

## **O DIREITO PENAL DO RISCO E A PROTEÇÃO JURÍDICO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO**

**Patrícia da Costa Santana\***

### **RESUMO**

O artigo tem como objetivo expor aspectos da sociedade de risco e de como eles influenciam a elaboração de tipos penais no Brasil. Critica-se o modo como o legislador utiliza o direito penal para produzir efeitos simbólicos na sociedade. Criando-se um tipo penal novo, ou majorando a pena de um já existente, cria-se a ilusão de segurança jurídica para o problema, pois o direito teria conseguido apreender o fenômeno, entender sua dinâmica e resolver seus conflitos. Isto é particularmente observado nos chamados crimes de perigo, em que para a proteção de bens na sociedade de risco, são instituídos novos tipos penais, com o propósito de acalmar as reações emocionais entre os cidadãos. Determinadas decisões legislativas não apenas carecem de fundamentos materiais justificadores de sua adoção, como realizam um excessivo uso do direito penal para fins que não lhe são próprios, atribuindo-lhe a função de guardião da sociedade, do Estado e de seus interesses. Tal situação vem sendo discutida dirigindo-se, recentemente, a atenção para a função que o bem jurídico deve desempenhar na restrição do âmbito de tutela a ser exigida do Direito Penal. Para ilustrar a discussão analisa-se a proposta de criação de tipo penal para a tutela do patrimônio cultural brasileiro de natureza imaterial que apresenta aspectos da sociedade do risco e suas conseqüências penais.

**PALAVRAS CHAVE:** SOCIEDADE DE RISCO. DIREITO PENAL DO RISCO. PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL.

---

\* Mestre em Direito Público – UFBA. Procuradora Federal

## **ABSTRACT**

The article has as objective to expose aspects of the society of the risk and of like them they influence the elaboration of penal types in Brazil. It is criticized as the legislator uses the penal law to produce symbolic effects in the society. Already growing up a new penal type, or increasing the punishment of an existent, it grows up juridical safety's illusion for the problem, because the law would have gotten to apprehend the phenomenon, to understand your dynamics and to solve your conflicts. That is particularly observed in the danger crimes, that for the protection of properties in the society of the risk, new penal types are instituted, with the purpose of calming the emotional reactions among the citizens. Certain legislative decisions don't just lack of ground material that justify your adoption, as they accomplish an excessive use of the penal law for ends that are not her own, attributing her the function of the guardian of the society, of the State and of your interests. Such situation has been discussed directing recently, the attention for the function that the property juridical should carry out in the restriction of the ambit of it tutors to be demanded from the penal law. To illustrate the discussion it is analyzed the creation of penal type for the tutela to the heritage cultural Brazilian of immaterial nature that presents aspects of the society of the risk and your penal consequences.

**KEYWORDS:** SOCIETY OF THE RISK. PENAL LAW OF RISK. PENAL PROTECTION OF THE IMMATERIAL CULTURAL HERITAGE.

## **1 - INTRODUÇÃO**

A escorreita criação de tipos penais para os temas que passam a ocupar lugar nas discussões no Brasil é muito comum. Parece ser a primeira resposta que o legislador tem para oferecer, quando a situação se apresenta no debate em sociedade, ou mesmo é fomentada pelos poderes públicos, como analisa José Luis Díez Ripollés<sup>1</sup>.

Criando-se um tipo penal novo, ou majorando a pena de um já existente, cria-se a ilusão de segurança jurídica para o problema, pois o direito teria conseguido apreender o fenômeno, entender sua dinâmica e resolver seus conflitos, promovendo “o

---

<sup>1</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 26.

deslocamento acentuado do âmbito de decisão dos diversos dilemas valorativos sociais para o plano jurídico, cuja legitimação para delimitar os interesses implicados em cada conflito não deixou de crescer à medida que aumentou a autocompreensão das sociedades atuais como sociedades pluralistas”<sup>2</sup>.

A crítica de que o legislador utiliza o direito penal para produzir efeitos simbólicos na sociedade tornou-se um argumento freqüente no debate político-criminal e serve, segundo José Luis Diez Ripollés, para desqualificar tangentemente determinadas decisões legislativas que não apenas carecem de fundamentos materiais justificadores de sua adoção, como realizam um excessivo uso do direito penal para fins que não lhe são próprios<sup>3</sup>.

A postura, criticada pela verdadeira inflação normativa que promove, provoca duas outras situações ainda mais incômodas: estabelece, muito comumente, antinomias entre normas novas e as já existentes; atribui ao Direito Penal a função de guardião da sociedade, do Estado e de seus interesses<sup>4</sup>.

Isto é particularmente observado nos chamados crimes de perigo, em que para a proteção de bens na sociedade de risco em que se vive<sup>5</sup>, são instituídos novos tipos penais<sup>6</sup>, realizando “o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos”<sup>7</sup>.

Como afirma Figueiredo Dias verifica-se:

---

<sup>2</sup> RIPOLLÉS, op. cit., p. 25.

<sup>3</sup> RIPOLLÉS, op. cit., p. 24. Também trata do efeito simbólico do direito penal, embora dirigido à questão da diminuição da idade para a aplicação de pena, Maria Auxiliadora Minahim. Novos limites para a maioria penal: um tema recorrente. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 164.

<sup>4</sup> Ainda sobre o papel do simbólico no discurso jurídico consultar Juarez Tavares. A globalização e os problemas de segurança pública. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 127-142. O autor expõe como modelo para discussão os delitos de perigo e traça uma linha comparativa entre o discurso político e o discurso jurídico nos períodos imperial, de ditadura militar e nos dias atuais, mostrando como foi e é presente a figuração simbólica do direito penal para a pretensa operatividade e efetividade do Estado na manutenção da segurança pública.

<sup>5</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 28. O autor enfatiza que o crescimento exponencial das forças produtivas no processo de modernização virá a criar novos riscos, até então desconhecidos.

<sup>6</sup> O que é caracterizado por Cláudio Alberto Gabriel Guimarães como hiperinflação legislativa penal, decorrente da atribuição de anomia das normas jurídicas aos novos conflitos, com o claro objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos desassistidos do modelo globalizador. O impacto da globalização sobre o direito penal. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 1, jul./dez. 2004, p. 246 e 253.

<sup>7</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 91.

(...) a latere dos bens jurídicos de natureza individual, a existência de bens jurídicos de índole supra-individual, social ou colectiva, dotados de um mesmo grau de exigência de tutela, o que em nada belisca a plena função de exclusiva protecção subsidiária de bens jurídicos do Direito Penal (...).<sup>8</sup>

Tal situação vem sendo discutida e chama-se, mais recentemente, a atenção para a função que o bem jurídico deve desempenhar na restrição do âmbito para a tutela a ser exigida do Direito Penal.

Para ilustrar a discussão neste artigo o propósito é trazer à baila a proposta de criação de tipo penal para a tutela do patrimônio cultural brasileiro de natureza imaterial que espelha aspectos da sociedade do risco e suas conseqüências penais.

## 2 – SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL

A idéia subjacente à sociedade de risco anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária provinham de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas, para contenção das quais era suficiente a tutela penal dispensada aos bens jurídicos clássicos. Na atualidade, a ação humana se revela capaz de produzir riscos globais e mediatamente<sup>9</sup>.

Tais riscos são aqueles intensificados pelas sociedades industriais, velozes, poluidoras em larga escala, superpovoadas e complexas, que foram criando dificuldades à aplicação do direito penal clássico<sup>10</sup>, ou liberal<sup>11</sup>, às novas demandas de tutela, que se materializam mais fortemente no direito econômico<sup>12</sup> e no direito ambiental<sup>13</sup> e segundo Rogério Maia Garcia, cede espaço a um novo Direito Penal, destinado a proteger os

---

<sup>8</sup> Citado por FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 96.

<sup>9</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 43-44.

<sup>10</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco. *Direito em revista*. Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO. Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan./jun. 2003, p. 20. Sobre a expressão direito penal clássico, Luiz Flávio Gomes explica que foi formado sob inspiração do Iluminismo e é responsável pela construção histórica de um direito penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra as intervenções punitivas do Estado, almejando a redução da violência, do despotismo e da arbitrariedade, que caracterizavam o direito anterior (do Ancien Régime). Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 236-241.

<sup>11</sup> SIMÕES, Rita. A proteção penal ao meio ambiente: natureza do bem jurídico protegido. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, jan/1996-dez/1997, p. 264. A autora explica que ou porque havia a identificação do bem com a pessoa, ou porque a ofensa surgia de modo preciso e particularizado.

<sup>12</sup> SILVA, op. cit., p. 22.

<sup>13</sup> É nesta perspectiva que se insere a discussão sobre o patrimônio cultural, conforme tem por certo Marcos Paulo de Souza Miranda, no seu Patrimônio cultural é meio ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 43, jul./set. 2006, p. 352-354.

bens jurídicos supra-individuais, sem que isso signifique que seja identificado como a única solução ao aumento da chamada macrocriminalidade<sup>14</sup>.

Cuida-se, aqui, da noção de risco como a terceira etapa do desenvolvimento da problemática, como a delineou Pablo Rodrigo Aflen da Silva, que corresponde ao risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível<sup>15</sup>, para o qual, segundo Jorge de Figueiredo Dias, não está o direito penal preparado se teimar em “ancorar a sua legitimação substancial no modelo do ‘contrato social’ rousseauiano (...)”<sup>16</sup>. Tais riscos modernos atingem os campos nos quais se executa a modernização da vida, como a globalização da economia e da cultura, o meio ambiente, o sistema monetário, a migração e integração, o processamento de dados etc.<sup>17</sup>.

Não falta quem observe que a sensação de insegurança duradoura, “potencializado por uma ênfase provocada pelos meios de comunicação”<sup>18</sup>, e a indeterminação do futuro conduz a uma emocionalização e a uma moralização do discurso público que, no âmbito de uma sociedade catastrófica, marcada por desastres nucleares, genéticos ou ameaças terroristas, frequentemente desemboca no discurso jurídico-penal<sup>19</sup> e político-criminal do risco<sup>20</sup>.

Informa Pablo Rodrigo Aflen da Silva que foi a Escola de Frankfurt que originalmente analisou os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes da moderna sociedade de risco para o direito penal<sup>21</sup>. Prittwitz, um seu integrante, já observava o surgimento de um direito penal do risco, tendente a se transformar num direito penal do inimigo<sup>22</sup>, e que é caracterizado quando se coloca a criação do risco e o

---

<sup>14</sup> Em verdade, o autor rechaça que o direito penal seja a resposta mais adequada aos riscos característicos da sociedade contemporânea, temendo pelo aumento de seu papel meramente simbólico. A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 93.

<sup>15</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 76.

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 45.

<sup>17</sup> SILVA, op. cit., p. 81.

<sup>18</sup> GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 88.

<sup>19</sup> Que apresenta o direito penal como tábua de salvação para todos os males, segundo observação de Rogério Maia Garcia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 78.

<sup>20</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 79 e 82.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>22</sup> Conceito introduzido por Günther Jakobs, e muito bem analisado por Luís Greco que, apenas legítimável como um direito penal de emergência pelo discurso jurídico-penal autoritário, conclui pela

aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre a imputabilidade penal. A dogmática do risco é a discussão sobre reações do direito penal a novas situações de ameaça, embora isto seja apenas um aspecto do conceito de um direito penal do risco. Isto é, longe de aspirar a conservação do seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em um direito penal expansivo, caracterizado pela admissão de novos candidatos a bens jurídicos, pelo adiantamento da barreira entre o comportamento punível e o não-punível e pela redução das exigências para a censurabilidade<sup>23</sup>.

É crescente a tendência para o incremento dos delitos de perigo abstrato, situação que se afigura irreversível no contexto dos novos riscos<sup>24</sup>. A defesa da instituição destes tipos de crime baseia-se na necessária prevenção exigida atualmente para bens que sequer deveriam ser colocados em situação de perigo concreto, tanto mais sofrer qualquer tipo de dano, em razão de sua importância<sup>25</sup>. Cuida-se de uma antecipação da tutela a um ponto anterior à lesão, sendo suficiente a probabilidade da sua ocorrência, ainda que abstrata<sup>26</sup>. Por isso são chamados de crimes de mera atividade ou de infração de dever objetivo de cuidado.

Neste contexto assumem relevância as chamadas normas penais em branco, que foram analisadas e legitimadas em primeiro lugar por Binding, que as identificou como tipo descrito de modo impreciso, e cuja matéria de proibição deveria ser preenchida por

---

sua infecundidade e falta de clareza, como conceito descritivo, além de consistir num verdadeiro direito penal de autor, como conceito legitimador-afirmativo. São suas características uma extensa antecipação das proibições penais, e a restrição das garantias processuais do estado de direito e segundo Greco servem para justificar o porquê de se proibirem e punirem ações não perigosas para bem jurídico algum, mas tão só animadas por uma vontade criminoso. Sobre o direito penal do inimigo. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 13, n. 56, mar./abr. 2005, p. 80-112.

<sup>23</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 38-39.

<sup>24</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 91. Assevera Winfried Hassemer que os crimes de perigo abstrato são a forma delitativa da modernidade. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. II, n. 8, 2003, p. 60.

<sup>25</sup> FERNANDES, op. cit., p. 93.

<sup>26</sup> Pela defesa da instituição dos crimes de perigo abstrato, em razão dos princípios da prevenção e da precaução que fundamentam todo o direito ambiental, se manifesta Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, in Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 42, abr./jun. 2006, p. 06. Curiosa é a posição de Miguel Reale Junior que considera próprios do Direito Penal Ambiental a manutenção de tipos de perigo abstrato, mas rejeita a intervenção penal frente a uma simples promessa de lesão ao bem protegido, o que chama de crime de mera posição. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 2, n. 02, jan./jun. 2005, p. 71 e 73.

uma autoridade policial ou judicial<sup>27</sup>. Reconhece Binding que tais normas são flexíveis, modificando-se de acordo com as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem, o que revela seu caráter histórico e, portanto tendente a seguir os movimentos políticos e dos tempos.

O desenvolvimento posterior das leis penais em branco<sup>28</sup> se deveu a Mezger, ao distingui-los dos tipos penais fechados, categorizá-los em sentido estrito e em sentido lato, e consagrá-los como uma técnica legislativa. Como destaca Pablo Aflen, “naturalmente, todo conceito adquire novos matizes quando se submete a novos contrastes, e neste sentido o próprio conceito de lei penal em branco adquiriu novos matizes em consideração à complexidade dos âmbitos que passaram a reclamar proteção penal”<sup>29</sup>.

Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que desde a sua noção e sua legitimidade até suas conseqüências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade do risco, tendem a fazer com que se amplie mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico penais.<sup>30</sup>

Apesar dos inconvenientes, não é possível prescindir desta técnica, porque é impossível que as leis abarquem a infinita variedade dos fatos da vida, cabendo discutir como e em que medida deve-se permitir a utilização de leis penais em branco, em especial para que seja preservado o princípio da reserva legal<sup>31</sup>.

Há quem afirme não dever caber ao Direito Penal o papel de guardião de uma nova ética necessária aos tempos pós-modernos<sup>32</sup>. Mas é reconhecido o quão difícil é

---

<sup>27</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco. *Direito em revista*. Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO. Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan./jun. 2003, p. 21.

<sup>28</sup> Tipos em que a sanção é precisa, mas não o conteúdo. Existem outras formulações que entendem as normas penais em branco como hipóteses de fato por remissão a uma norma de caráter não penal ou que equiparam as leis penais em branco com os chamados tipos penais abertos. Por todos ver SILVA, op. cit. p. 22-23.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>30</sup> SILVA, op. cit., p. 23. No mesmo sentido o autor expõe em Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 89.

<sup>31</sup> Quanto aos tipos penais abertos, é peremptória a recusa para a proteção difusa que formula Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 87.

<sup>32</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 82. GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 78.

prescindir da função social do Direito<sup>33</sup>. Todavia, se é ao Direito que cumpre disciplinar os fenômenos globais e de massa, não é necessariamente o Direito Penal que vai desempenhar o principal papel na sua contenção, podendo dar origem à sua aplicação muito rígida ou incorreta<sup>34</sup>, devendo-se conferir a outros ramos de direito a tarefa de tutela de tais fenômenos<sup>35</sup>.

Alega-se, por outro lado, que o direito penal não constitui barreira intransponível para o sucesso na prevenção e controle dos riscos globais, até por conta da incapacidade de acompanhar a velocidade da realidade que lhe é apresentada. Este argumento Jorge Figueiredo Dias rebate dizendo que não é propósito do Direito Penal alcançar uma proteção em si mesmo e como um todo, senão o de oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites suportáveis<sup>36</sup>. Está em causa a proteção lacunosa, subsidiária, fragmentária de bens jurídico-penais coletivos como tais, que não é absoluta. Deve o Direito Penal distinguir entre ofensas admissíveis e inadmissíveis e criminalizar apenas as últimas, o que supõe uma difícil atividade de ponderação de interesses complexos e diversificados.

Ensina Paulo de Souza Queiroz que

Não constitui ele (direito penal), ilícitos próprios, autônomos, limitando-se, assim, a reforçar, por meio de sua drástica intervenção, a proteção de bens jurídicos fundamentais ou pretendidamente fundamentais. Por isso se afirma ser sancionador, subsidiário, complementário, acessório, secundário, residual, etc., em relação aos demais ramos do direito, e especialmente em relação ao direito constitucional, não significando, com isso, entretanto, que não contenha a norma penal, preceito, para só se limitar à formulação de sanções.<sup>37</sup>

Continua o autor dizendo que o direito penal cinge-se a selecionar e sancionar mais gravemente, por sua transcendência, fatos que já são proscritos pela ordem extra

---

<sup>33</sup> E em especial do direito penal, como esclarece Paulo de Souza Queiroz, ao cuidar do seu caráter de subsidiariedade política e social, sendo considerado uma das muitas forças que convergem para o controle social sobre os indivíduos, embora a mais radical e perceptível dessas forças. *Caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 76 e seg.

<sup>34</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 33.

<sup>35</sup> Jorge de Figueiredo Dias acentua o aspecto conservador desta posição, herdeira do patrimônio ideológico do Iluminismo penal. In *O Direito Penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”*. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 48.

<sup>36</sup> DIAS, op. cit., p. 55, 58 e 65.

<sup>37</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 67-68. Do mesmo autor cf. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12 a 16, que realiza uma análise sobre a discussão do caráter constitutivo ou subsidiário do direito penal, concluindo pela subsistência do último.

penal, pública ou privada, sendo que a subsidiariedade decorre primeiro da unidade lógica do direito e segundo de imposição político-criminal, a recomendar a intervenção somente nas singularíssimas afrontas a bens jurídicos fundamentais para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico ordinário.

### 3 - O BEM JURÍDICO E SUA IMPORTÂNCIA NA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL

Acerca do chamado direito penal do risco, cumpre destacar o pensamento de Silva Dias, citado por Paulo Silva Fernandes, que aceitando a imprecisão dos contornos do novo gênero de bens jurídicos e seu caráter coletivo ou supra-individual, introduz um dado, qual seja, a existência de um referente pessoal do bem jurídico. Ou seja, serão bens pertencentes à pessoa e tendentes à proteção de interesses seus, enquanto indistinto ser social<sup>38</sup>.

Discordância quanto ao titular do bem protegido figura no pensamento de Figueiredo Dias<sup>39</sup>. De fato o autor considera prejudicada uma concepção exageradamente antropocêntrica dos bens jurídicos coletivos, como que ligados indissolavelmente aos bens jurídicos individuais ou dotados de um referente pessoal<sup>40</sup>. Para o autor tal concepção nega o reconhecimento de verdadeiros bens jurídicos coletivos, que devem ser aceitos como universais, transpessoais ou supra-individuais<sup>41</sup>. A verdadeira característica do bem jurídico coletivo reside em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um sem que ninguém possa ficar excluído do gozo<sup>42</sup>. Disto

---

<sup>38</sup> Citado por FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 97.

<sup>39</sup> Até porque indaga com lucidez como poderão os grandes riscos ser contidos por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima, conf. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 45.

<sup>40</sup> Sobre a questão Maria Auxiliadora Minahim declara que os bens macrosociais, embora tutelados em razão da pessoa, estão referidos à coletividade. Direito Penal Ambiental: um conflito entre a tutela aos interesses coletivos e o individualismo. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, jan/1996-dez/1997, p. 250.

<sup>41</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 53. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 49, jul./ago. 2004, p. 104-105.

<sup>42</sup> Aponta José Henrique Pierangeli para a dificuldade de indicar qual é exatamente o bem jurídico no delito ecológico. *Escritos jurídico-penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 213.

conclui-se pela importância do conceito de bem jurídico, para identificação do dano<sup>43</sup>, para distinguir crimes e contra-ordenações.

Releva o aspecto que Figueiredo Dias aponta como sendo a verificação de condutas que em si mesmas consideradas ou em associação a condutas ocorridas em quantidade inumerável, lesem ou ponham em sério perigo os bens jurídicos. Tais condutas não são necessariamente lesivas, mas são contrárias ao Direito e por isso podem ser configuradas como delitos de desobediência às prescrições emanadas do Direito Administrativo<sup>44</sup>, na medida em que visem evitar a produção de danos e lesões a condições fundamentais da vida em sociedade.

Ao contrário do direito penal clássico<sup>45</sup>, em que as condutas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, no direito penal do risco proibem-se condutas para que elas se tornem socialmente inadequadas<sup>46</sup>.

Modelo deste direito penal do risco é o direito penal ambiental, que é caracterizado pela redução do espaço do risco permitido, pelos efeitos preventivos e pelo abandono dos princípios tradicionais de imputação, com admissão, ademais, de referências a disposições administrativas e deveres jurídico-administrativos, que resulta na denominada acessoriedade administrativa, que se desdobra em acessoriedade conceitual e acessoriedade do ato administrativo geral e individual<sup>47</sup>.

De destacar-se neste passo, e para limitar a análise à questão ambiental, as palavras de Maria Auxiliadora Minahim, que diz

A Constituição de 88, ao consagrar o meio ambiente como bem jurídico de especial relevância, elevando-o à categoria de direito fundamental de

---

<sup>43</sup> SILVA, Marcelo Rodrigues. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 45, out./dez. 2003, p. 159.

<sup>44</sup> Atentar para a distinção que opera Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz entre os delitos de desobediência, que consistem em uma contravenção meramente formal do ordenamento jurídico, e os delitos de perigo abstrato, em que a ação considerada cria um risco determinável a priori e objetivamente desaprovado, embora seja difícil na prática reafirmar a distinção, como quando analisa o art. 55, da Lei n. 9.605/98 ou quando refere a dificuldade criada pelas leis penais em branco. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 42, abr./jun. 2006, p. 15, 17 e 18.

<sup>45</sup> Que segundo Luiz Flávio Gomes já detinha o caráter subsidiário do direito penal e da proteção frente aos ataques mais intensos ou que causem ao menos sério e concreto risco de dano para o interesse tutelado. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 239.

<sup>46</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 83. Da mesma forma aponta PRITTWITZ, op. cit., p. 39.

<sup>47</sup> 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*. São Paulo, a. 14, n. 58, jan./fev. 2006, p. 153-161.

todo cidadão, realiza, no campo normativo, o que as parcelas da comunidade já expressavam como valor e indica as restrições, como consequência, que alguns direitos individuais devem sofrer para o asseguramento da higidez da humanidade como um todo.<sup>48</sup>

Muito proliferou a atuação na seara penal, a respeito da proteção ambiental. Mas “a presença dos interesses supra-individuais é de turbulenta solução”<sup>49</sup>. Conceitos clássicos ficam sem penetrabilidade nesta teia que significa a sociedade de risco, daí porque o desenvolvimento da diretriz social do risco global se orienta no sentido do afastamento do marco conceitual da teoria do delito, com suas garantias formais e materiais<sup>50</sup>. Tal situação reflete a tendência à ampliação de aspectos do direito penal, acima relatados, seguindo-se uma via antigarantista<sup>51</sup>, deixando cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas<sup>52</sup>.

A importância da definição do bem jurídico<sup>53</sup> e a avaliação da necessidade de sua tutela pelo Direito Penal tem sido cada vez mais considerada pelos doutrinadores<sup>54</sup>. Tal consideração revela muitas faces, ora aparecendo como princípio da ofensividade<sup>55</sup>, segundo o qual não há crime sem ofensa ou lesão a um bem jurídico<sup>56</sup>, ora como

---

<sup>48</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito penal ambiental: um conflito entre a tutela aos interesses coletivos e o individualismo. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, jan/1996-dez/1997, p. 252.

<sup>49</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 209.

<sup>50</sup> Conduzindo, conforme Luiz Flávio Gomes, a que o direito penal se transforme de *ultima ratio* em *prima ratio*, particularmente para a solução dos mais agudos problemas sociais. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 240.

<sup>51</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 87.

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. II, n. 8, 2003, p. 59.

<sup>53</sup> Que Segundo Jorge de Figueiredo Dias funda uma perspectiva que se pode qualificar de teleológico-funcional e racional. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 62. Sobre o tema consulte-se, ainda, a síntese histórica que faz Marcelo Rodrigues Silva que diverge, todavia, quanto ao caráter de vitalidade para a comunidade, preferindo afirmar que bem jurídico-penal é tudo o que desperta um significado de valor ao ser humano, individual ou coletivamente considerado e que demanda, por sua essencialidade, a tutela do Direito Penal. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 45, out./dez. 2003, p. 165 e seg. Ver, ainda, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 29.

<sup>54</sup> Com a ressalva que faz José Luis Díes Ripollés de que não é bastante para o desenvolvimento de uma teoria e técnica de legislações penais. RIPOLLÉS, op. cit., p. 26.

<sup>55</sup> Ou da lesividade, conforme aproximação que aparece em Paulo de Souza Queiroz. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 105-116.

<sup>56</sup> MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Revista de ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 15 e 19. O autor destaca que o direito penal busca incrementar o respeito aos bens jurídicos.

princípio da intervenção mínima, que deixa ao Direito Penal o papel de proteger como *ultima ratio* bens de natureza relevante.

Pelo princípio da ofensividade, que vincula legislador e intérprete, somente possuem relevância penal “os fatos que importem a lesão ou ao menos o perigo de lesão a um bem jurídico”<sup>57</sup>, devendo tratar-se de um comportamento socialmente danoso<sup>58</sup>, repudiando-se, assim, os chamados delitos de perigo abstrato<sup>59</sup>.

Em sentido contrario cumpre destacar a opinião de Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, que com apoio em Cristiane Derani, Ivete Senise Ferreira, Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, e tendo em conta a, na maior parte das vezes, irreversibilidade do dano provocado ao ambiente<sup>60</sup>, é amplamente favorável à expansão dos crimes de perigo abstrato, desde que ocorra a compatibilização do direito penal ambiental, a partir da taxativa descrição da conduta típica, com os princípios constitucionais de proteção do meio ambiente<sup>61</sup>.

É a autora quem diz que:

Como não poderia deixar de ser, o Direito Penal Ambiental será informado pela idéia de prevenção de danos. Esta prevenção aparece em três momentos: primeiro na elaboração da lei quando o legislador toma o cuidado de criminalizar não só condutas que descrevem danos especialmente graves ao meio ambiente, mas também estabelece sanções penais para condutas de perigo, uma vez que se constate que essa conduta, se concretizada poderá redundar em danos insuportáveis para o bem jurídico.<sup>62</sup>

Posição intermediária é a de Luís Greco, que não abominando os crimes de perigo abstrato, põe em dúvida que os seus detratores tenham uma noção exata dos interesses supra-individuais (segundo ele confundidos, ocasionalmente, com mero agrupamento de interesses individuais), e ao mesmo tempo um correto entendimento

---

<sup>57</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

<sup>58</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. La relacione entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 44, jul./set. 2003.

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 112.

<sup>60</sup> Quadro reforçado por Cláudia Fragomeni. A Proteção Ambiental e a Legislação. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. IV, n. 18, 2005.

<sup>61</sup> O que reconhece Maria Auxiliadora Minahim quando admite que os tipos de perigo abstrato, embora sofram reprovações, permitem que se exerça a tutela ambiental de forma mais incisiva. Direito Penal Ambiental: um conflito entre a tutela aos interesses coletivos e o individualismo. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, jan/1996-dez/1997, p. 255. Contrariamente Pierpaolo Cruz Bottini. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 14, n. 61, jul./ago. 2006, p. 92 e seg.

<sup>62</sup> Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 42, abr./jun. 2006, p. 11.

sobre a estrutura do delito, que o autor distingue da idéia de bem jurídico protegido. Ele não considera que *in limine* os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais por ofenderem o princípio da lesividade, ou não serem condizentes com um direito penal mínimo. Sua proposta é a de que somente a análise cuidadosa de cada um dos crimes de perigo abstrato pode ajudar na criação de critérios realmente fundados para solucionar o problema da legitimidade das incriminações. A solução será necessariamente diferenciada, porque assim é a realidade<sup>63</sup>.

Segundo o princípio da ofensividade, a mera manifestação de vontade ou sintoma de periculosidade do indivíduo, comportamentos não ofensivos ao bem tutelado pela norma, não tem relevância penal ressaltando o aspecto do bem jurídico como uma limitação intransponível ao legislador na configuração do crime.

A norma delimitadora não vale por si mesma. Para valer, além da exigência quanto ao procedimento democrático de sua elaboração, será preciso que justifique a incriminação sob ponto de vista de seus efeitos sociais, (...).

Essa referência a um efeito produzido pela própria conduta incriminada faz com que a norma incriminadora dependa de que essa conduta tenha efetivamente causado um dano individual e social de certa gravidade ou que, pelo menos, tenha constituído um perigo concreto desse dano.<sup>64</sup>

Não se pode admitir, para estruturar o crime, imposição de posições políticas, religiosas ou éticas, ainda que majoritárias. Também não se admite a criação de crimes que traduzam sanção para a mera desobediência a deveres ou a fatos que não lesionem bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos<sup>65</sup>.

A despeito de toda a importância que guarda a noção de bem jurídico, ela não pode ser determinada com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e capaz de afastar de toda dúvida a fronteira entre o legitimamente possível e o que deve ser criminalizado. O “bem jurídico-penal é ‘apenas’ o padrão crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do direito penal no caso concreto”<sup>66</sup>. Mas é certo que existe consenso sobre seu núcleo essencial, de forma a defini-lo como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si

---

<sup>63</sup> GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 49, jul./ago. 2004, p. 89-147.

<sup>64</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 124.

<sup>65</sup> Sob pena de ruir a distinção entre direito e moral, como alerta Paulo de Souza Queiroz. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 105.

<sup>66</sup> DIAS, op. cit, p. 70.

mesmo socialmente relevante e reconhecido como valioso, como ensina Jorge de Figueiredo Dias<sup>67</sup>.

É o mesmo autor que complementa dizendo que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”<sup>68</sup>. Os bens do sistema social se concretizam em bens jurídicos a merecerem a tutela penal através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Restrições a direitos e liberdades devem se limitar ao necessário para proteger outros direitos constitucionalmente protegidos<sup>69</sup>. Um bem jurídico criminalmente salvaguardado existe primeiro como direito ou interesse previsto na Constituição. Se não é possível encontrar o substrato constitucional do bem protegido a norma incriminatória deve ser considerada inconstitucional.

Assim, combinam-se, pelo menos,<sup>70</sup> os critérios da danosidade e da previsão constitucional. Se ainda são suficientes medidas civis ou administrativas para o restabelecimento da ordem jurídica violada, as medidas penais não devem ser utilizadas.

Reconhece-se que o grande perigo para a subsistência e evolução da doutrina do bem jurídico como instrumento por excelência da determinação material do conceito de crime provém do argumento de que por mais que se antecipe a tutela de bens jurídicos, tal não é bastante para assegurar efetivamente o cumprimento eficaz da função do direito penal na sociedade dos nossos dias, ou na sociedade do perigo, de proteção, e que deveria ser substituída pela função promocional de valores que tornaria o direito penal instrumento de governo da sociedade ou de defesa de seus próprios interesses<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Que destaca os conteúdos eminentemente liberal e normativista da evolução do conceito, culminando com a concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico que hoje se impõe. *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 67. Acerca do assunto cf. SILVA, Marcelo Rodrigues. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 45, out./dez. 2003, p. 162.

<sup>69</sup> Como diz Luiz Carlos Perez, citado por Paulo de Souza Queiroz, o direito penal é o braço armado da Constituição Nacional, e, portanto o último guardião da juridicidade. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 71.

<sup>70</sup> Pois Marcelo Rodrigues Silva fala, ainda, apoiado em Hassemer, da relevância social e da adequação social da conduta, além de a ocorrência desenvolver-se fora do âmbito do risco permitido. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. SILVA, op. cit., p. 177. De forma semelhante SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 57.

<sup>71</sup> GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 91.

Jorge Figueiredo Dias rebate estes argumentos, ao dizer que se hoje a sociedade é reconhecidamente de risco, não se pode dizer que a anterior tenha sido a da segurança. A sociedade foi sempre uma sociedade de risco, e isto não é nada de novo, não havendo porque se advogar o crescimento exponencial das proteções antecipadas de bens jurídicos até o ponto em que eles perdem seus contornos e deixam de exercer a sua função crítica de legitimação do direito. É o que propõem, em última instância, as concepções moderadas de Roxin e Stratenwerth, que propugnam a complementação (ou ultrapassagem) da função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais pela prevenção de riscos futuros<sup>72</sup>, ou de contextos de vida como tais<sup>73</sup>.

Para o autor, é dispensável qualquer novo paradigma penal<sup>74</sup>, porque não se expõe nenhum problema especificamente pós-moderno, mas a necessidade da proteção de bens comunitários<sup>75</sup>.

Da concepção de tutela do direito penal a bens jurídico-penais decorrem importantes conseqüências: puras violações morais não conformam a lesão de uma autêntico bem jurídico e não podem integrar o conceito de crime; não conformam autênticos bens jurídicos proposições meramente ideológicas; por igual motivo a violação de valores de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal, porque constituiriam bens jurídico-administrativos, e não bens jurídico-penais com referência obrigatória à ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Mas se é verdade que não pode haver criminalização onde não se divise o propósito de tutela a um bem jurídico-penal, o inverso não se revela exato. Nem sempre

---

<sup>72</sup> Igualmente combatido por Pierpaolo Cruz Bottini que ao final pretende estabelecer que é à autoridade judicial que cumpre compreender que a periculosidade não está no enunciado descritivo, mas na estrutura profunda da sentença gramatical; passa pela construção de uma interpretação dos delitos de perigo abstrato que atente para a materialidade típica do comportamento prescrito. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 14, n. 61, jul./ago. 2006, p. 103-105.

<sup>73</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 72-73. Recusa o autor, igualmente, as propostas que pretendem estabelecer um “direito penal a duas velocidades”, em que, ao lado de um direito penal clássico, devotado à proteção de bens individuais, figura um direito penal especificamente dirigido à proteção dos grandes e novos riscos.

<sup>74</sup> Sendo de ressaltar o pensamento de Winfried Hassemer que propõe a existência de um Direito Penal Nuclear e de um Direito de intervenção, cabendo ao primeiro todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos e os perigos graves e visíveis, enquanto ao segundo, situado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas. Esse direito de intervenção disporia de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal e seria equipado com sanções menos intensas aos indivíduos. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. II, n. 8, 2003, p. 54-66. Segue a orientação SILVEIRA, op. cit., p. 68-71.

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 58.

que exista um bem jurídico deve ter lugar a intervenção penal. Isto porque o conceito material de crime é constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal acrescido de outro critério que torne a criminalização legítima, que é o da necessidade da tutela penal. Ou seja, o direito penal somente pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social se revelem insuficientes e inadequados, sob pena de contrariedade ao princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso<sup>76</sup>.

Sobre a relação que deve existir entre o direito penal e o direito constitucional, conclui o autor que, em nome do critério da necessidade e da subsidiariedade da tutela penal, é preciso ficar patente que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização. É preciso que o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, a fim de que o legislador ordinário siga a injunção e criminalize comportamentos. Onde não exista a injunção expressa, não é legítimo deduzir a exigência de criminalização, sob pena de ser ultrapassado o inevitável critério da necessidade ou da carência de pena<sup>77</sup>.

De tudo é possível extrair uma proposição denominada princípio da não-intervenção moderada, segundo a qual devem ser expurgados do conceito de crime todos os comportamentos que não acarretem lesão ou perigo de lesão para bens jurídicos claramente definidos, ou, ainda quando acarretem, que possam ser contidos por meios não penais de política jurídica ou social. Há de ser observado no processo de nova criminalização que só devem ser aceitos como legítimos novos fenômenos sociais que revelem a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção torna-se indispensável a intervenção da tutela penal<sup>78</sup>.

Essa dicotomia parece simples, mas na prática não é fácil de efetuar. É realmente tormentosa a relação entre uma concepção de bem jurídico menos centrada no dano e no conflito pessoal, com a criação dos chamados crimes de perigo abstrato e a exigência de atenção ao princípio da lesividade<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 78-79.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 79-80.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>79</sup> SILVEIRA, *op. cit.*, p. 65 e seg.

#### 4 – A PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

O patrimônio ambiental tem sido considerado como de abrangência tal a abarcar o patrimônio cultural. É assim que se fala num meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural a integrar o conceito maior de meio ambiente. Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo os quatro aspectos distintos “preenchem o conceito da sadia qualidade de vida”<sup>80</sup>. Álvaro Luiz Valery Mirra afirma que por integrarem a biosfera, os bens e valores componentes do acervo cultural do povo devem ser incluídos entre os recursos ambientais discriminados no art. 3º, V, da Lei nº 6.938/81, com submissão a regime de proteção específica<sup>81</sup>.

É neste contexto que, incorporado ao meio ambiente, aparece o patrimônio cultural, e somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, reconhecida com status constitucional a necessidade de proteção de bens culturais de natureza imaterial. Tais bens padecem dos mesmos sofrimentos verificados nas previsões dos delitos propriamente ambientais.

Primeiro, porque foram editadas em fluxo legislativo expansivo<sup>82</sup>. Segundo, porque se encontram incluídas na Lei n. 9.605/98, típica elaboração legislativa que incorpora os elementos da sociedade de risco, mas ao mesmo tempo assegura a permanência, ou não se desprende, das características do direito penal clássico. Para ilustrar o primeiro momento, é de destacar a debatida responsabilidade penal da pessoa jurídica, enquanto o segundo subsiste no apego à demonstração de exposição de perigo concreto, quando em rigor, por coerência, dever-se-ia falar em crime de perigo abstrato.

Terceiro, porque foram estabelecidas, como a maioria dos delitos ali existentes, como normas penais em branco. É exemplo o art. 63, que fala de bem protegido em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso etc., o que torna necessária a remissão do intérprete a outros diplomas legais.

---

<sup>80</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211.

<sup>81</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004, p. 48.

<sup>82</sup> Para Miguel Reale Junior a Lei n. 9.605/98 é, em síntese, produto contaminado por vícios de fúria legiferante e falta de razoabilidade na tipificação de condutas e na cominação de penas. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 2, n. 02, jan./jun. 2005, p. 83.

Quarto porque foram previstas, ora como delitos de lesão, ora como delitos de perigo, a revelar a hesitação legislativa. Isto pode ser constatado comparando-se a norma do art. 62, em que figura a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido, com a do art. 63, que trata da alteração de aspecto ou de estrutura de edificação especialmente protegido, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida (delito de desobediência?).

Mas a maior prova da vacilação legislativa aparece com a proposta de criação de crimes para a tutela de bens culturais imateriais. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 47/04, que coloca, no rol dos crimes contra o patrimônio cultural, as condutas atentatórias às manifestações populares de reconhecido valor cultural. Pretende-se acrescentar o art. 63-A, à Lei n. 9.605/98, de forma que impedir, interromper ou dificultar, sem justa causa, a realização de manifestações ou eventos populares de reconhecido valor cultural passará a ser apenado com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Tal proposta, ao tratar de manifestações populares de reconhecido valor cultural, a par de dar continuidade às vicissitudes acima relatadas, afasta-se da previsão constitucional contida no art. 216 da Carta Federal. Além disso, desconsidera por completo o princípio da ofensividade e do caráter subsidiário que deve guardar o direito penal.

## 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

É característica da chamada pós-modernidade e da sociedade de risco a paradoxal relação entre a busca de um Direito Penal mínimo e uma certa expansão do mesmo Direito Penal, com o aparecimento de figuras como a dos crimes de perigo abstrato, que transformam o direito penal de *ultima* em *prima ratio*.

Novos direitos, ditos coletivos, ante o reconhecimento de sua essencialidade constitucional, segundo parte da doutrina penal, não estão devidamente amparados se os preceitos do Direito Penal clássico continuarem a ser os únicos instrumentos para a sua tutela.

Refletem-se na legislação infra-constitucional brasileira os paradoxos e influxos observados no entrecchoque do direito penal clássico e do direito penal do risco. Não estão suficientemente debatidas na doutrina e sequer espelhadas na legislação brasileira as conseqüências jurídico-penais dos novos riscos surgidos, sequer dos bens jurídicos tutelados pelos interesses coletivos ou difusos.

É exemplo a legislação de proteção ambiental brasileira, que sem maiores preocupações com princípios como o da *ultima ratio*, da lesividade, ou da correta definição do bem jurídico a ser tutelado, e ainda sem atenção à elaboração axiológico-constitucional, promove a instituição de tipos penais em atividade legislativa pouco precisa, ineficaz, e verdadeiramente simbólica.

## 6 - REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 14, n. 61, jul./ago. 2006, p. 44-121.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 42, abr.-jun. 2006, p. 05-24.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a “sociedade do risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p 39-65.

\_\_\_\_\_. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAGOMENI, Cláudia. A proteção ambiental e a legislação. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 18, abr./maio, 2005, p. 151-158.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 77-104.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 236-241.

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*. São Paulo, a. 14, n. 58, jan./fev. 2006, p. 152-194.

\_\_\_\_\_. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 49, jul./ago. 2004, p. 89-147.

\_\_\_\_\_. Sobre o direito penal do inimigo. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 13, n. 56, mar./abr. 2005, p. 80-112.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 1, jul./dez. 2004, p. 246-256.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. II, n. 8, 2003, p. 54-66.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Novos limites para a maioria penal: um tema recorrente. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 159-174.

\_\_\_\_\_. Direito Penal Ambiental: um conflito entre a tutela aos interesses coletivos e o individualismo. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, jan/1996-dez/1997, p. 249-260.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio cultural é meio ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, a. 11, n. 43, jul.-set. 2006, p. 352-354.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.

MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, 2004, p. 09-23.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 31-45.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JR. Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 2, n. 02, p. 67-83, jan./jun. 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díes. O Direito Penal simbólico e os efeitos da pena. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, p. 24-29, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 44, jul./set. 2003.

SILVA, Marcelo Rodrigues. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 11, n. 45, p. 159-185, out./dez. 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco. *Direito em revista*. Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 20-25, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SIMÕES, Rita. A proteção penal ao meio ambiente: natureza do bem jurídico protegido. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. Salvador, n. 5, p. 261-270, jan/1996-dez/1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, a. 1, n. 00, p. 127-142, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.