

A LEGITIMIDADE DA PROTEÇÃO PENAL DO BEM JURÍDICO MEIO-AMBIENTE

Karin Kässmayer¹

Paulo César Busato²

Resumo:

O trabalho objetiva discutir a evolução histórica do conceito de bem jurídico penal, desde as concepções originárias de Feuerbach e Birnbaum atingindo às teorias do neo-naturalismo de Radbruch e o neo-ontologismo de Welzel, com a finalidade de enquadrar o conceito de bem jurídico no Moderno Direito Penal, no qual preponderam as hipóteses de vitimização difusa. Elege-se o meio ambiente como fio condutor do debate, especificando-se as características do bem jurídico meio ambiente como bem jurídico fundamental, relacionado diretamente à proteção da vida humana, para, enfim, teceem-se comentários acerca da devida proteção penal ambiental.

1. INTRODUÇÃO

Modernamente, cada vez mais o Direito penal tem sido utilizado como mecanismo jurídico de resolução de conflitos onde o bem jurídico debatido é plural. Neste âmbito, do chamado “Moderno direito penal”, a discussão sobre a proteção jurídico-penal de hipóteses de vitimização difusa tem tomado proporções muito grandes especialmente diante de algumas realidades criminológicas inarredáveis, das quais o exemplo mais gritante é a situação do meio ambiente.

Discute-se, no mundo todo, quais são os limites que devem ser impostos para o emprego do Direito penal. Há autores respeitados que defendem sua não inclusão em situações em o que se pretende é a proteção de bens jurídicos transindividuais. O

¹ A autora é Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR, Doutoranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela UFPR, Professora de Direito Ambiental na UNIFAE Centro Universitário Franciscano e Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito e Risco”. É advogada.

² O autor é, Doutor em Problemas Atuais do Direito penal. Professor de Direito Penal na UNIFAE Centro Universitário Franciscano e UEPG, Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito e Risco”. Autor de diversos livros e artigos. É Promotor de Justiça.

argumento central é que a teoria do delito não suportaria absorver este encargo sem transigir com as garantias fundamentais que compõem seu eixo central.

Por outro lado, é certo que na sociedade reflexiva dos tempos modernos muitas incriminações de ordem individual (delitos contra o patrimônio e contra os costumes) vem tendo reduzida expressão social a ponto de justificar uma repulsa pela intervenção penal, enquanto outros, de matiz coletivo, especialmente o meio ambiente, tem ocupado, cada vez mais, um papel central no presente e no futuro da sociedade, a ponto de contar, cada vez mais, com uma justificativa de ordem criminológica para o emprego do recurso penal como forma de controle social.

No presente artigo, o que se pretende é discorrer sobre a evolução da proteção do bem jurídico como referência da estruturação do sistema de imputação, até traçar um panorama mais completo do papel do bem jurídico no Moderno Direito penal e tomar, finalmente, como campo de prova a respeito da legitimidade do emprego do remédio penal para os casos de vitimização difusa, o bem jurídico meio ambiente.

Para este desiderato, indispensável é a caracterização do meio ambiente como bem jurídico difuso e de caráter fundamental, além de se analisar o papel do Estado na sua proteção, através dos mais diversos mecanismos de controle.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIFERENTES CONCEPÇÕES DE BEM JURÍDICO

Foram muitas as concepções abordadas para tratar de definir o que se entende por bem jurídico; entretanto, todas estas *tendências podem ser classificadas em duas*: aquelas tendências que encontram sua posição além do Direito positivo (*trascendentalistas*), de corte *jus* naturalista ou político-criminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no Direito natural ou na natureza das coisas ou ainda na vida social ou cultural. Por outro lado, existem as que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, na própria norma jurídica (*inmanentistas*), quer dizer, os que sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas sim, nasce com ela³. As tendências foram se sucedendo sempre voltadas a uma ou outra perspectiva.

³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 53. Há autores que preferem classificar em quatro distintas tendências, como faz Juarez Tavares em TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 15, dividindo em tendências positivista, neokantista, ontológica

2.1. ORIGENS. AS CONCEPÇÕES DE FEUERBACH E BIRNBAUM.

A idéia do bem jurídico nasce na primeira metade do século XIX. Para os penalistas deste período, o Direito penal defendia direitos. O delito era a “lesão de um Direito”. Estas idéias partiam seja do contrato social, do qual surgia um direito a ser respeitado e um dever de respeitar, pelo qual o delito era uma lesão desse direito a ser respeitado e um dever de respeitar que, em síntese, era a liberdade, como direito resumido surgido do contrato social⁴. Feuerbach sustentou que o Direito penal protege os “direitos subjetivos” dos particulares e não a necessidade de cumprimento de um dever para com o Estado. A função do Estado será a de conservar os direitos subjetivos mediante a criação de meios adequados. Comenta Bustos⁵ que “tudo se esgotava no jurídico, não havia nada mais que isso (tudo surgia do ato formal do contrato), com o qual se o Estado era o Direito (o contrato), não havia outra possibilidade de limitá-lo que sua própria vontade”. A partir de então, o Estado não poderia incriminar nenhuma conduta que não implicasse na violação de um direito subjetivo individual⁶. Era, pois uma proposta que pretendia dar concreção a um ideal contratualista.

Foi Birnbaum quem rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence* e que nasce da

e funcionalista. Optamos por esta divisão dúplice, que tem em conta a fonte da idéia do bem jurídico e sua relação com a norma penal, por duas essenciais razões: evidenciar o desenvolvimento pendular, ou até mesmo espiral, que defendemos permeia a evolução científica do Direito penal e deixar claro que a posição adotada em relação ao bem jurídico obrigatoriamente implica em conseqüências no tratamento da norma penal existindo uma relação de tensão entre os dois elementos que condiciona as estruturas dogmáticas. Ao não adotar semelhante divisão, a apresentação do tema por Tavares culmina por subdividir-se já na própria análise do conceito positivista do bem jurídico, segundo se refira ao positivismo que enxerga como fonte única do Direito a vontade do Estado expressa na norma ou ao positivismo herdeiro da Escola Histórica que busca a fonte do bem jurídico em fatores tão transcendentais à norma como os costumes ou a vontade do povo. Com esta subdivisão, Tavares, com brilhantismo e precisão delimita, dentro de cada uma das tendências das escolas penais em geral, diferentes perspectivas em particular correspondentes aos principais autores que trataram do tema. Cf. TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004; pp. 23-24.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 45.

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 46.

⁶ TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 18.

própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social. Se a pretensão é considerar o delito uma lesão, este não deve estar referido a direitos, mas sim a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger, pois somente estes podem sofrer lesão, e não os direitos. Com esta posição, Birnbaum situa os bens jurídicos para além do Direito e do Estado. O Estado não os pode criar e somente os pode garantir a todos por igual⁷.

2.2. A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO. AS CONCEPÇÕES DE BINDING E VON LISZT.

Posteriormente, e desde uma perspectiva jurídico-positiva⁸, Binding propôs que o bem jurídico não poderia se estabelecer para além do Direito e do Estado. Binding parte de entender o delito como infração culpável de uma norma ameaçada com uma pena. Então, *o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido dentro do conteúdo da norma jurídica*: o bem jurídico é “um estado valorado pelo legislador”⁹. Norma e bem jurídico são termos inseparáveis, ou seja, toda norma tem um bem jurídico que é um produto da decisão política do Estado. Portanto, sua lesão constitui uma *infração ao direito subjetivo de obediência*, que o Estado exige de seus súditos. Para Binding, o importante é a norma e sua desobediência (teoria da desobediência). Esta desobediência constitui a lesão jurídica de um Direito subjetivo do Estado e isso implica, também, na lesão de um bem jurídico que cada norma em concreto tem. A posição adotada por Binding é positivista, pois o Estado e o Direito são os chamados a estabelecê-lo. Entendido desta maneira, o bem jurídico perde seu

⁷ BIRNBAUM, J.M.. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens”. *In Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 149-194, especialmente as páginas 166 e ss. e 175 e ss. Os comentários a respeito do posicionamento de Binding e sua oposição à tese de Feuerbach aparecem, entre outros, em MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal, tomo I*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 201; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, pp. 231-232; PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38; TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 17.

⁸ Assim o qualifica Juarez Tavares em TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 24.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, p. 231-232; PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

caráter limitador e autônomo e depende do caráter limitador da norma, com o que, no fundo, não há mais limites à proibição além daqueles que impõe o próprio Estado¹⁰.

Posteriores investigações de corte transcendentalista e político-criminal realizadas por Von Liszt o levaram a estabelecer que “todos os bens jurídicos são **interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade**”¹¹. Para Von Liszt, os bens jurídicos ultrapassam o ordenamento jurídico, eles estão na própria vida e o que faz o Direito é lhes oferecer proteção por intermédio de suas normas, elevando-os, desta maneira, à categoria de bens jurídicos. Para a devida identificação e localização dos bens jurídicos é necessário recorrer à Política Criminal, pois o Direito não lhes pode determinar nem fundamentar¹². A posição de Von Liszt, por si só, marcava uma tendência limitadora, ao estabelecer que os bens jurídicos se encontram além do ordenamento jurídico. Entretanto, ele não desenvolveu em seu programa essa função limitadora do poder do Estado e tampouco promoveu o desenvolvimento dos conceitos de “interesses vitais” ou “condições de vida”. Em decorrência disso, não restavam precisamente delimitados que interesses mereciam ser protegidos ou, pelo menos, não se estabelecia a que critérios é preciso recorrer para decidir sua necessidade imediata de proteção¹³. Como isso, a perspectiva de Von Liszt carecia de uma postura crítica em relação ao sistema de imputação, o que sempre foi a maior crítica contra ela dirigida¹⁴.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español. Parte general. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 47.

¹¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927, p. 6.

¹² LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927, p. 6. Convém notar que modernamente já não mais se admite a idéia de um bem jurídico “criado pela vida”, ontologicamente, mas sim como um processo que envolve distintos fatores políticos, históricos, etc., conforme aludem Hassemmer e Muñoz Conde: “Os bens não são produto de processos naturais, mas sim do acordo social baseado na experiência. Valores tais como o matrimônio monogâmico, a propriedade, a liberdade, a honra ou a saúde são relativos, tanto desde o ponto de vista histórico como geográfico, mas também desde o ponto de vista econômico e cultural. Graficamente se pode dizer que os “bens não existem, senão que são produzidos”. “O legislador, na hora de criar uma lei penal atua, dentro de sua margem de autonomia, “configurando” os bens jurídicos, não simplesmente “sacando-os” da realidade social e refletindo-os, nessa atuação leva a cabo uma função política e não simplesmente demográfica ou estatística.” HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 111.

¹³ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases do Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 219-130.

¹⁴ “[...] por um lado, manifesta Von Liszt o entendimento de que os interesses que darão lugar ao bem jurídico são pré-existentes ao conteúdo da norma; e a esta cabe apenas incluí-los como seu objeto de proteção, enquanto se trate de uma condição vital da comunidade estatal. Por outro lado, não indica o porque da escolha, por parte do legislador, desse e não de outros interesses como bens jurídicos, sendo-lhe indiferente,

2.3. O ROMPIMENTO COM A NORMA. A CONCEPÇÃO NEOKANTISTA E A POSIÇÃO DA ESCOLA DE KIEL.

Ante as concepções nebulosas, incapazes de assegurar um conceito material de bem jurídico que limitem o legislador na criação das normas, surgiu, em primeiro lugar, com o neokantismo, a posição que destaca a *natureza teleológica do bem jurídico*. A filosofia neokantiana propõe afirmar as bases do bem jurídico em concordância com a “*ratio legis*” das normas penais. Neste sentido se pronuncia Honig, para quem o bem jurídico é um critério de interpretação. Ele defende que o bem jurídico “é o **fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais** em sua fórmula mais sucinta”¹⁵ ou ainda “como uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico se esforça em captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares”. Esta concepção despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais. Em resumo, o bem jurídico ficava reduzido a uma categoria interpretativa, simples *ratio legis*¹⁶ dos preceitos particulares, com o qual perdia sua função garantista e sua incidência no âmbito da dogmática.

Posteriormente, uma segunda postura, desenvolvida pela Escola de Kiel (que culmina por dar sustentação teórica ao regime nacional-socialista na Alemanha dos anos 30), para reconhecer a *lesão do dever* como conteúdo material do injusto¹⁷. Para George Dahm e Friedrich Schaffstein o principal era o povo, entendido como totalidade real: sangue, solo, gerações passadas, presentes e futuras. Por isso, não se podia separar “*realidade e valor*”, como faziam os liberais, positivistas e neokantianos. Sendo o Direito

portanto, as razões da incriminação. Esta é a crítica que lhe faz HASSEMER, para quem esta posição demonstra sua filiação à estrutura positivista, que aceita, empiricamente, a existência do interesse, sem consideração valorativa sobre o seu significado nem da legitimidade do Estado para elevá-lo à categoria de bem jurídico”. TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004; pp. 25-26.

¹⁵ Cf. PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

¹⁶ PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

¹⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

“ordenamento da vida do povo, o espírito do povo é a fonte do Direito. O Estado constitui o intérprete desse “espírito do povo”. Nessa ordem de coisas, o indivíduo deve fidelidade ao povo, portanto, o delito não constitui uma lesão do bem jurídico, senão uma *lesão de um dever*”.¹⁸ Por estes fundamentos, qualificaram o bem jurídico como um “conceito inútil”. Comenta Bustos¹⁹ que a adoção de uma postura onde a lesão de um dever constitua o centro da construção do injusto apaga todo o caráter garantista, pois o que interessa é somente o social e não o indivíduo. No caso da proposição da Escola de Kiel isso se evidencia ainda mais, pois a representação social se traduz no Estado, que constitui o intérprete do espírito do povo, sendo o Chefe de Estado quem dirige tal interpretação. Como consequência, não existem mais limites à intervenção do Estado no Direito penal do que a simples vontade do ditador.

2.4. O PÓS-GUERRA. O NEO-NATURALISMO DE RADBRUCH E O NEO-ONTOLOGICISMO DE WELZEL.

Depois da Segunda Guerra Mundial houve um retorno das tendências científicas jurídico-penais onde o bem jurídico está vinculado a um aspecto de garantias do homem. Luiz Villar Borda observa o fato ao analisar a mudança de concepção do direito na obra de Radbruch, quando comenta:

“O positivismo jurídico teve em GUSTAV RADBRUCH um dos mais eminentes juristas da República de Weimar, um de seus representantes mais conspícuos. Em sua *Filosofia do Direito* e em sua *Introdução à ciência do direito* dava clara preferência ao direito no caso de conflito com a justiça, «pois é mais importante a existência da ordem jurídica que sua justiça, já que a justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira a segurança jurídica, a paz”.

Os horrores do nazismo, do qual Radbruch foi vítima ao ver-se destituído de toda a atividade acadêmica e política e reduzido ao exílio interior, que suportou com a maior integridade e dignidade, mudaram radicalmente sua posição a respeito do positivismo. [...]

A nova posição de Radbruch foi muito mais radical. Patenteou-se em vários escritos, mas sobretudo no famoso ensaio *A arbitrariedade legal e o direito supralegal* [...]. A

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español. Parte general. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 50.

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal Español. Parte general. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 50.

tese central é: o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com primazia do direito positivo sancionado pelo poder, ainda quando o seu conteúdo seja injusto ou inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que se deva considerar *falso direito* e ceder passo à justiça. [...] «Medidos nessa escala, pedaços inteiros do direito nacional-socialista nunca alcançaram a dignidade de direito válido»²⁰.

Sem dúvida alguma, neste mesmo período do pós-guerra, foi Welzel quem tratou de reverter a maneira como se entendia o bem jurídico até então ao situá-lo habilmente para além do Direito e do Estado, porém, em uma clara vinculação ontológica²¹. Ele compreendeu o bem jurídico como todo “**estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões**”²². Entretanto, ele minimiza a importância do bem jurídico ao afirmar que “a missão do Direito penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas na proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e apenas por inclusão acessória a proteção de bens jurídicos particulares”. O bem jurídico com Welzel se converte em tema secundário, o fundamental é assegurar os deveres ético-sociais e “apenas assegurando os elementares valores sociais da ação se pode lograr uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz”²³.

2.5. BEM JURÍDICO E O MODERNO DIREITO PENAL.

Pouco a pouco, entretanto, o sistema penal ancorado na pretensão de ressocialização, de condicionamento ético-social foi sendo questionado. E não só desde um ponto de vista meramente dogmático, senão que principalmente em face dos resultados criminologicamente deletérios que produzia.

2.5.1. O BEM JURÍDICO COMO REFERÊNCIA POLÍTICO CRIMINAL.

²⁰ VILLAR BORDA, Luiz. *Estudo introdutório à tradução de Relativismo y Derecho*. Bogota: Themis, 1999, pp. XV-XVI.

²¹ Nesse sentido, TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004; p. 28.

²² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 15.

²³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 14.

A tendência atualmente dominante orienta-se no sentido de fundamentar *o bem jurídico desde a política criminal*. Ou seja, vincula-se a teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado. Tal modelo se expande a partir dos trabalhos de Roxin, especialmente da idéia de situar a proteção de bens jurídicos como missão fundamental do Direito penal²⁴. Dentro desta tendência são duas as orientações: uma de jurídico-constitucional e outra sociológica.

2.5.2. TEORIAS CONSTITUCIONALISTAS DO BEM JURÍDICO.

Na verdade, as origens da vinculação entre a relevância do bem jurídico a efeito penal e as normas constitucionais precede inclusive a própria revolução teórica que arranca de Roxin. Há autores que situam suas raízes já no mesmo período de pós-guerra onde apareceu o chamado neo-ontologismo²⁵.

Nestas concepções se toma a ordem de valores constitucionais como ponto de referência na definição dos bens jurídicos.

A teoria constitucionalista do bem jurídico recebeu ampla acolhida na Itália, contando com vários defensores, entre eles Pulitanó, Bricola e Nuvolone²⁶.

A respeito, em Portugal, aparece a posição de Figueiredo Dias²⁷ que tenta ver na Constituição um padrão de referência da valoração social a respeito dos seus interesses e nesse filtro tenta embasar sua seleção de bens jurídicos. Entende que assim se está prevenindo a contaminação de uma posição intra-sistemática do reconhecimento do bem jurídico na medida em que não é a norma jurídico-penal que determina a configuração do bem jurídico e sim a norma constitucional.

No mesmo sentido Silva Sánchez, adotando um funcionalismo moderado, pretende uma configuração histórica que a interpretação constitucional entregaria à norma jurídica para que sua estabilização pudesse representar o objetivo do Direito penal. Para

²⁴ Para detalhes a respeito do tema, vide, por todos ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁵ Neste sentido, por exemplo, FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema de delito*. Montevideo: BdeF, 2004, p. 45.

²⁶ Veja-se comentário mais extenso sobre a doutrina italiana em FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema de delito*. Montevideo: BdeF, 2004, pp. 50-53.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 62-82.

este autor, o conceito de bem jurídico, por si só, não poderia sustentar a função limitadora da intervenção penal, daí a necessidade de referência constitucional²⁸.

Ainda assim, não nos parece que uma interpretação como esta possa constituir alguma segurança, dados os exemplos históricos nem tão distantes de constituições outorgadas “a fórceps”, especialmente no panorama Latino-americano. Na medida em que a norma, mesmo que constitucional, nem sempre pode ser identificada com os interesses primordiais da sociedade, não pode tampouco estar conectada com a identificação do bem jurídico. Ademais, não há identidade absoluta entre a previsão normativa constitucional e os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social do indivíduo. Basta lembrar que o próprio Estado nazista, assim como a União Soviética stalinista, foram Estados constitucionais.

Em princípio, a vigência constitucional do princípio do bem jurídico deriva dos deveres e Direitos fundamentais da pessoa²⁹. Porém, estas posições tendem a confundir os Direitos fundamentais constitucionais com os bens jurídicos, consoante alerta Bustos Ramírez:

Na Constituição e no Direito constitucional os Direitos fundamentais cumprem uma função muito específica, de regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil e, portanto, constitui um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm uma função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação, nesse sentido também o Estado, mas não só este³⁰.

O que se pode, como muito, é admitir a Constituição como referencial negativo, para exclusão de proteção jurídico-penal. É forçoso reconhecer que um bem

²⁸ “[...] o Direito penal deve refletir a ordem social, de modo que sua legitimação derive da legitimação das normas cuja vigência assegura. [...] a teoria que centra na proteção da vigência das normas a função do Direito penal não dispensa o esforço em pró de uma legitimação material de ditas normas vinculadas a conseqüências jurídico-penais. Agora bem, a questão é então onde e como achar os critérios de identidade da sociedade que se plasmariam nas expectativas normativas essenciais. E frente a outras possíveis compreensões, resulta razoável buscá-los na Constituição”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas. Madrid : Civitas, 1999, p. 92-94.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 142.

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3a ed., Barcelona: Ariel, 1989, p. 52.

jurídico que não figura na constituição *pode ser* um daqueles que não figuram no rol dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade e como tal, estaria fora do âmbito de proteção de um Direito penal de mínima intervenção. Por outro lado, isso não permite concluir que a inclusão de um bem jurídico no rol daqueles que merecem atenção constitucional implique necessariamente em um nível tal de relevância que implique na necessidade de proteção penal.

Assim, a Constituição parece constituir somente uma referência negativa e ainda assim não absoluta, para a valoração da relevância do bem jurídico a efeitos penais. Neste sentido a concepção de Sax, que atribui à Constituição uma função meramente orientadora³¹.

Resta, pois, claro, que o valor do bem jurídico transcende a própria Constituição.

2.5.3. CONCEITO SOCIOLÓGICO DO BEM JURÍDICO

É com Roxin que se cristaliza completamente a teoria sociológica do bem jurídico. Para ele,

“as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito penal. O que está além desta função social não deve ser logicamente objeto de Direito penal. A função do Direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”³².

Os que sustentam um conceito sociológico do bem jurídico partem da premissa de que os bens vitais ou culturais constituem fontes a serem protegidas pelo Direito. Bem jurídico só pode ser o que antes de tudo é um bem.

³¹ SAX, Walter. “Grundsätze der Strafrechtspflege”, in *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, t. 3, vol. 2 (Karl August Betterman, Hans Carl Nipperday e Ulrich Scheuner – Org.), Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 909 e ss.

³² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 16-17.

Neste mesmo sentido Jescheck sustenta que “os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos que o Direito penal outorga sua proteção”³³, repetindo, em seguida, que “o bem jurídico há de entender-se como um **valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social**, em cuja manutenção a comunidade tem um interesse, e que pode atribuir-se, como titular, à pessoa individual ou à coletividade”³⁴.

Também Aníbal Bruno, já muito antes, identificou os bens jurídicos com os “interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade e que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos”³⁵.

Entre os defensores das teorias sociológicas do bem jurídico, figura ainda Amelung, que sustenta que o bem jurídico está constituído pela “danosidade social”³⁶. Ou seja, se toma como objeto de proteção da norma as condições necessárias para conseguir a estabilidade e o desenvolvimento do sistema. Como se nota claramente, a teoria de Amelung senta raízes na teoria dos sistemas de Talcott Parsons.

É dessa tendência que deriva a idéia de determinar o bem jurídico de acordo com a disfuncionalidade sistêmica do comportamento a ser vedada pela via das sanções penais³⁷. A esta tendência se denominou funcionalismo sistêmico. Alguns autores desta

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, p. 231.

³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, p. 231.

³⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, vol. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 15.

³⁶ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum, 1972, p. 310. A posição de Amelung é também citada por ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 68, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la parte general*. 3ª ed., Lima: Grjley, 1997, p. 60 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 269.

³⁷ “Assim, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989, propôs substituir esta categoria pela de «danosidade social» (disfuncionalidade), de sorte que o propósito do Direito Penal seria assegurar a subsistência dos sistemas sociais, frente às alterações disfuncionais dos mesmos. Mir Puig conecta o conceito de bem jurídico com a «realidade social», definido-o como “conjunto de condições necessárias que possibilitam o funcionamento do sistema e se traduzem, além disso, em concretas possibilidades de participação do indivíduo em processos de interação e comunicação social”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 89. Veja-se também os comentários de Juarez Tavares sobre essa tendência em TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 34. Tavares trata do funcionalismo em geral, distinguindo entre diversas tendências, que denomina funcionalismo estrutural, próprio e impróprio. A referência que aqui fazemos é ao que Tavares denomina “modelo funcional próprio”.

linha, como Jakobs, ademais de identificar o grau do dano social com sua disfuncionalidade sistêmica ainda sustentam a insuficiência da proteção de bens jurídicos como função do Direito penal, estabelecendo como primordial a mera manutenção da credibilidade normativa.

Contudo, se apresentaram algumas reservas a respeito dos riscos que gera esta posição, posto que quando não se está definindo o sistema social³⁸ a relação que deve existir entre este e a *norma penal* fica na penumbra. Além do mais, esta posição é reveladora de uma expressão de funcionalidade do sistema, já que ao atender a esta finalidade não se pode prescindir de considerações teleológicas. Nesse sentido a observação de Terradillos Basoco:

“quando se mantém que o bem jurídico é uma condição necessária para a conservação do sistema se está dizendo que o critério sobre o que é digno de repressão jurídico-penal deve ser o ataque a estas condições sociais. Com isso o dogma do bem jurídico não pode levar a conclusões diametralmente opostas às derivadas do princípio de danosidade social. [...] Se só a idéia de disfuncionalidade a respeito da estrutura social é o critério determinante do exercício do *ius puniendi*, podem subordinar-se as necessidades do indivíduo às sociais até o extremo de estar justificadas a eliminação dos seres humanos inúteis ou molestos, por ser esta *funcional*”³⁹.

Acrescenta ainda Terradillos que “se é funcional respeito a certas regras e a certos objetivos, a discrepância se castiga penalmente. Os riscos de criminalização de amplas minorias, e não só de subordinação do indivíduo, são, pois, evidentes, como evidente é a tendência, só controlável acudindo a instâncias alheias ao Direito penal, à transformação deste em mero instrumento de consolidação de uma ordem dada”.

A identificação do bem jurídico com a mera preservação do sistema social constitui, na verdade, uma perversão reducionista do conceito de bem jurídico. Zaffaroni⁴⁰ alude ao risco do que ele chama de “uma alquimia discursiva” levar ao raciocínio de que partindo da idéia de que “todo delito pressupõe um bem jurídico” se possa concluir que

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch Editores, 1975, p. 46.

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 134.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 128 e ss.

“todo bem jurídico demanda uma tutela penal, o que levaria à “penalização sem lacunas”. E, pior, como esta tutela, na prática não se verifica, se termina, dentro deste turvo raciocínio, com a idéia de que a “função do Direito penal se reduz a garantir a validade das expectativas normativas”.

Hassemer⁴¹ alerta ainda para outra dificuldade: a tendência de todas as teorias transcendentalistas de afastarem-se da realidade, abrindo passo para a conversão do que seria um critério limitador, para um critério positivo e justificante da intervenção penal. Ou seja, uma vez que o bem jurídico pode ser qualquer interesse caro para a sociedade, qualquer novo interesse justifica a intervenção penal.

Como forma de quebrar este raciocínio, Zaffaroni⁴² ressalta a necessidade de se diferenciar entre o “bem jurídico lesionado ou afetado”, que deve servir de ponto de referência para o Direito penal e o “bem jurídico tutelado” cuja proteção, do ponto de vista penal, é inviável, uma vez que o Direito penal é incapaz de promover a referida tutela. Obviamente, não se pode dizer que o Direito penal protege efetiva e materialmente os bens jurídicos, já que a intervenção penal é posterior ao fato criminoso, que já atingiu (com lesão ou perigo) o bem jurídico⁴³. Por outro lado, a tutela ou proteção de bens jurídicos no sentido de buscar o controle social das situações intoleráveis implica na intervenção na situação de emergência, com o manejo do instrumental penal, que só se justifica uma vez que a referida situação intolerável atinja um bem jurídico essencial ao desenvolvimento social do indivíduo.

Em posição diferenciada, Callies apresenta um conceito sociológico onde o bem jurídico é “*participação na sociedade*”⁴⁴. De alguma maneira, Callies propõe um critério que supera a posição de Amelung, enquanto pretende situar o bem jurídico a partir da função social que também cumpre o Direito penal.

⁴¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo e responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 47.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 129.

⁴³ Nesse sentido TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 11-12.

⁴⁴ CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt: Fischer, 1996, p. 143.

Algo parecido é o que defende Hassemer, para quem, desde uma perspectiva monista pessoal do bem jurídico, se deve definir o bem jurídico de um modo genérico como “*interesse humano necessitado de proteção jurídico penal*”⁴⁵. Deve-se ter em conta que a consciência social nem sempre se expressa em termos normativos, o que faz concluir que uma eleição do bem jurídico socialmente essencial não se pode confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional.

É aí que aparece sua concepção monista-personalista do bem jurídico, que encontra perfeita adequação às situações vividas no âmbito do moderno Direito penal.

Diante das dificuldades impostas pela realidade empírica de um Moderno Direito penal ocupado com criminalizações de condutas ofensivas de bens jurídicos de titularidade difusa, convém perguntar se devemos *manter uma só concepção de bem jurídico (monismo) ou duas (dualismo)* compreendendo os bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos individuais. Para o dualismo, existem duas diferentes concepções de bem jurídico absolutamente diferentes: um bem jurídico coletivo e outro individual. Ao contrário, para o monismo, somente é possível uma concepção de bem jurídico que congrege tanto aqueles pertencentes a um único indivíduo, como os pertencentes a todos.

Esta diferença terminológica não resulta de mero capricho, mas evidencia um “modelo de Estado”, posto que no debate entre as teorias monistas e dualistas as diferenças não são somente de sistemas e de métodos; ambas partem de concepções diferentes sobre o que é ou deve ser o Estado.

A idéia *dualista* consiste na admissão de duas classes de bens jurídicos, com o que se exige da fixação de um conceito comum que possa compreender as duas formas. Nessa mesma circunstância reside sua fragilidade.

Em posição contrária, o *monismo* implica desde logo o não enfrentamento de “duas possibilidades excludentes”⁴⁶ ou seja, ou se analisa o bem jurídico desde a perspectiva da pessoa, do indivíduo ou do Estado, do coletivo.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 112.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108: “Para as teorias monistas só há, ao contrário, duas possibilidades de conceber o bem jurídico e ambas possibilidades se excluem entre si. Ou se lhe concebe desde um ponto de vista do Estado, considerando neste caso os bens jurídicos individuais (vida, saúde, etc.) como simples atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado. Ou se lhe concebe desde o ponto de vista

A perspectiva monista compreende uma subdivisão: segundo uma perspectiva *monista coletiva*, a identificação da existência de um bem jurídico individual somente é possível na medida em que esteja contido em uma perspectiva de um interesse para a coletividade. Os bens jurídicos individuais constituem simples atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado. Trata-se de uma prevalência do coletivo sobre o individual.

Em sentido oposto, gozando de nossa preferência, a teoria *monista personalista* identifica o bem jurídico coletivo só na medida em que servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo⁴⁷. Trata-se de uma prevalência do individual sobre o coletivo.

Nossa preferência provém do fato de que é a teoria monista personalista é a que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados à proteção do indivíduo⁴⁸, que modernamente não só se defende da intervenção do que Von Liszt denominou a seu tempo de “Estado Leviatã”, mas também da pressão dos interesses corporativos que penetraram as instituições jurídicas. Assim, desde o ponto de vista penal, a primazia do interesse individual diante do coletivo é hoje mais importante que nunca.

Ademais, a teoria monista personalista é a que melhor responde ao sentido de proteção baseada em princípios⁴⁹ que se deve manter na concepção do bem jurídico.

Muñoz Conde⁵⁰ adverte que as discussões a respeito deste ponto não são meramente acadêmicas, pois que tem importantes efeitos práticos. O reconhecimento dos bens jurídicos universais, como o meio ambiente ou a economia, aprofundado ainda mais

da pessoa, considerando-se então que os bens jurídicos universais só são legítimos enquanto servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo”.

⁴⁷ Neste sentido, HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109: “Precisamente a meta de uma teoria monista personalista é funcionalizar os interesses gerais desde o ponto de vista da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais do indivíduo. Para esta teoria, os interesses gerais só podem ser reconhecidos legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais.”

⁴⁸ Neste ponto estamos de acordo com a proposta de Hassemer e Muñoz Conde: “Só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal do Estado, [...]”. HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 112: “[...] a concepção personalista do bem jurídico luta por uma política do Direito penal vinculada a princípios e que justifique e meça suas decisões em função de se proteger interesses humanos dignos de proteção”.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109-110.

pelo desenvolvimento dos processos de socialização que apregoam as ciências sociais, é motivo de reflexão para determinar se os interesses da sociedade e do Estado devem primar frente aos interesses individuais ou não. Cremos indubitavelmente que não.

Veja-se que classificados os bens jurídicos coletivos como os mais importantes, se tratará de identificar como bens jurídicos, por exemplo, o meio ambiente ou a relação jurídica de consumo independentemente de seus reflexos ao nível de dano ou perigo à saúde ou ao patrimônio das pessoas individuais. Disso derivaria a idéia de que qualquer ataque a estes bens jurídicos estaria identificado como delito de lesão. Por exemplo, se protegeria o bem jurídico meio ambiente para evitar o dano à pureza da água ou do ar, e não como um conjunto de condições vitais às pessoas.

Em sentido contrário, ao adotar a teoria monista personalista do bem jurídico, somente seria possível o reconhecimento do delito contra o meio ambiente ou a relação jurídica de consumo na medida em que isso representasse um efetivo dano ou perigo a interesses individuais.

Além disso, só o reconhecimento de uma teoria monista personalista (individual) permite que se possa dispor de um bem jurídico individual ou defendê-lo; pois, “tanto o consentimento como a legítima defesa supõem que o bem jurídico afetado em cada caso pertence ao que conscientemente o defende, ou seja, é um bem jurídico individual”⁵¹.

Obviamente, na questão da disponibilidade do bem jurídico, é necessário ter em conta outro fator que é o fundamento iluminista do contrato social que rege nossa sociedade. Assim, ainda adotando uma teoria monista personalista do bem jurídico, não é possível a disposição do bem jurídico coletivo sob o argumento de que se dispensa a proteção individual. E isso ocorre porque o indivíduo, como ser social, tem cumulativamente o dever de preservação dos institutos que permitem a vida dessa mesma sociedade na qual ele se relaciona.

É que se toda a organização social em torno a um Estado visa, antes de tudo, oferecer proteção aos bens jurídicos que o indivíduo, sozinho, não logra proteger, é óbvio que a proteção fundamental reside nos direitos individuais do ser humano.

⁵¹ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 107.

Assim, diante do desafio moderno de proteger os bens jurídicos coletivos, cuja identidade com o interesse individual aparece diluída, a solução parece residir em admitir a intervenção penal somente quando se logra identificar, por trás do bem jurídico coletivo, um interesse individual.

Na verdade, a identificação dos bens jurídicos passa pela obediência a princípios gerais democráticos como o de igualdade e o de liberdade.

O bem jurídico cuja defesa incumbe ao Direito penal é aquele cuja proteção implica na manifestação de garantias de igualdade e liberdade cidadãs.

3. O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

A majoritária bibliografia dedicada ao Direito Ambiental destaca como “divisor de águas” da proteção jurídica do meio ambiente a Conferência de Estocolmo⁵², denominada Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, ocorrida em 1972, cujo resultado foi a redação da *Declaração de Estocolmo* firmando pela primeira vez princípios internacionais em prol à proteção jurídica do meio ambiente.

Aos homens coube a responsabilidade de respeitar e cuidar da natureza, em um contexto em que “A história global entra na natureza, a natureza global entra na história: e isto é inédito na filosofia”⁵³. Destaca-se a passagem do *homo sapiens* ao *homo faber*, ou seja, a tecnologia, ao representar um triunfo do homem, detém em si potencial para se fazer inserir no âmbito da ética. Denota-se, ainda, a indeterminação das conseqüências tecnológicas ao futuro, exigindo-se uma nova classe de imperativos.⁵⁴

A outrora desvinculação entre a sociedade construída e a natureza resta quebrada, dada a configuração global e difusa do meio ambiente. Embora se constate uma

⁵² Como exemplo pode-se citar a obra *Direito ambiental na sociedade de risco*, de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, quando, na nota de rodapé 2 da página 41 citam: “Um marco importante neste reconhecimento foi a Declaração de Estocolmo, de junho de 1972 (...)”.

⁵³ SERRÉS, Michel. *O contrato natural*. Trad. Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 15.

⁵⁴ Neste sentido, asevera Hans JONAS (*Principio responsabilidad*. Trad. Javier M^a Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995, p. 37) que “Si la esfera de la producción ha invadido el espacio de la acción esencial, la moral tendrá entonces que invadir la esfera de la producción, de la que anteriormente se mantuvo alejada, y habrá de hacerlo en la forma de política pública. Nuca antes tuvo ésta parte alguna en cuestiones de tal alcance y en proyectos a tan largo plazo. De hecho la esencia modificada de la acción humana modifica la esencia básica de la política.”

diferenciação entre o meio ambiente natural do artificial (ou construído), surgindo concepções como meio ambiente do trabalho e cultural, todos estes formam o seu conceito único, analisado como o conjunto das inter-relações.⁵⁵

Ao se denotar a ocorrência da oposição de valores ambientais *versus* tecnológicos, sob a ótica da depredação do mundo natural, busca-se a sua conservação através de uma nova classe de imperativos, de modo a viabilizar às futuras gerações o seu uso.

O conceito filosófico da *natureza* é alterado, havendo um interessante estudo de Paulo de Bessa Antunes⁵⁶ acerca desta alteração histórica, ao partir da concepção grega àquela inserida na carta constitucional de 1988. O conceito de natureza subordinado ao ser humano é encontrada em diversas épocas em organizações sociais, sendo que a natureza sempre esteve incumbida de servir ao homem, de acordo com as suas necessidades.

Outra premissa, adotada por Antunes⁵⁷, com a qual concordamos, é assim traçada: “(...) o Direito, assim como a própria Natureza, é um fenômeno cultural, e a tutela por ele propiciada ao meio ambiente e à natureza deve ser vista desta perspectiva. A tutela jurídica expressa uma valorização cultural e não pode ser analisada em desacordo com este fato fundamental”⁵⁸.

A tendência da proteção ao bem jurídico meio ambiente está direcionada em se adotar a concepção antropocêntrica alargada do mesmo, afastando-se da negação de uma valoração intrínseca ao meio ambiente. Morato Leite e Ayala⁵⁹ resumem com clareza este posicionamento:

⁵⁵ A fim de contextualizar a relevância da natureza em pormenores da vida humana, ocupando espaço considerável em discussões sociais, jurídicas, políticas, merece destaque o seguinte trecho, retirado da obra de Michel SERRÉS, *O Contrato Natural*, p. 13. “*A areia movediça, aqui, ainda, aspira os duelistas; o rio, alo, ameaça o combativo: a terra, as águas e o clima, o mundo silencioso, as coisas tácitas colocadas outrora como cenário em torno das representações comuns, tudo isso que jamais interessou a alguém, brutalmente, sem aviso, de agora em diante estorva as nossas tramóias. Irompe em nossa cultura- que dela sempre formou uma idéia local e vaga, cosmética- a natureza*”. Ainda, acerca dos perigos globais face à natureza, BECK (*Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998, pp. 67-68) destaca as suas três diversas classes, indo além dos perigos tecnológicos trabalhados por JONAS. De tal forma, os danos ecológicos são aqueles condicionados pela riqueza e perigos tecnológicos, além dos derivados da pobreza e das armas de destruição em massa.

⁵⁶ *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

⁵⁷ *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*, p. 3.

⁵⁸ A título de elucidação, Paulo de Bessa Antunes, em sua obra, *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*, diferencia o vocábulo “natureza” ao escrevê-lo em maiúscula e minúscula. Assim, “Natureza” é concebida como um conceito filosófico e fruto de elaboração intelectual enquanto “natureza” refere-se a elementos concretos do mundo físico, como o ar, a água, o solo.

⁵⁹ *Direito ambiental na sociedade de risco*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 47.

“Acrescenta-se a este panorama o fato de que hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual.”

A racionalidade humana volta-se à proteção jurídica do meio ambiente, dada a valoração que a este bem foi concebida, justamente pela sua relevância na manutenção da vida. Portanto, a elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental representa uma decisão política, corroborando a concepção de o homem, através de sua racionalidade, ter possibilitado a tutela jurídica do meio ambiente, diante dos interesses (sejam estes sociais ou econômicos) da preservação da natureza e primordialmente à vida humana.

3.1. A NATUREZA COMO OBJETO DO PENSAMENTO HUMANO

A natureza (aqui concebida como um conceito físico) somente se tornou objeto de estudos e legislações quando passa a se caracterizar como um recurso escasso. Entretanto, a natureza enquanto pensamento filosófico é mencionada desde a Grécia antiga, especialmente no tocante às relações do homem com os fenômenos naturais. “A atitude filosófica do Homem diante da natureza se inicia assim que este busca a universalidade, quando aprende a captar e renovar os problemas universais referentes ao cosmos e à vida, como vistas à satisfação de suas exigências espirituais, concretas e atuais”.⁶⁰

A busca pela universalidade e pela diversidade, muito estimulada pela cultura grega através do estudo das particularidades do homem e da natureza fez desenvolver a sua filosofia, baseada em leis internas passíveis de transformação em leis sociais. Evolui-se a própria idéia de Direito, surgindo em um segundo período a concepção do Direito Natural. O homem passa a raciocinar como o “senhor do mundo natural”. O mundo físico era observado, analisado e estudado pelos gregos, para dele se retirarem leis naturais e conclusões explicativas que viessem a justificar os seus anseios.

⁶⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 8.

A tradição ocidental medieval a respeito da natureza é vista sob a perspectiva clerical. Igualmente à tradição grega, pregou-se centrar o homem no universo, baseando-se em uma concepção bíblica de os seres humanos dominarem o mundo natural. A respeito desta concepção Peter Singer⁶¹ afirma:

“De acordo com a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para o benefício dos seres humanos. Deus deu a eles o domínio sobre o mundo natural e não se importa com a maneira como o tratamos. Os seres humanos são os únicos membros moralmente importantes desse mundo. Em si, a natureza não tem nenhum valor intrínseco, e a destruição de plantas e animais não pode configurar um pecado, a menos que, através dessa destruição, façamos mal aos seres humanos.”

Já no Renascimento o conceito de Natureza foi reavaliado e recondicionado às aspirações então vigentes. Junto ao racionalismo e, em decorrência dele, ao cientificismo, a natureza é tida como o objeto sobre o qual o homem detém conhecimentos, estando ele no ápice de uma pirâmide da vida natural. Os homens tornaram-se “senhores de si” e a natureza passou a ser vista como um bem economicamente avaliável. A propriedade tornou-se comercializável e tornar-se proprietário justificava e condicionava os princípios da igualdade e liberdade.

Passando-se a natureza a ser dominada, o Estado Moderno volta-se à proteção do indivíduo única e exclusivamente, em um caráter iluminista.

No entanto, dada a ordem capitalista vigente - relembrando de suas premissas da cultura da acumulação de capital - além das péssimas condições de trabalho, dos urgentes problemas sociais e posteriormente às duas grandes guerras mundiais, faz-se claro perceber o porquê de a preocupação com o meio ambiente não se ter tornado tema central de debates. Esta temática torna-se relevante a partir da década de setenta, quando há uma percepção global da problemática ambiental, em concomitância à aflição da perda de um bem deveras essencial como o meio ambiente, cujas conseqüências são diretamente refletidas na vida humana.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insere-se no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, por meio de um sistema especial de

⁶¹ SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 283.

proteção, elucidado por Flávia Piovesan⁶²: “O processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção.”

Neste sistema, como assinalado, insere-se o direito fundamental do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, recebendo destaque na ordem mundial tendo em vista o uso desenfreado de recursos naturais e da intensificação da degradação ambiental. Neste contexto, enfatiza Antônio Augusto Cançado Trindade⁶³:

“Impõe-se seja dado em particular à questão da relação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental um tratamento sistematizado, dada a sua transcendental importância em nossos dias. (...) é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano”.

Enfim, observa-se a natureza como objeto de interesse de estudos pelo homem em nuances diversos de valoração, de acordo com o período histórico analisado. No período clássico a natureza física era desprezada, assim como no período medieval.

A fase atual consiste na maturação do assim denominado Direito Ambiental. Por meio de discussões internacionais passando a inserir-se no âmbito local de cada país, notou-se a urgência de uma regulamentação jurídica da proteção do meio ambiente. Paralelamente à edição de tratados internacionais e leis internas, surgem novas concepções filosóficas, inclusive uma ética ambiental própria.⁶⁴

3.2. O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL

No âmbito nacional, a legislação ambiental brasileira revela a importância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado não somente necessário às gerações presentes, mas também às futuras. A partir deste conceito de direito transgeracional justifica-se a

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.188.

⁶³ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23.

⁶⁴ Vide, sobre a criação de uma ética coletiva, Hans JONAS, *El principio responsabilidad*. Trad. Javier Mª Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

preservação do meio ambiente, visto transcender sua essencialidade às gerações vindouras. Decorre deste raciocínio o princípio da responsabilidade, imposto a presente sociedade para com a futura, no sentido de assegurar a garantia da transmissão a esta de um ambiente sadio e equilibrado, onde se possa desfrutar de uma vida com qualidade.

Com efeito, pode-se afirmar que o meio ambiente passou a ser objeto legal, tornando-se um bem jurídico - passível de valoração legal - objeto de relações jurídicas, usufruível por todos. Edis Milare⁶⁵ assevera que “ao proclamar o meio ambiente como ‘bem de uso comum do povo’, reconheceu-lhe a natureza de ‘direito público subjetivo’, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo.”

Em decorrência advém desafios aos juristas por se constatar o conceito do bem jurídico ambiental como vago e impreciso, além de estar permeado por expressões de diversas outras áreas do conhecimento humano.

A conceituação legal de meio ambiente (art. 3º, inciso I da Lei 6.938/81) define-o como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Antunes⁶⁶, sobre o conceito de meio ambiente, alerta ser este uma abertura a polêmicas e sérias divergências, cujas repercussões serão sentidas no próprio Direito, além de afirmar categoricamente que a “definição de meio ambiente, que consta da PNMA, é feita sobre a base de uma concepção confusa e que mistura elementos que, dificilmente, poderiam ser entendidos como aqueles que se encontram no entorno dos seres vivos, seja o Homem ou quaisquer dos demais seres vivos”. Prossegue concluindo restar qualquer conceito infraconstitucional do meio ambiente incompatível com aquele inserido pela Constituição, sendo este, pois, o mais importante.

Por outro lado, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala⁶⁷ definem o bem ambiental observado da legislação como um *macrobem*, no sentido de uma visão globalizada e integrada, considerando-o como um bem incorpóreo e imaterial. Não

⁶⁵ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

⁶⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 154 e 155.

⁶⁷ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 50.

obstante, destacam os referidos autores acerca do interesse público inserido em seu núcleo, desqualificando-o, portanto, da definição civilista de bens públicos ou privados.

Na doutrina espanhola Ramon Martín Mateo⁶⁸ aponta pela necessidade de delimitação do conceito de ambiente enquanto objeto específico de um ramo do Direito, defendendo uma concepção restritiva. Desacorda com a identificação do ambiente com a própria natureza, visto que um conceito assim admitido abrangeria praticamente tudo. Adota, portanto, uma versão do meio ambiente na qual “inclui aqueles elementos naturais de titularidades comuns e características dinâmicas: definitivamente, a água e o ar, veículos básicos de transmissão suporte e fatores essenciais para a existência do homem na terra.”⁶⁹.

Com efeito, muito embora a discussão acerca da conceituação do meio ambiente seja acirrada, ela não se caracteriza somente por ser uma discussão meramente doutrinária. Muito pelo contrário, a sua repercussão na prática jurídica revela-se operante, justamente pelo fato de se constatar por meio de um conceito de bem ambiental a definição do próprio dano ambiental.

Dentre as concepções expostas, a definição do meio ambiente como um macrobem coaduna-se à realidade pátria, pois esta é a intenção do legislador constitucional. O meio ambiente engloba todos os bens passíveis de fornecer ao povo uma sadia qualidade de vida e neste sentido segue a sua interpretação. Muito embora a lei 6.938/81 tivesse como objetivo a instauração de um conceito técnico, acabando por criar um conceito abrangente, entende-se a não ocorrência de um desencontro com o conceito que se extrai da Carta Política. Muito pelo contrário, ambos se complementam.

A Constituição de 1988 não busca a conceituação de meio ambiente, mas o qualifica como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A Lei 6.938/81 igualmente assegura que o meio ambiente permite (no sentido de dar condições a), rege e abriga a vida em todas as suas formas.

De fato, o conceito de meio ambiente como a lei 6.938/81 o estabelece abrange todas as formas de vida. Por outro lado, a Constituição assegura o meio ambiente ecologicamente equilibrado (e esta adjetivação não possui uma conceituação legal).

⁶⁸ MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. vol.I. Madrid: Editorial Trivium, 1991, pp. 80-87.

⁶⁹ Tradução livre da autora acerca da citação de MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. vol.I. Madrid: Editorial Trivium, 1991, p. 86.

De tal forma, o dano ambiental condizente ao âmbito jurídico será tão somente aquele que venha a degradar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois este é garantido constitucionalmente, qualificando-se como essencial à sadia qualidade de vida.

Quanto aos conceitos de meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida, somente a doutrina e a jurisprudência, amparadas na interdisciplinariedade do direito ambiental, poderão preenchê-los.

3.3. O MEIO AMBIENTE E O DANO AMBIENTAL E SUA RELAÇÃO AO DIREITO À VIDA

Como já explicitado, a tutela do bem jurídico meio ambiente atua como suporte da proteção de outro bem jurídico fundamental: a vida humana. Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida.

Todo e qualquer dano ambiental, portanto, repercutirá diretamente na coletividade, tornando-se o bem jurídico meio ambiente passível de necessária proteção, erigido a direito fundamental.

Observou-se como a conceituação de bem ambiental é tormentosa. Conceituar um bem jurídico quando este envolve inúmeros outros conceitos de diversas outras disciplinas não-jurídicas traz como conseqüências dúvidas e inexatidões.

Construiu-se então o raciocínio de o bem ambiental conceituar-se como o meio ambiente como um todo, observadas as adjetivações constitucionais: essencial à sadia qualidade de vida e bem de uso comum do povo. O bem ambiental objeto de proteção constitucional, portanto, é o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dano ambiental - em conseqüência - será um atentado a este bem juridicamente protegido.

No tocante ao dano ambiental e os meios de sua reparação, estes merecem especial atenção, justamente pela natureza do bem protegido, a qual impossibilita a adoção da teoria da equivalência na sua reparação, dada sua impossibilidade de valoração monetária. A fixação de valores para o bem ambiental caracteriza-se por um trabalho de grande dificuldade, assim como a hipótese de sua restauração *in natura*, já que por vezes o bem se torna irreparável tamanha fora a sua degradação. Daí a importância do princípio da

prevenção - sustentáculo do Direito Ambiental - cuja principal característica é o impedimento a possíveis danos não restituíveis.

Outra característica a ele inerente apontada por Edis Milaré⁷⁰ seria a *pulverização de vítimas*, pois o dano ambiental “afeta uma pluralidade difusa de vítimas, mesmo quando certos aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos”. E continua, ao conceituá-lo como “a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação-alteração adversa ou in pejus- do equilíbrio ecológico”.⁷¹

Com efeito, anota Vladimir Passos de Freitas⁷²: “os estudos sobre danos ambientais abordam, regra geral, casos concretos e a maneira de repará-los. É certo, entretanto, que o dano ambiental vai além da reparação do prejuízo patrimonial, sendo mais complexa não apenas a sua conceituação como a própria reparação”.

De fato, possui o dano ambiental diversas conceituações, destacando-se a abordagem tecida por José Rubens Morato Leite⁷³. Com base em suas concepções, constitui o dano ambiental uma expressão ambivalente: se por um lado representa uma lesão ao direito fundamental ao meio ambiente apropriado, por outro se constitui dos efeitos que esta modificação gerará na saúde das pessoas e em seus interesses. Classifica o autor o dano ambiental em diversas categorias, sendo tal classificação essencial para a posterior compreensão do dano ambiental individual.

A primeira concepção leva em conta a *amplitude do bem protegido*, decorrendo-se desta uma classificação baseada inclusive na concepção de meio ambiente adotada por cada autor. Haveria, assim, o dano ecológico puro, o dano ambiental *latu sensu* e o dano ambiental individual, cujo objetivo seria a tutela de interesses individuais.

A segunda concepção atine-se à *reparabilidade e ao interesse envolvido*. Novamente uma classificação envolvendo, por um lado, o indivíduo lesado, cuja reparação do dano seria direta, e, no outro oposto, o interesse difuso, cuja reparabilidade, como já assinalado, é de difícil concretização.

⁷⁰ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 335.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁷² FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171.

⁷³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp.93-137.

Quanto à extensão, o dano ambiental poderia ser ordenado em dano patrimonial ambiental e danos extrapatrimoniais ou moral ambiental.

Por fim, uma derradeira bipartição quanto aos interesses objetivados. Presencia-se o interesse da coletividade em preservar o macrobem ambiental, assim como o interesse individual, relativo à preservação de sua propriedade e seus interesses.

A respeito desta última classificação, entende-se como sempre presente o interesse público na reparação de todo e qualquer dano ambiental, mesmo ocorrendo um dano individual também decorrente do mesmo ato/omissão.

Não somente os doutrinadores destacam a bipartição do dano ambiental em difuso e individual. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 6.938/81 faz expressa menção - em seu art. 14 § 1º - da obrigação do poluidor, independentemente de haver culpa ou não⁷⁴, em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, sendo estes terceiros os indivíduos em si considerados.

Portanto, em que pese a faceta coletiva do dano ambiental, observa-se a referência expressa aos danos ambientais individuais, relacionados principalmente à lesão da sadia qualidade de vida. Seja sob o enfoque de um macrobem ou de um microbem, presente está a concepção antropocêntrica moderada. Em outras palavras, a finalidade última é a proteção de um bem jurídico que resguarda um interesse humano, independentemente de lesionar, a depender do fato concreto, pessoas indeterminadas, uma coletividade restrita (grupo determinado) ou um cidadão apenas.

As lesões individuais, por sua vez, podem se dar no âmbito patrimonial ou material (por exemplo, uma pessoa que venda pescado obtido de um rio, o qual foi poluído por dejetos de uma empresa química, terá danos patrimoniais); no âmbito moral (a morte de uma criança em decorrência da ingestão de alimentos contaminados pelo alto teor de

⁷⁴ A questão da responsabilidade objetiva pelo dano ambiental não será objeto de análise no presente trabalho, principalmente pela larga abrangência dada a este tema pela doutrina jurídica ambiental. Porém, a fim de conceituá-la, tomem-se os ensinamentos do Prof. Paulo Affonso Leme MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, p. 314/315, assim descrevendo: “A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o meio ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, § 1º da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido, e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.”

agrotóxicos inseridos no solo, por exemplo), bem como danos corporais, consistentes em agressões ao corpo humano, à saúde.

4. CONCLUSÕES: A DEVIDA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE

Em que pese tratarmos o meio ambiente como um bem *em si mesmo*, indispensável à vida, de interesse jurídico múltiplo, já que abrange desde o meio ambiente natural, como também o artificial, o cultural e o do trabalho, será o legislador, ao criar os tipos penais, que delimitará, através de sua escolha, o que se pretende proteger, especificamente⁷⁵.

Hefendehl⁷⁶ opina no sentido de que os bens ambientais – tome-se a água como exemplo- não são considerados um valor em si mesmos, mas somente em sua função com respeito ao ser humano e em sua vinculação com suas necessidades existenciais.

Outra característica que se destaca do bem ambiental é o fato de não se classificar como um bem abstrato, uma criação normativa, mas sim como um bem concreto, tangível, dotado de forma física, cujas ações sobre ele atentadas repercutem em uma visível modificação de sua essência. A devida proteção, todavia, inevitavelmente se dará às custas tanto da política criminal quanto da política ambiental prevalentes, delimitando quais ações e omissões serão tipificadas.

Quanto à titularidade, merece destaque o fato de tratar-se de um bem difuso, desfrutado por toda uma coletividade e de interesse desta mesma, chegando-se a outra questão: *como protegê-lo*⁷⁷. Existe, pois, uma tendência internacional à proteção do meio ambiente por meios penais.

Com efeito, como acima já mencionado, “a função do Direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando

⁷⁵ Neste sentido, destaca-se a opção legislativa de tipificar como ilícito penal a destruição, danificação, lesão ou maltrato de plantas ornamentais de logradouros públicos ou em propriedade alheia (art. 49 da Lei 9605/98) e não tipificar como ilícito a mesma ação em propriedade particular, sendo que se está de uma forma ou de outra, causando um dano ao meio ambiente em si.

⁷⁶ HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, p. 155.

⁷⁷ Francesco PALAZZO, *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. Editora Praxis Barcelona: Revista Penal n. 4, julio 1999. p. 68-83, conclui que o critério de política criminal que deverá se consolidar é aquele segundo o qual a tutela penal deve ser repartida entre sanções penais e administrativas sobre a base de distinções entre funções e bens.

estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”⁷⁸.

Isto significa que a proteção penal do meio ambiente é medida que deve ser tomada com cautela, a ponto de justificar-se a intervenção do direito penal quando ocorrida uma ação que venha a lesionar o bem jurídico tutelado, sempre quando a lesão repercutir no dano (ou perigo de dano) à sadia qualidade de vida.

Sabe-se que há uma evidente contradição entre meio ambiente e direito penal na questão relativa à legalidade, haja vista a existência de uma grande quantidade de normas provenientes de fontes secundárias (tipos penais em branco). Também em relação ao princípio da culpabilidade, explica Palazzo⁷⁹ que não se trata apenas de determinar os sujeitos responsáveis pela violação nas organizações sociais, mas se trata de aplicar o princípio da prevenção, implicando na formulação de preceitos com conteúdo preventivos-cautelares.

Carlos Martínez Buján-Perez⁸⁰, por sua vez, destaca a violação ao princípio da intervenção mínima, na medida em que extrapola o direito penal ao invadir a órbita do ilícito administrativo.

Assim, resta passível de debates a forma ideal (principalmente na tipificação de delitos protetivos ao meio ambiente) da proteção de bens jurídicos supraindividuais ou difusos, como o meio ambiente. Há que se garantir a segurança jurídica na proteção de princípios inerentes ao direito penal quando da inserção de novos tipos penais que visem à tutela difusa. A fim de dar continuidade ao caminhar, sem que haja um desequilíbrio decisivo, faz-se necessário posteriores reflexões.

BIBLIOGRAFIA

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum, 1972.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 16-17.

⁷⁹ PALAZZO, Francesco. *Principios fundamentales y opciones politico-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. Editora Praxis Barcelona: Revista Penal n. 4, julio 1999, p. 70.

⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998 p. 109.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998.

BIRNBAUM, J.M.. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens”. In *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, 1834

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, vol. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989.

CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt: Fischer, 1996.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema de delito*. Montevideo: BdeF, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo e responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, p. 147-158.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993.

JONAS, Hans. *El principio responsabilidad*. Trad. Javier Mª Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*, vol.I. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal, tomo I*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases do Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch Editores, 1975.

PALAZZO, Francesco. *Principios fundamentales y opciones politico-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*. Editora Praxis Barcelona: Revista Penal n. 4, julio 1999. p. 68-83.

PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la parte general*. 3ª ed., Lima: Grjley, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAX, Walter. “Grundsätze der Strafrechtspflege”, in *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, t. 3, vol. 2 (Karl August Betterman, Hans Carl Nipperday e Ulrich Scheuner – Org.), Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas. Madrid : Civitas, 1999.

SINGER, Peter. *Ética práctica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Trad. Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

TAVARES, Juarez E.X.. *Bien Jurídico y Función en Derecho penal*. Trad. para o espanhol de Monica Cuñarro, Buenos Aires: Hammurabi, 2004

TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

VILLAR BORDA, Luiz. *Estudo introdutório à tradução de Relativismo y Derecho*. Bogota: Themis, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.