui ao longo do tempo³⁴³ de modo que o direito penal deve proteger o mínimo essencial, refletindo normas que representem um consenso entre as diversas convicções morais presentes na sociedade.³⁴⁴ Essa evolução levou o direito penal a expandir sua tutela para novos bens, como o meio ambiente e a tecnologia genética.³⁴⁵

O tipo penal é a previsão legal do comportamento que acarretará a sanção penal, e a busca por legitimação da pena não se limita à sua finalidade e limites, mas requer um aprofundamento na escolha dos comportamentos puníveis.³⁴⁶ A pena possui esse “elemento retrospectivo”³⁴⁷, pois representa a reprovação pelo mal causado pela conduta típica, exigindo

³³⁴ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 65.

³³⁵ *Ibid.*, p. 66.

³³⁶ *Ibid.*, p. 65-66.

³³⁷ *Ibid.*, p. 67.

³³⁸ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 71.

³³⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁴⁰ O princípio da proporcionalidade, com fundamento constitucional, busca uma ponderação entre utilidade e desvantagens do tipo penal (*ibid.*, p. 72).

³⁴¹ *Ibid.*, p. 73.

³⁴² Para assegurar uma expectativa uniforme acerca das condutas (*ibid.*, *loc. cit.*).

³⁴³ *Ibid.*, p. 64.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 63.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 64.

³⁴⁶ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 84.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 86.

que essa conduta efetivamente represente um dano social.³⁴⁸ Roxin, ao afirmar isso, introduz na sua teoria pessoal do bem jurídico o conceito de *danosidade social*.

Esse comportamento punível deve afetar outra pessoa, seja em sua condição física ou em direitos adquiridos, como a propriedade.³⁴⁹ Dessa forma, Roxin aproxima a vítima, enquanto sujeito de direitos, do bem jurídico.

A expressão *governar através do crime* foi usada por Hefendehl³⁵⁰ para demonstrar a ausência de uma política criminal bem definida para o meio ambiente, alertando sobre o risco de uma legislação de ocasião, com efeitos meramente simbólicos e práticos limitados à opinião pública.

A proteção dos processos do mundo vegetal e animal e, conseqüentemente, da diversidade biológica, não era considerada adequada para tutela penal no direito penal tradicional.³⁵¹

A eficácia da proteção ambiental requer uma abordagem supranacional, desafiando os princípios da teoria do Estado e do direito penal.³⁵² A legislação ambiental exige uma base empírica sólida, fundamentada no direito penal ambiental, sobre a extensão do tipo e o meio ambiente, para alcançar a efetividade desejada.³⁵³ A precaução é um dos princípios específicos do direito ambiental.³⁵⁴

Contudo, essa ideia de proteção dos bens jurídicos é criticada pela falta de base empírica, ausência de fundamento material e excesso de sistematização.³⁵⁵ A concepção pessoal do bem jurídico é criticada pela diversidade histórica e cultural sobre o que deve ser punido.³⁵⁶ A teoria, em vez de definir quais lesões a bens jurídicos devem ser punidas, visa excluir comportamentos, mesmo típicos, que não prejudiquem esses bens.³⁵⁷

Roxin critica o legislador que prevê punição penal para a perturbação de cerimônia de sepultamento, observando que, pela mesma liberdade constitucional, poder-se-ia punir a perturbação de cerimônias de aniversário.³⁵⁸ Nesse caso, não seria evidente o direito subjetivo a realizar cerimônias fúnebres sem interrupção, levando o legislador, sob a ótica da teoria

³⁴⁸ ROXIN, Claus. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 86.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 86-87.

³⁵⁰ HEFENDEHL, Roland. Derecho penal medioambiental: ¿Por qué o cómo?, *op. cit.*, p. 03.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 06.

³⁵² *Ibid.*, p. 02.

³⁵³ *Ibid.*, p. 03.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 04.

³⁵⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 180.

³⁵⁶ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 191.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 192-193.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 193.

pessoal do bem jurídico, a questionar se essa garantia é realmente um pressuposto para a convivência livre e pacífica sob a Constituição.³⁵⁹

Historicamente, apenas a lesão ao direito subjetivo do indivíduo, como vida, integridade física e patrimônio, justificava a intervenção penal. Birnbaum ampliou essa noção ao afirmar que qualquer bem que requer proteção estatal, quando essa proteção não puder ser alcançada senão pela ameaça da pena, torna-se objeto de tutela penal.³⁶⁰ Esse entendimento, com um sentido axiológico, expandiu o *jus puniendi*. A escola clássica italiana reforçou essa expansão ao introduzir conceitos como nocividade ao bem-estar alheio e mal material, mal sensível criado pela violação do direito alheio violado.³⁶¹

Na segunda metade do século XIX, ocorreu um recrudescimento da política criminal, caracterizado por uma reação anti-iluminista que afastou a tutela penal dos interesses individuais, expandindo-a para proteger os interesses do Estado. Inicialmente, isso se deu “como interesse na proteção do que este considera digno dela, e mais tarde, simplesmente, como interesse na obediência ou na fidelidade”³⁶².

Tal mudança, denominada por Ferrajoli de *parábola involutiva da doutrina do bem jurídico*, afastou o delito da lesão ao direito da parte para um sujeito passivo universal, que, embora fictício, substituiu o indivíduo lesado, permitindo que o Estado assumisse a persecução e o castigo pelo delito.³⁶³ O Estado, além de titular do *jus puniendi*, acumulou também a função de vítima. Assim, o direito penal distanciou-se da projeção de direitos individuais e passou a estabelecer a relação penal com base nos bens protegidos, tornando irrelevante a projeção dos direitos individuais nessa relação.³⁶⁴

Nesse contexto, a legislação fascista apoiou-se nessa política criminal para concluir que o direito penal deveria tutelar a segurança das pessoas como um interesse público, em vez de focar nos direitos fundamentais dos indivíduos. Com essa definição do interesse público como eixo central, até os crimes contra o patrimônio individual foram influenciados. Isso levou à identificação entre a legitimidade interna e externa do delito, culminando na criminalização da mera desobediência.³⁶⁵

³⁵⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 201.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, *op. cit.*, p. 374-375.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 375.

³⁶² *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁶³ *Ibid.*, p. 375.

³⁶⁴ RENZIKOWSKI, Joachim *et al.* (org.). **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 57.

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, *loc. cit.*

Esse movimento resultou na desmaterialização do bem jurídico, concebido como um bem espiritualizado, e na aceitação da tutela penal de valores cuja violação indicaria comportamentos imorais, visando reaproximar o direito da moral.³⁶⁶ Nesse cenário expansionista do direito penal, Carrara manteve-se fiel aos ideais iluministas, distinguindo delitos de transgressões administrativas e afirmando que o delito é a violação de um direito subjetivo. Segundo ele, “podem ser violadas as leis que promovam a prosperidade do Estado, e se terá uma transgressão, não um delito. [...] o objeto do delito não pode ser senão um direito a que a lei tenha expressamente outorgado a sua tutela por meio de uma proibição e uma sanção”³⁶⁷.

A sanção penal é um elemento intrínseco à cultura humana, com uma tradição milenar que sempre acompanhou a organização dos Estados na punição de violações às normas sociais.³⁶⁸ Nas sociedades contemporâneas, complexas e altamente industrializadas, ela um papel fundamental. Observa-se um aumento significativo na criação de normas voltadas à proteção de interesses públicos essenciais³⁶⁹, como a administração pública, a repressão ao tráfico de drogas e a salvaguarda das estruturas econômicas, do mercado de capitais e do meio ambiente.³⁷⁰

O conceito de *bem jurídico* não se limita ao direito penal, mas pertence também à teoria geral do direito.³⁷¹ Amelung critica a teoria pessoal do bem jurídico, argumentando que a proteção penal não pode ser restrita apenas aos bens definidos na Constituição, pois a relação entre a teoria do bem jurídico e a Constituição é frágil, e a teoria possui uma vocação mais ampla para limitar a criação de novos tipos penais.³⁷²

A teoria do bem jurídico, embora preserve um conteúdo concreto para a tutela de interesses individuais³⁷³, não deve ser confundida com o objeto material da conduta. O conceito mantém relevância na dogmática penal e, na política criminal, sua importância como limitador

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, *op. cit.*, p. 376.

³⁶⁷ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal** – parte geral. v. I, tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 62-69.

³⁶⁸ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 27.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 57.

³⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, *op. cit.*, p. 20.

³⁷¹ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 221.

³⁷² *Ibid.*, p. 229.

³⁷³ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 65.

do *jus puniendi* reside na proteção de interesses individuais, sem se confundir com o objeto material específico da conduta.³⁷⁴

A principal crítica à teoria do bem jurídico está na tentativa de identificar um substrato material uniforme para todos os tipos de delito, com uma função bem delineada.³⁷⁵ Nesse processo, buscou-se definir o conceito a partir da relação entre o indivíduo e o interesse a ser protegido.³⁷⁶ No entanto, ao tentar englobar os crimes contra a coletividade, com bens jurídicos coletivos, a teoria personalista do bem jurídico perdeu sua identidade de sentido ao tentar abarcar, resultando na superação de seus conceitos e funções originais.³⁷⁷

A proteção do bem jurídico não se restringe ao único sentido da norma penal, e sua função dogmática se estende além da interpretação dos tipos penais, abrangendo também a parte geral do direito penal.³⁷⁸ A solução de conflitos normativos por meio da valoração do bem jurídico demonstra uma função de graduação deste, evidenciando sua relevância na resolução de conflitos na parte geral do direito penal.³⁷⁹ Contudo, apesar da aceitação majoritária, autores como Schünemann, Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch e Wohlers³⁸⁰, argumentam que a missão principal do direito penal não é a tutela dos bens jurídicos. Mesmo entre os defensores da teoria do bem jurídico, surgem limitações relativas à indeterminação de seu conteúdo e ao seu significado constitucional.³⁸¹ Além disso, a teoria não apresenta um elemento representativo do bem jurídico capaz de legitimar tipos penais com relevância social.³⁸²

O direito penal ampliou-se para abranger a proteção de instituições sociais e unidades funcionais, frequentemente fundamentadas em conceitos com altamente abstratos, o que levou a teoria do bem jurídico ao seu limite.³⁸³ Nesse cenário, torna-se ambígua a distinção entre normas derivadas de consenso social e aquelas voltadas para a ordenação de funções públicas. Normas baseadas no consenso social são passíveis de sanção penal, enquanto as destinadas

³⁷⁴ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal, *op. cit.*, p. 173; SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, *op. cit.*, p. 192.

³⁷⁵ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 107.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 108.

³⁷⁷ HEFENDEHL, Roland, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷⁸ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 223.

³⁷⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁸⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 11.

³⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos, *op. cit.*, p. 26; STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**, *op. cit.*, p. 65.

³⁸² *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁸³ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, *op. cit.*, p. 19.

exclusivamente à regulamentação de funções públicas podem ser adequadamente abordadas por sanções administrativas, tratando-se de mera desobediência.³⁸⁴

Com isso, perdeu-se a relação entre direito e dever, e a dupla função do direito subjetivo: dispor de determinado objeto e excluir intervenções, sendo ambas descrições de uma mesma relação jurídica, tanto para o legitimado quanto para o não legitimado.³⁸⁵ Nessa perspectiva, direito subjetivo e norma de comportamento possuem dimensões diversas, pois a norma de comportamento é uma norma de direito público, e sua violação não implica, necessariamente, que o titular do direito subjetivo possa reclamar a proteção do seu direito. Essa situação é ilustrada no exemplo de Renzikowski sobre a tentativa inidônea, em que, apesar de não haver transgressão à norma de comportamento, ainda assim pode haver violação ao direito subjetivo.³⁸⁶

Jakobs sustenta que não é possível pré-estabelecer um conteúdo específico para as normas penais³⁸⁷, ou seja, não há um bem jurídico definido constitucionalmente a ser tutelado pelo direito penal. No entanto, ele mantém um controle formal sobre a criação das leis penais, assegurando que estejam em conformidade com os requisitos constitucionais por meio de uma análise de verticalidade.³⁸⁸ Para Jakobs, a missão do direito penal é garantir o funcionamento adequado da sociedade e do Estado, assegurando o cumprimento das normas penais. Assim, a tutela penal se concentra na proteção da expectativa da sociedade quanto ao cumprimento dessas normas, considerando o próprio cumprimento das normas como o bem jurídico penal.³⁸⁹

Visto de outra forma, o delito afeta não apenas ao titular do direito subjetivo, mas também a confiança na preservação das relações, abalando a estrutura normativa da ordem jurídica como um todo. Num roubo, por exemplo, a insegurança não é exclusiva da vítima, mas é compartilhada por toda a sociedade que também pode ser alvo de conduta similar.³⁹⁰ Aqui, o delito não suprimiu a propriedade da vítima, mas as faculdades decorrentes da propriedade, o que torna o conceito de *bem jurídico* mais abstrato.³⁹¹

A ideia do bem jurídico como bem, interesse ou valor enfrenta várias críticas.³⁹² Como mencionado, “a vida protegida como bem jurídico no crime de homicídio não é a do ‘alguém’,

³⁸⁴ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**, *op. cit.*, p. 57.

³⁸⁵ RENZIKOWSKI, Joachim *et al.* (org.). **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato, *op. cit.*, p. 59.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 60-61.

³⁸⁷ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**, *op. cit.*, p. 61.

³⁸⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 61-62.

³⁹⁰ RENZIKOWSKI, Joachim *et al.* (org.), *op. cit.*, p. 63-64.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 67-68.

³⁹² STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 101-115.

descrito no tipo penal do homicídio³⁹³, mas todas as vidas humanas existentes.³⁹⁴ Logo, o bem jurídico não seria palpável ou apreensível pelos sentidos³⁹⁵”.

Mesmo em crimes que tutelam a vida ou o patrimônio, o bem jurídico permanece essencialmente normativo. Essa normatividade é ainda mais visível em delitos que visam proteger a paz pública, as relações sociais e até mesmo em crimes que exigem comportamentos específico de terceiros, como nos crimes omissivos próprios.³⁹⁶ Dessa forma, por ser normativo, o ataque à norma, conforme previsto no tipo penal, resulta na aplicação da sanção penal.³⁹⁷

A abstração dos objetos que suscitam interesse humano e justificam a tutela penal, como a segurança, que é simultaneamente uma sensação e um fato empírico, contribui para a indeterminação do conceito de bem jurídico.³⁹⁸ Essa abstração faz com que o conteúdo do bem jurídico varie entre diferentes delitos, dificultando sua compreensão exata e, portanto, a legitimidade do direito penal.³⁹⁹

O valor dos bens jurídicos é definido previamente por sujeitos como a comunidade cultural, a sociedade e a comunidade política, representada pelo legislador e pelos indivíduos.⁴⁰⁰ Jakobs prefere usar o termo *fato* em vez de *bem* a ser valorado, que pode se referir a um objeto, situação ou processo. Contudo, após a criação do tipo penal, esse fato é reconhecido como bem jurídico.⁴⁰¹ A relevância do bem protegido pela norma penal decorre da valoração legislativa ao criar o tipo penal. Sem essa norma, o bem não seria considerado tal, pois sua relevância não depende da importância para o indivíduo, mas sim da valoração da norma penal.⁴⁰²

A valoração legislativa ao criar a norma penal confere aos bens a qualidade de *dever-ser*, estabelecendo os limites para a aplicação da norma.⁴⁰³ Essa interpretação não apenas distingue entre o lícito e o ilícito, mas permite ao legislador construir uma escala de gravidade do injusto penal, entre ser maior ou menor, essencial para a fixação da pena.⁴⁰⁴

Embora o objeto da ação, ou seja, a coisa destruída pela conduta típica, tenha relevância⁴⁰⁵, como afirma Jakobs, deve haver uma importância além do direito penal,

³⁹³ Art. 121. “Matar alguém”.

³⁹⁴ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 246.

³⁹⁵ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 104-105.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 105.

³⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 63.

³⁹⁸ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 104-105.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁰⁰ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁰¹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 62.

⁴⁰³ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 222.

⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 64.

especialmente na etapa pré-legislativa. Esta importância está relacionada ao valor que o bem possui para a sociedade ou para a pessoa.⁴⁰⁶ Na fase pré-legislativa, essa relevância se identifica com a ideia de dano social grave, um conceito material de delito, conforme será demonstrado adiante. Nesse contexto, os bens jurídicos coletivos devem ser pensados como uma relação jurídica, com a característica de gozo do objeto e exclusão de comportamentos não autorizados, sendo a sociedade a titular desses bens, já que existem regras para seu uso e exploração. Exemplos disso são os casos que envolvem o meio ambiente, onde comportamentos proibidos podem criar riscos à coletividade ou causar degradação aos componentes ambientais. Nesses casos, o comportamento indesejado afetará o gozo e o poder de exclusão do outro, estendendo a esfera jurídica de uma pessoa por meio de um comportamento proibido.⁴⁰⁷

No entanto, a lesão aos direitos subjetivos não estabelece um critério eficaz para diferenciar entre o direito penal e as condutas a serem proibidas pelo direito administrativo.⁴⁰⁸ A escolha das condutas a serem proibidas é discutida a partir da teoria do bem jurídico e do *harm principle*. Segundo essa teoria anglo-saxã, a conduta merece sanção penal se lesionar os direitos de uma ou mais pessoas, considerando o direito delas ao bem estar, embora isso não defina quais condutas são aptas a representar adequadamente essa premissa de bem-estar, justificando a sanção penal.⁴⁰⁹

Nesse contexto, Jakobs observa que a proteção penal é restrita à conduta descrita como proibida, não abrangendo outras formas de afetação, como a destruição por eventos naturais ou o falecimento decorrente de causas naturais, pois o direito penal⁴¹⁰ não visa assegurar esses aspectos, mas sim garantir o cumprimento da norma que protege o objeto contra a forma de violação previamente descrita pelo tipo penal.⁴¹¹

A ideia de interesse, mesmo quando vital, não é algo pré-legislativo, pois surge da criação do tipo penal.⁴¹² Ademais, o interesse é estático e se sustenta na observação de um objeto específico, representando uma relação entre alguém e algo, o que impede sua tutela

⁴⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁰⁷ RENZIOWSKI, Joachim *et al.* (org.). **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato, *op. cit.*, p. 68-69.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 70-71.

⁴⁰⁹ SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, harm principle y el modelo del reconocimiento como criterio de merecimiento da pena. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 365-374, p. 365-367.

⁴¹⁰ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹² STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 104.

direta.⁴¹³ Sendo um aspecto mental do observador, o interesse pode se dirigir a qualquer objeto, o que, por sua multiplicidade de sentidos, o torna inadequado para estabelecer um conceito de bem jurídico que organize uma teoria.⁴¹⁴ É uma norma penal que atribui valor a esse interesse, protegido sob ameaça de sanção.⁴¹⁵

Os interesses individuais são intrinsecamente orientados ao próprio indivíduo e, embora a vida em sociedade exija uma ordem para além do bem-estar pessoal, isso revela uma limitação na teoria do bem jurídico, que, ao focar na proteção das condições de existência, acaba por excluir a tutela dos bens jurídicos coletivos, dado que tais bens não abarcam as normas culturais de cada grupo social específico.⁴¹⁶

Em outras palavras, há um interesse que é pré-jurídico, situado no mundo dos fatos, pois o indivíduo desenvolve diversos interesses ao longo da vida que são essenciais para a convivência social. No entanto, este interesse só adquire relevância jurídica uma norma penal for criada para tutelá-lo.⁴¹⁷ Sobre a importância da relevância social, Roxin concorda ao afirmar que o interesse da sociedade em manter uma norma punitiva ou em não tolerar certos comportamentos é fundamental.⁴¹⁸ Assim, interesses que têm origem em conteúdos morais, religiosos ou discriminatórios, oriundos da vida ou da cultura, não poderão encontrar legitimamente a proteção penal. Portanto, o conceito de interesse não define claramente o que constitui um bem jurídico, impossibilitando sua utilização para legitimar a tutela penal devido à falta de contornos bem definidos.⁴¹⁹

A necessidade de uma prestação jurisdicional célere, embora importante para a sociedade, não configura um bem jurídico sólido na administração da justiça, apesar da relevância da função estatal para todos os indivíduos.⁴²⁰ Assim, o depoimento falso de uma testemunha, ainda que tenha impacto potencial, não compromete diretamente a administração da justiça a ponto de constituir um bem jurídico, pois essa função requer um processo complexo e detalhado para ser devidamente executada.⁴²¹

Embora o depoimento falso possa afetar a pessoa que busca tutela jurisdicional⁴²², esse impacto não representa diretamente uma lesão a um bem jurídico no sentido estrito, pois esse

⁴¹³ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 104.

⁴¹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹⁵ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general, *op. cit.*, p. 66.

⁴¹⁷ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 69.

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 203.

⁴¹⁹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴²⁰ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit.*, p. 105.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 106.

⁴²² *Ibid.*, *loc. cit.*

bem jurídico é um valor conferido pela norma penal e não pode ser lesionado de forma direta.⁴²³ O valor jurídico que o sistema penal atribui ao bem jurídico não se manifesta necessariamente em cada caso ou ação individual. A sanção penal para a testemunha mentirosa resulta do fato de que sua conduta infringe a norma penal, o que reflete a necessidade de preservar a integridade e a confiança no sistema judicial.⁴²⁴

A conceituação do bem jurídico como valor não alcança o substrato valorativo, pois permanece restrita ao seu aspecto normativo. Esse enfoque suscita críticas frequentes sobre a abstração excessiva e a falta de conteúdo ao tentar desenvolver um conceito de bem jurídico aplicável a todos os delitos.⁴²⁵ Em contraste, as normas de comportamento que justificam a tutela penal criam expectativas nos indivíduos e oferecem uma base mais concreta para a imposição da pena.⁴²⁶

Embora a teoria do bem jurídico pessoal enfrente críticas e não alcance uma convergência universal, a busca por limitar o poder punitivo estatal é essencial na construção de alternativas a essa teoria. A desconfiança no legislador penal justifica-se pela história, pela influência de valores puramente morais ou por atos de vingança, bem como pela atração política associada à função simbólica da pena, muitas vezes extraída de crimes formulados por mera ocasião.⁴²⁷

O legislador é responsável por criar o direito penal e, uma vez estabelecido, o objeto normativo criado torna-se o foco da dogmática penal e da política criminal.⁴²⁸ Por ser normativo, requer que a dogmática lhe atribua significado. No entanto, a noção de bem jurídico, quando orientada apenas pelo direito positivo, revela-se insuficiente e, frequentemente, desprovida de conteúdo. Sua indeterminação absoluta e a ausência de um juízo de valor consistente tornam-na suscetível a múltiplas valorações, exigindo reconstrução a cada nova norma criada.⁴²⁹

A possibilidade de consentimento do ofendido é uma distinção entre a tutela penal individual e a coletiva. No âmbito individual, o sujeito passivo pode consentir com a conduta típica, influenciando a punição. Em contrapartida, na tutela coletiva, a questão é mais complexa, pois nem todos os bens jurídicos coletivos são disponíveis pelo Estado. Exemplos disso incluem

⁴²³ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”, *op. cit., loc. cit.*

⁴²⁴ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁵ STRATENWERTH, Günter, *op. cit.*, p. 106-107.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁴²⁷ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 233.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 222.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 226.

os crimes ambientais, onde a proteção transcende o interesse individual e envolve a preservação de recursos essenciais à coletividade.⁴³⁰

Amelung sugere que, antes da criação de tipos penais, ocorram fases de reflexão, informação e discussão político-criminal, promovendo uma política criminal com critério democrático convergente com o pensamento de Diez Ripollés. Para ele, a teoria personalista do bem jurídico não beneficia essas etapas.⁴³¹ Segundo sua proposta, um processo legislativo democrático é essencial, pois apenas um procedimento legítimo pode justificar a criação de tipos penais em uma sociedade plural. A decisão de impor penas severas não deve basear-se apenas na maioria simples da população⁴³², que pode não refletir princípios de justiça e a complexidade dos temas penais.⁴³³

O processo legislativo democrático oferece uma via mais legítima para se alcançar consenso sobre valores e fundamentar a criação de tipos penais. Em uma sociedade multicultural, construir uma teoria do bem jurídico que seja universal e represente adequadamente todos os interesses é um desafio.⁴³⁴ A abordagem procedimental possibilita uma análise mais minuciosa dos diferentes objetos de proteção que o direito penal pode abranger, considerando as peculiaridades dos bens jurídicos coletivos.⁴³⁵

Essa via procedimental possibilitaria investigar a origem dos interesses que buscam tutela penal, verificando se são de origem cultural, se têm fundamento na vida social ou se decorrem de disputas por poder.⁴³⁶

⁴³⁰ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal** – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade, *op. cit.*, p. 68.

⁴³¹ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 229.

⁴³² *Ibid.*, p. 233.

⁴³³ *Ibid.*, p. 232.

⁴³⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴³⁵ O autor não utiliza a expressão *bens jurídicos coletivos* e nem a eles se refere expressamente, pois inclui a propriedade, ao se referir a instituições, como “propriedade, família e Estado” (*ibid.*, p. 235).

⁴³⁶ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 70.

4 A LEI Nº 9.605/1998

4.1 A tutela penal da fauna

A Lei nº 9.605/98 dispõe sobre sanções penais e administrativas para buscar o controle, prevenção e repressão de condutas ilícitas contra o meio ambiente, regulamentando infrações administrativas pelo decreto nº 6.514/2008. A concentração de crimes nessa lei criou uma sistematização dividida em títulos como fauna, flora e poluição, mas incluiu também a proteção do ordenamento urbano, do patrimônio cultural e da administração ambiental, ampliando o cumprimento do mandado constitucional de criminalização. Com isso, distanciou-se de uma classificação que protege apenas bens jurídicos ou elementos do meio ambiente natural, para abrangendo estruturas, que, embora alheias ao meio ambiente natural, podem ser vistas como um meio ambiente humano, ainda que não estejam diretamente relacionadas com os pressuposto de vida para a humanidade.⁴³⁷

A necessidade de delimitar o objeto da tutela ambiental com fronteiras naturais impacta o cumprimento do mandato constitucional de criminalização em possíveis omissões, na política criminal para preservar a integridade da subsidiariedade e na definição das funções administrativas, buscando evitar sobreposições. Essa delimitação, que exclui questões urbanísticas da tutela da administração ambiental, visa proteger diretamente a água, o solo, o ar, o som, a fauna e a flora, seguindo uma tendência doutrinária.⁴³⁸ Assim, ao restringir o foco, torna-se viável identificar o fragmento do meio ambiente atingido pela conduta proibida, tais como um lago, um rio ou o ar em regiões específicas, superando uma das críticas aos crimes que envolvem bens jurídicos coletivos.⁴³⁹

Existem críticas à escolha de funções estatais como bens jurídicos protegidos pela tutela penal, ou seja, à escolha de atividades administrativas ou formas de controle do Estado que são inadequadas para figurar como bem jurídico.⁴⁴⁰ Essa escolha pode ocorrer por confusão, uma vez que é possível proteger penalmente a administração pública, mas não todas as formas de controle ou atividades que esta exerce.⁴⁴¹

⁴³⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição, *op. cit.*, p. 114.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 114-115; RAMOS, Luis Rodriguez. Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente. **Documentación Administrativa** – I Congreso Sobre Legislación Ambiental, n. 190, p. 457-485, 1981, p. 460-461.

⁴³⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal, *op. cit.*, p. 183. “Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar el bien jurídico colectivo o un fragmento do mismo solo a una determinada parte de la sociedad”.

⁴⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁴¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

Entretanto, quando a proteção penal ao meio ambiente ultrapassa os limites do ambiente natural, o grau de abstração aumenta, levando ao conceito de bem jurídico aparente, que se torna inapto para ser protegido por tipos penais. Nos bens jurídicos aparentes, como nos casos de proteção da saúde pública, paz pública, segurança pública e segurança no trânsito, a conduta atinge bens jurídicos concretos que fundamenta a ação lesiva isoladamente.⁴⁴² Nesses casos, a norma de conduta punitiva tende a existir apenas para garantir sua vigência, sem um objeto específico além da própria norma, devido ao elevado grau de abstração da estrutura do delito.⁴⁴³

O alto grau de abstração possibilita que sentimentos, confiança e segurança se tornem o foco central do bem jurídico protegido por esses tipos penais.⁴⁴⁴ No caso do crime de perturbação de cerimônia religiosa⁴⁴⁵, por exemplo, não seria necessário afirmar a tutela do livre exercício da fé, pois bastaria a proteção à própria cerimônia religiosa.⁴⁴⁶

Assim, a confiança na conduta adequada das outras pessoas, derivada da existência de uma norma sancionatória, passa a ser o bem jurídico protegido.⁴⁴⁷ A vigência da norma fortalece essa confiança, que se manifesta como reflexo da norma própria penal⁴⁴⁸, assim como a segurança – um possível bem jurídico aparente – promovida pela obediência e cumprimento das normas.⁴⁴⁹

Da mesma forma, o alto grau de abstração do bem jurídico origina o tipo penal simbólico: aquele que não previne danos, mas manifesta o compromisso do legislador com determinados valores ou finalidades.⁴⁵⁰ Esse tipo penal comunica à população o comprometimento do Estado com os ideais elevados à categoria de bem jurídico penal, porém a falta de uma proteção efetiva acaba por desvirtuar o direito penal.⁴⁵¹

O alto grau de abstração do meio ambiente como bem jurídico não decorre de sua natureza, mas da forma de criação da legislação penal. O meio ambiente, mesmo sendo um bem jurídico coletivo, é composto por elementos fisicamente delimitáveis, diferentemente dos bens

⁴⁴² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁴³ AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 243.

⁴⁴⁵ “Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” (BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 set. 2024.).

⁴⁴⁶ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 243-244.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 244.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁵¹ *Id.* **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 112-113.

jurídicos institucionais.⁴⁵² Existe a necessidade de tornar o bem jurídico mais concreto para identificar a lesividade física ou o desgaste, uma vez que o meio ambiente inclui objetos individuais delimitáveis e processos físico-químicos.⁴⁵³ Nesse sentido, Schünemann defende que os crimes ambientais devem seguir os mesmos princípios dos bens jurídicos individuais, afastando as críticas da Escola de Frankfurt sobre a ausência de proteção ao bem jurídico nesses crimes.⁴⁵⁴

As críticas à Lei nº 9.605/98 apontam falta de técnica legislativa e racionalidade nos tipos penais, além de um distanciamento dos princípios constitucionais penais e da dogmática penal.⁴⁵⁵ A lei não revogou a legislação esparsa e permitiu a criação de novos tipos penais em outras leis, apesar da tentativa de sistematização, recorrendo à legislação extravagante ao código penal.⁴⁵⁶ A tendência de concentrar os crimes ambientais de forma separada, com bens jurídicos autônomos, é considerada uma boa técnica legislativa.⁴⁵⁷ Esse critério unitário permite maior unidade e harmonia dos tipos penais voltados à proteção do meio ambiente com as normas gerais e com outros objetos de tutela penal.⁴⁵⁸

O objeto da pesquisa será a proteção penal da fauna, por meio da análise dos tipos penais que a têm como objeto material, com o objetivo de verificar a existência de uma política criminal voltada à proteção de um bem jurídico.

A Seção I aborda os crimes contra a fauna nos tipos penais dos artigos 29 a 35. A fauna, enquanto parte integrante do meio ambiente, é definida como bem jurídico constitucional, conforme o artigo 225, § 1º, VII, da Constituição, e desempenha uma função sistemática de objeto de tutela nesta seção. Composta por animais de todas as espécies, inclusive os aquáticos⁴⁵⁹, a fauna é considerada bem da União desde a lei nº 5.197/67, demonstrando o interesse público em sua proteção como parte do habitat humano e como bem de uso comum

⁴⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 77.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 76-77.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 77-79.

⁴⁵⁵ NAVES, José Paulo Micheletto. Crimes Ambientais. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Direito penal econômico – Leis penais especiais**. De acordo com a Lei 13.964/2019. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 193-304, p. 194.

⁴⁵⁶ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁵⁹ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 183.

do povo, conforme a Constituição⁴⁶⁰, que tutela o meio ambiente em sua totalidade, incluindo solo, ar, água, flora e fauna, nos quais se incluem os animais.⁴⁶¹

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 de janeiro de 1978⁴⁶², introduziu o conceito de dignidade do animal, associando-o ao respeito pela sua exposição pública. Esse conceito atribui relevância ao animal em si, distanciando-se de uma perspectiva ética antropocêntrica.⁴⁶³ No entanto, a tutela penal, baseada em conceitos antropocêntricos, limita a aceitação da dignidade animal como bem jurídico autônomo.

A ética antropocêntrica caracteriza a proteção jurídica à fauna, de modo que, ainda que haja a intenção de promover a coexistência entre as espécies, a tutela recai sobre a relação entre a fauna e o ser humano. O fato de a fauna ser considerada um bem da União contribui para afastar a visão de que o ser humano possa tratar um animal como um objeto para uso indiscriminado, concepção antiga e então legítima, de acordo com o direito civil, que permitia a apropriação dos animais sem dono⁴⁶⁴.⁴⁶⁵ Essa mudança afastou a lesão à fauna do conceito de crime de dano (artigo 163 do CP), de perspectiva patrimonialista, para a possibilidade de tutela autônoma por meio do direito penal ambiental, focada na proteção dos ecossistemas e das espécies.⁴⁶⁶

Mas a relação entre a tutela dos animais e a liberdade de ação dos indivíduos é conflituosa, pois a proteção impõem limites às atividades humanas que muitas vezes visam a melhorar a qualidade de vida, atendendo às pressões do mercado ou à produção de energia mais barata, como a nuclear ou solar.⁴⁶⁷ Esses conflitos refletem uma visão utilitarista sobre o papel dos animais na vida humana, uma vez que seria incoerente permitir seu uso em serviços

⁴⁶⁰ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**, *op. cit.*, p. 179-180.

⁴⁶¹ VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal. **Revista de Estudios Jurídicos**, n. 11, p. 91-105, 2019, p. 95.

⁴⁶² Artigo 10: “nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem”. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal. Artigo 3-a: “Nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis” (UNESCO; ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas: Unesco; ONU, 27 jan. 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024).

⁴⁶³ VILLARROEL, David, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁶⁴ Código Civil brasileiro de 1916, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. artigo 47: “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”; artigo 593: “São coisas sem dono e sujeitas à apropriação: I. os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade; II. os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se” (BRASIL. Presidência da República. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *In: Collecção das Leis dos Estados Unidos do Brasil de 1916*. Actos do Poder Legislativo. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p. 1-242).

⁴⁶⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Tutela da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 5, p. 25-34, 2017, p. 26.

⁴⁶⁶ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao, *op. cit.*, p. 180-181.

⁴⁶⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel, *op. cit.*, p. 28.

domésticos e, ao mesmo tempo, proibir sua utilização em pesquisas científicas. Ambos os casos envolvem seres dotados de cérebro e sistema nervoso, capazes de sentir dor, assim como os humanos.⁴⁶⁸

A proteção subsidiária que o direito penal, destinada a ataques graves contra bens constitucionalmente protegidos ou de grande relevância social, busca, sem grande êxito, fundamental a relevância da fauna para a manutenção da vida em sociedade. No entanto, a importância da fauna para o equilíbrio do ecossistema poderia servir como *ultima ratio* para justificar a sanção penal, embora esse não tenha sido o caminho adotado pela legislação brasileira. A própria necessidade de preservar o equilíbrio ecológico, inclusive, demandar, em certas circunstâncias, o sacrifício em massa de uma espécie.⁴⁶⁹

O objeto material nos crimes contra a Fauna abrange as espécies da fauna silvestre, incluindo seus ninhos, abrigos, criadouros naturais, ovos, larvas, bem como produtos e objetos delas oriundos, como peles e couros. As condutas proibidas, em sua maioria, decorrem da violação de normas e atos administrativos.

Nesses delitos, são descritos ataques contra o objeto material tipificado, como a morte de espécies de fauna silvestre, a exportação da pele ou couro de anfíbios e a pesca. Em sua maioria, apresentam a mesma estrutura típica, descrevendo uma conduta proibida que pode ser autorizada pelos órgãos ambientais.

Com exceção do artigo 32 (maus-tratos aos animais) e do artigo 33 (emissão de efluentes), a ilicitude da conduta proibida depende diretamente da contrariedade ao direito administrativo, ocorrendo na ausência de permissão, licença ou autorização, ou quando são ultrapassados os limites estabelecidos. Exemplos incluem o artigo 29 (“Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”), o artigo 30 (“Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente”) e o artigo 34 (“Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”)⁴⁷⁰.

Esses delitos baseiam-se na violação de deveres ou obrigações estabelecidas pelos órgãos da administração ambiental, configurando tipos de mera desobediência.⁴⁷¹ Neles, o

⁴⁶⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Tutela da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶⁹ VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁷⁰ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁷¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 177.

direito penal não precisa verificar o grau de afetação ao meio ambiente ou à fauna, nem mesmo se há a alteração no objeto material, sendo tudo resolvido administrativamente, independentemente do meio ambiente. Nos delitos de violação de deveres, cabe ao órgão ambiental decidir sobre a ocorrência ou não do injusto penal, muitas vezes com base em seu poder discricionário, o que desvia a tutela penal do meio ambiente para proteger a eficácia das decisões administrativas.⁴⁷²

São crimes em que há uma dependência completa do direito administrativo e uma proteção dos organismos de controle administrativo, relegando a proteção penal do meio ambiente a segundo plano para priorizar as prescrições e limitações impostas pelos órgãos ambientais.⁴⁷³ Por outro lado, só haverá crime onde houver algum tipo de controle administrativo, pois a incidência do direito penal depende das prescrições e limitações administrativas.⁴⁷⁴

A verificação da ofensividade das condutas proibidas cede à verificação dos atos administrativos autorizativos ou proibitivos, o que demonstra a ausência da fauna ou do meio ambiente como objeto de tutela penal, numa relação dependente da acessoriedade administrativa. Não há crimes de perigo, que exigiriam potencialidade lesiva na conduta descrita como proibida pelo tipo, mas apenas delitos de desobediência administrativa evidenciando uma ausência efetiva de vigência do direito penal, já que a norma não será aplicada pelos órgão do poder judiciário com base na verificação dos elementos típicos e dogmáticos, mas pelos órgãos ambientais.⁴⁷⁵

No artigo 31, a conduta proibida de introduzir espécime animal no País consuma-se com a mera entrada do animal no território nacional sem parecer técnico oficial favorável ou licença expedida por autoridade competente. Não há exigência de comprovação de causalidade para verificar se a espécie introduzida é nociva ao ambiente, tampouco a necessidade de demonstrar perigo concreto ao equilíbrio ambiental.⁴⁷⁶ Assim, configura-se um direito penal de desobediência administrativa, no qual a licitude ou ilicitude depende exclusivamente da autoridade administrativa, sem possibilidade de o judiciário avaliar o risco ou lesão à fauna.

⁴⁷² LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição, *op. cit.*, p. 124-125.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁷⁶ LOBATO, José Danilo Tavares, *op. cit.*, p. 245-246.

4.2 Do crime de maus tratos

O crime de maus tratos a animais não silvestres era punido pelo Decreto Federal nº 24.645/34, enquanto a Lei nº 5.197/67 se aplicava apenas a animais silvestres. Também protegiam os animais não silvestres contra crueldade ou trabalho excessivo o Decreto-lei nº 3.688/41⁴⁷⁷.

A teoria do bem jurídico encontra dificuldades em identificar um objeto de tutela no meio ambiente relacionado ao crime de maus-tratos, recorrendo à capacidade dos animais de sentir dor como fundamento para justificar uma solidariedade humana em relação ao sofrimento animal. Na Alemanha, a proteção aos animais é prevista pela Lei Fundamental (artigo 20), permitindo a ampliação do conceito de bem jurídico para incluir a natureza e suas manifestações. Nessa perspectiva, cabe ao legislador ordinário, com a cautela necessária devido à possível atuação do direito administrativo, punir condutas lesivas ao meio ambiente.⁴⁷⁸ Contudo, a solução alemã possibilita a criação do tipo penal de maus tratos aos animais sem estabelecer limites político-criminais claros ou conexão direta com a proteção ambiental.

Para além da consideração da dor dos animais, a relevância do tipo penal de maus-tratos insere-se numa discussão mais ampla sobre a incapacidade do direito penal liberal em responder às demandas da sociedade.⁴⁷⁹ Historicamente, como observa Greco, esse delito era predominantemente analisado sob a perspectiva de uma tensão entre direito e moral.⁴⁸⁰

No entanto, Greco critica a tutela penal dos maus-tratos com base no exemplo do dono de um canil que submete os próprios animais a crueldades, argumentando que a proteção conferida é individualista, uma vez que esses animais não integram o meio ambiente enquanto sistema. Assim, enquanto a proteção ambiental adota uma abordagem holística voltada ao equilíbrio do ecossistema, a tutela dos animais concentra-se no indivíduo.⁴⁸¹ A dor do animal é também individual, perceptível apenas se testemunhada por terceiros, sendo que, em contextos sem publicidade ou outros animais, o sofrimento limita-se exclusivamente ao animal maltratado.⁴⁸²

⁴⁷⁷ XAVIER, Cláudio. Direito dos animais no século XXI: uma abordagem ambiental, filosófica e jurídica das questões que envolvem os direitos dos animais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, n. 13, p. 16001-16028, 2013.

⁴⁷⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁷⁹ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdades**, n. 03, p. 47-59, jan./abr. 2010, p. 48.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 48-50.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁸² VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal, *op. cit.*, p. 100.

Stratenwerth, ao adotar um conceito ético ecocêntrico, defende a tutela direta da fauna, diferentemente da abordagem antropocêntrica, que a protege de forma indireta.

Por outro giro, a defesa do bem jurídico paz pública como objeto de proteção penal em situações de comoção social decorrentes da exposição ou divulgação de imagens de sofrimento animal, criticada por Greco⁴⁸³, revela o que Ferrajoli denomina de parábola involutiva do bem jurídico. A exigência de exposição pública da conduta de maus-tratos como elemento para a consumação, aproxima o direito penal das regras morais.⁴⁸⁴

Sob uma perspectiva antropocêntrica, o bem jurídico tutelado restringe-se à relação entre o meio ambiente e o ser humano, deixando os animais domésticos fora desse âmbito.⁴⁸⁵ Contudo, Roxin admite a ampliação do conceito de bem jurídico para abarcar a proteção aos animais, fundamentando-se em dois argumentos principais: o reconhecimento do dano grave e efetivo a esses seres, ainda que as condições gerais de vida não sejam diretamente comprometidas, e a busca de um fundamento constitucional no recente ideal de proteção ao meio ambiente.⁴⁸⁶

Roxin, ao ampliar o conceito de bem jurídico, propõe incluir no contrato social outros animais além dos racionais.⁴⁸⁷ No entanto, os animais, por não possuírem de discutir ou agir, não podem ser considerados titulares de direitos originários.⁴⁸⁸ Greco, por sua vez, baseia-se no pensamento liberal, que destaca a preocupação com os mais fracos e a rejeição à sua dominação como um mal a ser evitado. Essa preocupação permite uma adequação à teoria contratualista, na qual as vantagens dos mais vulneráveis ocupam prioridade. Assim, justifica-se a inclusão dos animais no contrato social como forma de protegê-los contra a heterodeterminação inerente à relação com os seres humanos.⁴⁸⁹

Em sentido contrário, a ideia de dignidade do animal, presente na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, propõe uma ampliação dos sujeitos de direitos, atribuindo ao animal a titularidade da sua própria dignidade. Essa perspectiva baseia-se em um paralelismo entre os conceitos de *persona* e *ser humano*, permitindo a inclusão dos animais no conceito de *persona*, considerando que eles são capazes de experimentar dor e prazer e de comportar-se em conformidade com esses sentimentos.⁴⁹⁰

⁴⁸³ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸⁴ VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 208-209.

⁴⁸⁷ *Id.*; GRECO, Luís. **Direito Penal**. Parte Geral, *op. cit.*, p. 131-132.

⁴⁸⁸ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 58-59.

⁴⁹⁰ VILLARROEL, David, *op. cit.*, p. 100.

Para Schünemann, o bem jurídico consiste na proteção contra a dor de todo animal⁴⁹¹, sendo a dor considerada um mal intrínseco cuja diminuição poderia justificar a intervenção do direito penal.⁴⁹² Greco, contudo, diverge, argumentando que a dor é parte inerente da existência no planeta, seja em esportes violentos, seja na alimentação dos animais carnívoros. Entretanto, ele distingue a dor causada por violência: enquanto os indivíduos podem consentir em participar de esportes violentos, os animais carnívoros agem conforme sua natureza, e a violência da violência em sua alimentação é uma valoração humana. Assim, a ausência absoluta de direitos subjetivos para causar dor aos animais sem qualquer finalidade útil constitui uma questão distinta.

O direito permite, em determinados casos, o ato de causar dor nos animais, como regulado pela Lei nº 11.794/2008, que disciplina a pesquisa com animais. Conforme o § 1º do artigo 32, é autorizada a realização de experiências dolorosas ou cruéis em animais vivos, desde que não haja alternativa viável. No entanto, causar dor por mero deleite ou como forma de educar o animal configura conduta proibida.

Por exemplo, práticas como rinhas (brigas entre galos, cães, canários) e a “farra do boi” são manifestações culturais que envolvem a aceitação do sofrimento animal como parte do entretenimento. Na farra do boi, utilizava-se o sedém, que é uma tira presa ao animal para provocar estímulos: “O sedém é fortemente preso à virilha do animal, provocando sensações de mal estar, dor e tormento, pois, quando o mesmo é retirado o animal volta ao seu comportamento normal”⁴⁹³. Essa prática foi condenada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 153.531, que destacou: “A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada ‘farra do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimento que estarrece, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento”⁴⁹⁴. Apesar de ser considerada lazer em certas comunidades, essas práticas passaram a ser rejeitadas por uma parcela significativa da população, que não mais aceita a dor do animal como elemento necessário para diversão.

Diferente é a situação dos parques aquáticos que utilizam orcas⁴⁹⁵ e outros golfinhos. Embora a dor não seja evidente nesses casos, estudos sobre o treinamento a que esses animais são submetidos revelaram níveis de sofrimento suficientes para alterar sua personalidade.

⁴⁹¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁹² GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹³ PIERANGELI, José Henrique. Meio ambiente: Parecer em direito penal ambiental. **Revista Direito Público** – Em Revista, n. 3, p. 144-158, ago./set. 2000, p. 156.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 158.

⁴⁹⁵ As orcas são um cetáceo odontoceto, por possuírem dentes, por isso são classificadas como golfinhos.

Num outro viés, Gimbernat Ordeig, reconhece que a ausência de direitos subjetivos dos animais é um obstáculo à sua tutela penal, uma vez que não haveria direitos violados. No entanto, argumenta que o sentimento de mal-estar geral na sociedade, provocado por agressões aos animais, legitima essa tutela. Isso se deve à ausência de direitos subjetivos do agressor para causar sofrimento aos animais. Dessa forma, seria possível afirmar a legitimidade da tutela penal baseada no sentimento geral da população, quando inexistente o exercício de direitos subjetivos pelo autor da conduta tipificada.⁴⁹⁶ Sem adotar a teoria do bem jurídico, Gimbernat Ordeig chega a conclusões semelhantes às de Roxin.

A legitimidade é fundamentada na proximidade dos animais com os seres humanos, levando à conclusão de que, nesses casos, a tutela penal se volta à proteção da vida ou da integridade física humanas.⁴⁹⁷ Essa relação estreita entre o animal doméstico e o indivíduo demonstra que a situação não configura um crime contra o meio ambiente, mas, sim, uma violação direta de interesses relacionados à convivência humana.

O tipo penal qualificado previsto no artigo 32, § 1º-A, da Lei 9.605/98, ao estabelecer penas mais severas quando os objetos materiais são cães ou gatos, reflete uma proximidade com a ideia de Roxin acerca da solidariedade humana, bem como uma visão patrimonialista, ao conferir maior proteção a esses animais domésticos em comparação aos demais. Embora a dor sentida por diferentes espécies de animais seja equivalente, a estrutura social moderna privilegia cães e gatos devido ao vínculo afetivo e à convivência mais próxima com os seres humanos. Essa abordagem é claramente antropocêntrica, com um forte teor patrimonialista, negligenciando os animais enquanto parte integrante da fauna, cujo valor seria fundamental para o equilíbrio do ecossistema. Assim, a qualificação penal não se baseia na dor dos animais propriamente dita, mas no impacto emocional que essa dor causa nos indivíduos que a testemunham.

A afirmação de que o animal não possui direitos subjetivos implica a negação de direitos como à vida, à integridade física e à liberdade sexual. Entretanto, com base na perspectiva sensocentrista, é possível justificar a tutela penal fundamentada nos sentimentos de dor experimentados pelos animais ao serem atacados em algum desses aspectos.⁴⁹⁸ Ainda assim, é importante reconhecer que o sensocentrismo incorpora um componente moral significativo, o qual, contudo, não será objeto de aprofundamento neste trabalho.

⁴⁹⁶ ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación, *op. cit.*, p. 17-18.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁹⁸ VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal, *op. cit.*, p. 101.

Nesta perspectiva, as teorias demonstram eficácia em justificar a punição por maus-tratos aos animais, embora fundamentadas em razões distintas da tutela à fauna ou ao meio ambiente. O maltrato a animais, inclusive a morte de determinados grupos, pode não provocar qualquer impacto ao ecossistema ou nas condições de vida humana no planeta, sendo, em alguns casos, considerados inofensivos ao equilíbrio ecológico.⁴⁹⁹

4.3 Da emissão de efluentes à poluição

O delito previsto no artigo 33 apresenta uma conduta típica cuja ilicitude não depende da atuação administrativa, ao prever a punição para a emissão de efluentes que provoque a morte de espécimes da fauna aquática. Assim, em princípio, a administração ambiental não poderia autorizar a emissão de efluentes capazes de causar a morte de tais espécimes.

Em Portugal⁵⁰⁰, o crime de poluição é tratado como um crime de desobediência qualificada, permitindo a poluição conforme prescrições administrativas, o que gerou a expressão *se poluir, não exagere*⁵⁰¹, sem prejuízo do resultado de perigo comum previsto no artigo 280.⁵⁰²

A estrutura típica desse delito contém elementos semelhantes aos do crime de poluição previsto no artigo 54, em que o resultado é a poluição que pode causar danos à saúde humana ou a morte de animais. Nesse segundo caso, os elementos são semelhantes aos do crime do artigo 33, levando a doutrina a argumentar que a emissão de efluentes poderia configurar um tipo qualificado de crime de poluição.⁵⁰³ O perecimento de espécimes da fauna, causado por emissão de efluentes ou carreamento de material, será tipificado no artigo 33, mesmo sendo

⁴⁹⁹ VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁰⁰ Artigo 279.º (Poluição). “1. Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; de forma grave, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias” (PORTUGAL. Assembleia da República. Lei n.º 59, de 04 de setembro de 2007. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. **Diário da República**, Série I, n.º 170, 04 set. 2007. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2007-640142>. Acesso em: 24 set. 2024).

⁵⁰¹ LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁰² Artigo 280.º (Poluição com perigo comum) “Quem mediante conduta descrita nas alíneas do n.º 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, para bens patrimoniais alheios de valor elevado ou para monumentos culturais ou históricos, é punido com pena de prisão: a) De um a oito anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas; b) Até cinco anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência” (PORTUGAL, *op. cit.*).

⁵⁰³ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**, *op. cit.*, p. 219; GOMES, Luís Roberto. Crimes contra a fauna aquática. In: MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes ambientais** – comentários à lei 9.605/98. pp. 165-185, p. 168.

condutas consideradas poluidoras. A relação entre os tipos é de especialidade, sendo o do artigo 33 mais específico que o crime de poluição, que possui elementos genéricos.⁵⁰⁴

O evento no tipo do artigo 33 limita-se à morte da fauna ictiológica enquanto no crime de poluição há a previsão de risco à saúde humana, o que talvez justifique a pena mais leve para aquele delito em comparação com este. Contudo, nos delitos previstos nos artigos 270 e 271 do Código Penal, que tratam de crimes contra a saúde pública envolvendo a água e a saúde humana, as penas são ainda mais severas.⁵⁰⁵

À exceção do artigo 33, todos esses tipos penais demonstram forte influência da utilidade da água para o ser humano, evidenciando a teoria do bem jurídico com uma abordagem antropocêntrica. No entanto, o artigo 33 preserva a tutela da fauna ictiológica, sem qualquer previsão de evento que represente um risco à saúde pública.

Os efluentes são resíduos diários, resultantes das atividades industriais ou residenciais, podendo estar na forma líquida, gasosa ou sólida, contendo elementos químicos ou orgânicos e podendo prejudicar o ecossistema ou a saúde dos humanos se descartados sem tratamento adequado.⁵⁰⁶ Os efluentes gasosos, provenientes de chaminés industriais ou combustão automotiva, não são abrangidos pelo artigo 33, que se destina à proteção da fauna ictiológica.⁵⁰⁷ Efluentes sólidos, como plásticos, papéis, madeira, metais e resíduos de atividades domésticas, hospitalares, agrícolas e de varrição, incluindo o lodo de tratamento de água, estão definidos pela ABNT, NBR 1004.⁵⁰⁸

O tipo penal do artigo 33 não pune qualquer emissão de efluentes nem utiliza a transgressão administrativa para qualificá-la. A verificação da potencialidade lesiva da conduta será demonstrada pelo perecimento de espécimes da fauna aquática, o que desafia o nexo de causalidade em alguns casos. Pode haver tanto a emissão de efluentes residenciais, em que um conjunto de casas provoque o evento típico como um único ato, quanto casos como o da empresa Samarco, que resultou na morte de 14 toneladas de peixes entre 20 e 30 de novembro de 2015⁵⁰⁹.

A emissão de efluentes ocorre, e apenas níveis insuportáveis para a fauna aquática serão punidos criminalmente, evidenciando uma estrutura relacional do bem jurídico ao indivíduo

⁵⁰⁴ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 220-221.

⁵⁰⁶ FREITAS JÚNIOR, Pedro Otávio de. A conscientização através da lei ambiental como mecanismo de acautelar a poluição por efluentes. **Revista de ciências jurídicas e sociais aplicadas**, v. 4, p. 61-74, 2021, p. 63.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰⁹ MARQUES, Fernando Tadeu, DIAS, Reinaldo; SILVA, Grazielle da. A responsabilidade penal ambiental no caso do desastre de Mariana/MG. **Derecho y Cambio Social**, v. 51, p. 01-18, 2018, p. 10.

sem uma ideia de proteção total. A conduta proibida se restringe aos níveis considerados insuportáveis, o que se reflete no perecimento da fauna ictiológica como evento típico de dano.⁵¹⁰ A ética antropocêntrica é perceptível, pois não se pune qualquer emissão de efluentes, mas apenas aquelas com nível de lesão considerado suficiente para justificar a sanção penal, revelando uma função do meio ambiente em benefício do indivíduo.⁵¹¹

Essa estrutura relacional do bem jurídico permite sua identificação com o objeto material da conduta, sem exigir que possuam o mesmo conteúdo, permitindo compreender o crime de emissão de efluentes como um crime de dano, dado que o resultado é o perecimento de espécimes da fauna aquática.⁵¹² Em contraponto, se for considerada a necessidade de afetação ao próprio bem jurídico tutelado para esta relação, ter-se-ia um crime de perigo.⁵¹³

A relação entre a possibilidade de a conduta afetar o objeto material e a ligação deste com o bem jurídico demonstra, a partir do critério político-criminal da necessidade, subsidiariedade e eficácia, uma justificativa para a proteção penal, constituindo o espaço adequado para o legislador criar tipos penais.⁵¹⁴ A subsidiariedade e o princípio da *ultima ratio* tornam-se ainda mais relevantes na tutela de um bem jurídico fortemente influenciado pela acessoriedade administrativa, com o objetivo de o legislador avaliar a eficácia dos meios não penais para a proteção, sejam eles políticas sociais, econômicas e industriais racionais, ou a tutela administrativa.⁵¹⁵

A natureza difusa do meio ambiente adapta-se às estruturas que o integram, como a água e a fauna marinha no caso do crime de emissão de efluentes, para permitir a verificação do evento estabelecido para a consumação do delito. Todavia, a forte influência do direito administrativo, que pode permitir a emissão de efluentes em níveis mais elevados, assim como a competência do órgão de administração ambiental para indicar a presença de fauna aquática a ser afetada, cria obstáculos para a atuação do direito penal. No entanto, a conduta proibida prevista nesse crime possui autonomia em relação à atuação administrativa, assim como ocorre no crime de poluição previsto no artigo 54. Dessa forma, a autorização ou permissão para emissão de efluentes pode não impedir a responsabilização penal caso haja o perecimento de espécimes da fauna.⁵¹⁶

⁵¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição, *op. cit.*, p. 111.

⁵¹¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹² *Ibid.*, p. 111-112; GOMES, Luís Roberto. Crimes contra a fauna aquática, *op. cit.*, p. 168.

⁵¹³ RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.*, p. 112.

⁵¹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁵¹⁶ BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**, *op. cit.*, p. 317-318.

O delito em análise exemplifica os chamados delitos por cumulação. Wohlers, ao estudar a legitimidade dos delitos de perigo em um direito penal da voltado para a prevenção, apresentou uma classificação que inclui delitos por cumulação, delitos de ação concretamente perigosa e delitos de preparação.⁵¹⁷ Entretanto, o delito previsto no artigo 33 da Lei nº 9.605 é um delito de dano, o que exclui a ideia de cumulatividade.

Observa-se que a formulação de Wohlers, criada para justificar delitos de perigo abstrato, utiliza o conceito dogmático de bem jurídico não como um limite à criação de tipos, mas como ponto de partida para buscar a legitimidade dos tipos penais.⁵¹⁸ A norma proibitiva depende tanto da exegese do bem jurídico quanto da estrutura do delito, como forma de permitir a compreensão das liberdades civis e dos princípios fundamentais do direito penal, garantindo, assim, a orientação liberal que permeia essa teoria.⁵¹⁹

Roxin critica os delitos por cumulação, argumentando que o autor seria punido por ações de terceiros (*ex iniuria tertii*), pois a lesão ao bem jurídico ocorreria apenas após ações hipotéticas de diversas outras pessoas. Ele afirma ainda, citando Anastosopoulou, que tais eventos futuros são imprevisíveis e acrescenta que em um crime de lesão corporal não se lesionará todo o corpo e que haverá lesão ao patrimônio da vítima em um crime de estelionato, ainda que o prejuízo seja de pequeno valor e pouco relevante para o patrimônio da vítima⁵²⁰

⁵¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23-68, p. 26.

⁵¹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁵²⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 197-198.

Roxin concorda com Schünemann no que diz respeito à lesão de pequena monta sob a ótica do crime de bagatela, uma vez que, nesses casos, a lesão ao patrimônio não deixa de ocorrer.⁵²¹ Contudo, a questão da causalidade múltipla, característica da moderna sociedade industrial, escapa ao objetivo do presente trabalho.⁵²²

⁵²¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, *op. cit.*, p. 198.

⁵²² SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, *op. cit.*, p. 218.

CONCLUSÃO

1. A tutela constitucional do meio ambiente, numa perspectiva ética antropocêntrica, satisfaz os objetivos da teoria do bem jurídico ao considerar a fauna merecedora de proteção penal na medida em que esta serve à utilidade humana. Contudo, a perspectiva ecocêntrica aprofunda-se na relevância do meio ambiente para a manutenção das condições de vida da humanidade. Sendo um elemento real do qual a humanidade depende, o meio ambiente não deve ser reduzido pela proteção jurídica. A perspectiva ecocêntrica aborda o meio ambiente de forma mais condizente com a sua verdadeira importância, já que não haverá humanidade sem condições de vida adequadas.

2. O meio ambiente distingue-se dos demais bens jurídicos difusos e coletivos tutelados pelo direito penal, uma vez que não se trata de uma criação jurídica ou social da modernidade; apenas o risco à sua integridade é fruto desse período. Contudo, observa-se um desconhecimento sobre a relevância da fauna para a preservação do meio ambiente, o que resulta num enfraquecimento da percepção de que a integridade da fauna constitui um direito fundamental, frequentemente subordinado à utilidade dos animais para os indivíduos.

3. A Constituição estabelece fundamentos para uma política criminal que limite o poder do legislador na criação de normas penais. Esses fundamentos visam evitar a promulgação de leis penais de ocasião, marcadas por objetivos políticos e simbólicos evidentes. A limitação do poder legislativo nesse âmbito é essencial para o funcionamento do sistema penal, uma vez que as leis de ocasião geram confusão na sociedade, desviam a sua atenção e aumentam a carga de trabalho do Poder Judiciário.

4. O mandado de criminalização para a tutela do meio ambiente prevê uma proteção de três naturezas: criminal, administrativa e cível. A elaboração de leis penais que dependem da acessoriedade administrativa distancia o tipo penal da sua função principal, que é proteger o bem jurídico proposto, subordinando-o à atuação dos órgãos ambientais.

5. A teoria do bem jurídico encontra limites na sua função como instrumento de política criminal, permitindo a criação excessiva de tipos penais, muitas vezes sem conexão com o objetivo de tutela pretendido. Essa expansão do direito penal não é adequadamente contida pela teoria dos bens jurídicos.

6. O bem jurídico é um conceito da teoria do direito, não exclusivo do direito penal, podendo ser utilizado em complemento à busca de interesses subjetivos nas condutas a serem punidas, desde que se adote uma perspectiva ética ecocêntrica em relação ao meio ambiente.

7. A teoria de Jakobs não estabelece limites para a criação de tipos penais, resultando na dificuldade de distinguir infrações administrativas de infrações penais.

8. Os tipos penais destinados à proteção da fauna, previstos na Lei nº 9.605/98, acabam por salvaguardar mais a atuação dos órgãos ambientais do que a própria fauna, devido à sua excessiva dependência da acessoriedade administrativa. Grande parte dos ataques ao meio ambiente decorre de ações autorizadas por esses órgãos, comprometendo o objetivo central da tutela penal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sizino Lucas Ferreira de. Natureza e coletividade: o direito natural de Grotius e as questões ambientais contemporâneas. **Journal os philosophy**, n. 34, p. 83-95, Sept./Dec. 2020.
- AMELUNG, Knut. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 221-259.
- AMELUNG, Knut. O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção dos Bens Jurídicos. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.
- ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A proteção penal do meio ambiente como direito fundamental e os mandados de criminalização. *In*: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (org.). **Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 1. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 172-192.
- BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio; DINO NETO, Nicolao. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 set. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *In*: **Collecção das Leis dos Estados Unidos do Brasil de 1916**. Actos do Poder Legislativo. v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p. 1-242.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 set. 2024.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal** – parte geral. v. I, tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.
- CHAGAS, Márcia Correia. **O direito ao meio ambiente como direito fundamental à vida**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1998.
- COSTA, Marina Lage Pessoa da; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. **O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob**

o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Boletín Oficial del Estado**, n. 311, 29 dic. 1978. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Acesso em: 24 set. 2024.

FACCINI NETO, Orlando. **Teoria geral do crime**. Curitiba: Juruá, 2017.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A constituição da terra, a humanidade em uma encruzilhada**. Tradução do Prof. Dr. Sergio Cademartoni. Florianópolis: Emais, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FREITAS JÚNIOR, Pedro Otávio de. A conscientização através da lei ambiental como mecanismo de acautelar a poluição por efluentes. **Revista de ciências jurídicas e sociais aplicadas**, v. 4, p. 61-74, 2021.

GOMES, Luís Roberto. Crimes contra a fauna aquática. In: MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes ambientais** – comentários à lei 9.605/98. p. 165-185.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, p. 152-194, 2006.

GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdades**, n. 03, p. 47-59, jan./abr. 2010.

GRECO, Luís. Existem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos? **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7-8, p. 349-373, jul./dez. 2011.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In:* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91-100.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In:* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9-22.

HEFENDEHL, Roland. Derecho penal medioambiental: ¿Por que o cómo? **Estudios Públicos**, n. 110, p. 1-27, sept. 2008.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In:* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 173-190.

HEINE, Günther. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Tradução de Paz M. de la Cuesta Aguado e E. Padrós. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 46, Fasc. 1, p. 289-316, 1993.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. *In:* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. sobre los criterios de una imputación justa. *In:* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 279-302.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.** Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal. *In:* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49-64.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade. **Revista de Concorrência e Regulação**, ano II, n. 5, p. 238-272, jan./mar. 2011.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MARQUES, Fernando Tadeu, DIAS, Reinaldo; SILVA, Grazielle da. A responsabilidade penal ambiental no caso do desastre de Mariana/MG. **Derecho y Cambio Social**, v. 51, p. 01-18, 2018.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal: Parte general**. 7. ed. Tradução de Jorge Boffil Genzsch e Enrique Aimone Gibson, atualização de Heinz Zipf. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Tutela da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 5, p. 25-34, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição. **Direito e justiça**, v. 12, n. 1, p. 103-144, 1998.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77-100.

NAVES, José Paulo Micheletto. Crimes Ambientais. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Direito penal econômico – Leis penais especiais**. De acordo com a Lei 13.964/2019. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 193-304.

OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto. O instituto do silêncio administrativo positivo da lei da liberdade econômica e suas repercussões à tutela penal ambiental. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de direito penal ambiental**. Belo Horizonte: Expert, 2021. p. 112-149.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martín e Iñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-22.

OSORIO, Juan Luis Fuentes. ¿Delito medioambiental como delito de lesión? **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 1, n. 2, p. 1-61, 2010.

PALAZZO, Francesco. **Estado constitucional de derecho y derecho penal** (consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994). Tradução de Virginia Sánchez López. Revista Penal. Barcelona: Práxis, n. 2, p. 49-60, 1998.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. Meio ambiente: Parecer em direito penal ambiental. **Revista Direito Público – Em Revista**, n. 3, p. 144-158, ago./set. 2000.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei n.º 59, de 04 de setembro de 2007. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. **Diário da República**, Série I, n.º 170, 04 set. 2007. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2007-640142>. Acesso em: 24 set. 2024.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: direito penal do meio ambiente**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Luis Rodriguez. Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente. **Documentación Administrativa – I Congreso Sobre Legislación Ambiental**, n. 190, p. 457-485, 1981.

RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (org.). **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. Teoria e prática. 2. ed., tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 433-448.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I, tradução da 2. ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I: fundamentos: a estrutura da teoria do crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. La política criminal y el sistema de derecho penal. *In*: ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 44, fasc. 3, p. 693-714, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 191-220.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23-68.

SCHLEYER, Claudio Feller. El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, v, 26, n. 1, p. 41-52, 2005.

SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, harm principle y el modelo del reconocimiento como criterio de merecimiento da pena. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 365-374.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Rafael Alcácer, Mariá Martin e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 65-88.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**. 4. ed., tradução de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-116.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y derecho penal. Tradução de Luis Arroyo Zapatero. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 11, n. 33, p. 145-170, sept./dic. 1991.

TIEDEMANN, Klaus. La constitucionalización de la materia penal en Alemania. **Anuario de Derecho Penal**, n. 1994, p. 1-9, 2005.

UNESCO; ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas: Unesco; ONU, 27 jan. 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal: parte geral**. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILLARROEL, David. El bien jurídico penal en el delito de maltrato animal. **Revista de Estudios Jurídicos**, n. 11, p. 91-105, 2019.

XAVIER, Cláudio. Direito dos animais no século XXI: uma abordagem ambiental, filosófica e jurídica das questões que envolvem os direitos dos animais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, n. 13, p. 16001-16028, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. v. II. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, n. 1, p. 1-16, 1998.