

DOS BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS DE CONTEÚDO DIFUSO COMO O MEIO AMBIENTE

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO E ROBERTA
CATARINA GIACOMO*

SUMÁRIO: Resumo – Abstract – Palavras-chave –Keywords – Introdução – 1. O bem jurídico – 2. O bem jurídico e a sociedade do risco –3. O bem jurídico ecológico – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho tem como foco o estudo do meio ambiente e a constatação da importância de sua tutela jurídica, em se considerando que a degradação do patrimônio ambiental por meio da atuação humana em razão do desenvolvimento econômico trouxe diversos prejuízos à qualidade de vida e impôs sério comprometimento quanto às perspectivas de vida das gerações presentes e futuras. Neste diapasão, quer-se verificar a legitimidade da tutela penal do meio ambiente, abrangida no fenômeno da expansão do Direito Penal.

Abstract

This work focuses on the study of the environment and awareness of the importance of their legal protection, whereas in the degradation of environmental assets through human action because economic development has brought many damages to the quality of life and imposed serious commitment to the outlook of life present and future generations. In this fork, it's wanted to check

*Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-graduado em Direito Penal – parte geral – pela Universidad de Salamanca. Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e do Programa de Mestrado da Universidade de Itaúna. Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia. Roberta Catarina Giacomo é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e Advogada.

legitimacy of the penal protection of the environment, within the phenomenon of expansion of criminal law.

Palavras-chave: bem jurídico; meio ambiente; direito penal e sociedade do risco.

Keywords: legal asset, environment, law and risk society

Introdução

Tem-se como premissa fundamental que a missão do Direito Penal é a defesa dos bens jurídicos, e esta idéia não pode ser rechaçada, posto que é ela que legitima a intervenção estatal punitiva no Estado Democrático de Direito, dado que num ambiente democrático de Direito, o Direito Penal deve apenas intervir para proteger interesses essenciais à manutenção da vida e às pessoas.

O que de fato deve ser ultrapassada é a concepção individualista de bem jurídico, já que existem áreas de interesse de conteúdo difuso que são por natureza mais amplas e por conta disto mostram-se mais importantes do que os interesses individuais, e por isto precisam ser protegidas de modo eficaz pelo Direito como um todo, principalmente pelo Direito Penal por sua atuação político-criminal dotada de valores preventivos, fatos estes que serão expostos a seguir.

Quer-se demonstrar que a ampliação do conceito de bem jurídico para abranger bens jurídicos de conteúdo difuso, como o meio ambiente, se faz tanto porquanto necessária à efetiva tutela que requer o meio ambiente face a sua exploração pelo homem. Para tanto, é necessário que se faça uma incursão na teoria do bem jurídico para que se encontrem os fundamentos dogmáticos que legitimem a proteção referida.

1) O Bem Jurídico

O Direito Penal se funda na proteção de bens jurídicos da sociedade e na defesa da ordem pública¹. Essa é a premissa que se encontra em qualquer inserção *prima facie* nos estudos do Direito Penal, e que surge como forma de limitação do *jus puniendi* do Estado.

¹ SÁNCHEZ-MIGALLON PARRA, Maria Victoria. El Bien Jurídico protegido en el delito ecológico. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29. Madri-1996, p. 333.

A noção de bem jurídico surge com **BIRNBAUM**², datada de 1834, que define o delito como lesão a um bem.

Mas o conceito clássico de Bem Jurídico surge com a idéia de lesão de direitos subjetivos desde Feuerbach³, e por muitos esta concepção é relacionada com o princípio da ofensividade.

Em sua evolução, transformou-se de limitador da atividade estatal para ser sua própria legitimação. Efetivamente, o conceito de bem jurídico era originariamente liberal, e, segundo **ZAFARRONI**⁴, expressão doutrinária do princípio de ofensividade, limitador do poder jurídico do Estado, tradução da distinção iluminista entre moral e direito, delito e pecado (básica para o melhor pensamento da modernidade), garantia da autonomia da consciência, incorporação da realidade interpretativa por via da teleologia.

Mas, quando se transformou de bem jurídico lesionado em bem jurídico protegido ou tutelado, e inclusive o degradou a quase um mero elemento ordenador, passou-se do limite (onde não há lesão, não há delito) à legitimação (onde há lesão deve haver delito).

Pergunta pertinente e que se mostra de difícil resposta é a definição do conceito de bem jurídico. Na doutrina, observa-se a tentativa de se chegar a uma definição clara e satisfatória. Para alguns, os bens jurídicos supõem aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana na terra⁵.

Também os definem como aquelas circunstâncias dadas, ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para seu livre desenvolvimento neste sistema social⁶.

Assim, em resumo, a toda norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis a satisfação das necessidades humanas e, portanto, para a

² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 40.

³ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 60.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reflexiones sobre el derecho penal ambiental. *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p 145.

⁵ SÁNCHEZ-MIGALLON PARRA, Maria Victoria. El bien jurídico protegido en el delito ecológico, p. 333.

⁶ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? *Anales de Derecho*, nº 19, 2001. Universidad de Murcia, p. 150.

convivência humana em sociedade, que são, por isso, merecedoras da proteção por meio do poder coativo do Estado⁷.

KARL BINDING, um dos maiores expoentes da lógica positivista da segunda metade do século XIX, define o bem jurídico como “*tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem um valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos*”⁸. Para o autor, fundamentando-se sempre no mais puro positivismo, o bem jurídico tem função claramente intrasistemática, de modo que só pode ser considerado bem jurídico tudo aquilo que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã na comunidade jurídica. Para **BINDING**, portanto, o bem jurídico consagra-se sob a égide da norma e assume característica formal-normológica.

De modo diverso, porém no mesmo contexto do positivismo clássico alemão, **VON LISZT** apresenta a proposta do positivismo voltada ao naturalismo-sociológico. Para este, o conceito de bem jurídico assume posição crítica e transsistemática, de modo que o bem jurídico é um conceito limite que deve acentuar fortemente a conexão interna da ciência jurídica com a política, justamente porque se verifica a necessidade constante de fomento e fecundação recíproca entre a ciência jurídica e a política.⁹

A grande vitória desta teoria foi no tocante a superação da ideia positivista de **BINDING** de que os bens jurídicos são bens do Direito, já que segundo **VON LISZT**, são eles antes de tudo bens da vida o que faz com que a finalidade última do Direito Penal não seja outra senão de tutelar os interesses vitais que constituem o produto daquela vontade criadora do direito.

Assim, consagra-se na doutrina a definição clássica de bem jurídico como sendo aquele “interesse juridicamente protegido”¹⁰.

O fato que levou a superação da teoria de **VON LISZT** foi que a mesma era carente de maior densidade o que, inevitavelmente, esgotava-se na abordagem formal do bem jurídico, fato que leva a uma aproximação da teoria de **BINDING**.

⁷ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 12, abr-set- 1989, p. 275-285.

⁸ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, p. 194.

⁹ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, RIO DE JANEIRO, F. BRIGUIET & C. — Editores 16 e 18 Rua Nova do Ouvidor. 1899 Tomo I, p.....

¹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico penal*, p. 55.

A partir do século XX ganha força o conceito teleológico de bem jurídico. Na obra apresentada por **HONIG**, o autor afirma a noção de bem jurídico como um produto da reflexão especificamente jurídica¹¹.

Esse quadro descrito só se alterou significativamente após a segunda guerra mundial, quando por parte da doutrina mundial surge de modo uníssono a intenção de edificar-se o conceito material do bem jurídico sobre a base de critérios verdadeiramente aptos a vincular as escolhas de criminalização do legislador ordinário, a fim de moldá-lo às diretrizes político-ideológicas do Estado Democrático de Direito.

Assim, a edificação da noção de bem jurídico como padrão crítico do Direito Penal é pacífica na doutrina, diferentemente do que ocorre quanto ao consenso sobre o conceito de bem jurídico. Contudo, podem ser observados alguns pontos de coincidência acerca da essencialidade dos interesses protegidos pelo Direito Penal.

Desse modo, conclui-se que só se consideram bens jurídico-penais aqueles bens ou valores de alguma forma indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa, ou seja, um bem jurídico torna-se digno de uma tutela penal à medida que for essencial à existência da pessoa e à sua vivência comunitária¹².

Identificam-se algumas teorias que buscam explicar a missão do Direito Penal através da afirmação de que, direta ou indiretamente, o bem jurídico é o alvo da proteção penal.

Em primeiro lugar, está o a afirmação, defendida preponderantemente por **Hans Welzel**¹³, de que a missão do Direito Penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade. Num segundo grupo, tem-se o funcionalista **Günther Jakobs**¹⁴, seu expoente mais notório, ao afirma que a missão do Direito Penal é a manutenção da identidade social por meio do reconhecimento das expectativas sociais depositadas na norma vigente. A terceira posição, majoritária, defende que é missão exclusiva e direta do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos frente à lesão ou perigo de lesão¹⁵.

¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*, p. 47.

¹² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo : RT, 1996, p. 60.

¹³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 147.

¹⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000, p. 35.

¹⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 158.

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição.

Portanto, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só se pode derivar a partir da nossa Lei Fundamental e do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através das quais se marcam os limites ao poder punitivo do Estado.

Em conseqüência, pode-se dizer: os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. Esta definição, ao atender a “circunstâncias dadas e finalidades” ao invés de “interesses” de modo geral, quer expressar que este conceito de bem jurídico abarca tanto os estados previamente achados pelo Direito como os deveres de cumprimento de normas criadas pelo mesmo, ou seja, que não se limita à primeira alternativa.

Outrossim, pelo conceito de bem jurídico concebido por parte da doutrina, que não é prévio à Constituição, podem derivar uma série de teses concretas.¹⁶

O certo é que, embora exista uma série de discussões acerca do conceito preciso de bem jurídico, há um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial, que se refere a todo o interesse humano que requer proteção penal. Assim, o bem jurídico constitui o ponto de partida e a idéia que preside a formação do tipo penal¹⁷, é um importante conceito na determinação da missão do Direito Penal, ainda que careça de significativa precisão.

Conclui-se que não se pode descartar por completo a doutrina do bem jurídico, vez que é elemento importante na determinação do tipo, na medida em que é referido de forma mediata ou imediata como objeto de proteção penal¹⁸.

Ou seja, a idéia esculpida de que a missão do Direito Penal é a proteção exclusiva de bens jurídicos não pode ser rechaçada, posto que ainda é o que legitima a intervenção estatal punitiva no Estado Democrático de Direito, já que ele deve intervir para proteger interesses essenciais à manutenção da vida e às pessoas.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal- parte general- Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. 2.ª ed. Alemana. Madrid : Civitas, 2007. p. 53.

¹⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, v. 1, 1981, p. 9-10; 315-316 e 350.

¹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit*, p. 166.

O que de fato deve mudar é a concepção individualista de bem jurídico, já que existem áreas de interesse de conteúdo difuso que são tão ou mais importantes que os interesses individuais, e que precisam ser protegidos de modo eficaz pelo Direito como um todo, principalmente pelo Direito Penal por sua atuação dotada de valores preventivos, fatos estes que serão expostos a seguir.

2) O Bem Jurídico e a Sociedade do Risco

Conforme se discutiu no item referente ao modelo da sociedade do risco, o desenvolvimento tecnológico criou uma série de riscos que se manifestam como ameaças à coletividade. Desse modo, conforme se depreende da análise do bem jurídico, há de se entender que se faz necessário o tratamento penal destas ameaças.

Contudo, conforme já exposto, logo se verifica que tais situações transcendem a lesão de um bem individual, ligado a uma vítima bem definida. Assim, se os riscos tecnológicos e seus efeitos macrosociais direcionam a preocupação da sociedade à proteção dos interesses supra-individuais, universais ou coletivos, também o Direito Penal foi chamado a intervir nesta área¹⁹.

Tal fato traz sérias conseqüências ao aparato penal clássico, pois será necessário haver a transformação do modelo de intervenção legitimado para a proteção de bens individuais para um modelo de intervenção que busca a proteção de questões supraindividuais.

Até o momento, sabe-se que o Direito Penal clássico só intervém legitimamente quando tem por objeto precípua a tutela, subsidiária e eficaz, de bens jurídico-penais e, seguindo o movimento garantista, a idéia de que devem excluir-se do âmbito de proteção penal as condutas que não atentam contra um bem jurídico digno de proteção e claramente individualizado, mas que apenas contravenham disposições do Estado administrador.

É a problemática da discussão acerca do conceito de bens jurídicos coletivos ou difusos, já que a proteção desses bens é feita por meio do uso de crimes de perigo. Tal fato também demonstra que aos bens jurídicos coletivos é legitimada a antecipação da punibilidade. Quer-se dizer que a proteção a estes bens jurídicos defronta-se diretamente

¹⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, p. 102.

com o referencial político consubstanciado no Estado Democrático de Direito orientado pelo princípio da dignidade humana.

Assim é que a desmaterialização²⁰ do bem jurídico traz sérias consequências dogmáticas e político-criminais que afetam questões centrais, como a delimitação clara e precisa do bem jurídico tutelado em cada caso, para que se possa determinar se o mesmo é lesionado ou somente posto em perigo; também para que se possa estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e seus possíveis efeitos.

Todas estas dificuldades se agravam com a combinação da tutela destes novos bens jurídicos com a chamada técnica da antecipação de tutela penal, que se faz através da utilização dos crimes de perigo abstrato.

Contudo, não se pode olvidar que a efetiva proteção dos bens jurídicos coletivos é, também, fundada na proteção da dignidade humana, vez que muitos dos bens jurídicos coletivos se remetem e se reconduzem aos interesses vitais do homem.²¹

Parte-se da comparação com os bens jurídicos individuais. Estes são aqueles que servem à proteção de interesses de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. Aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas, da coletividade, são os bens jurídicos coletivos ou difusos.

Todo bem jurídico coletivo se caracteriza por poder ser desfrutado pelos membros da sociedade, por isso não é possível relacioná-lo, em todo ou em parte, a um único setor da mesma.²²

Este movimento revela-se como necessário e, na opinião de autores como **KINDHÄUSER, STRATENWERTH, MENDOZA BUERGO, KÜHLEN e SCHÜNEMANN**, entre outros, é irreversível neste estágio de desenvolvimento social em

²⁰ Na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no distanciamento da objetividade natural, bem como de seu eixo individual para focar a intervenção penal na proteção dos bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos, o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico. In M MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, p. 103.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá : Temis, 1999, p. 62.

²² HEFENDEHL, Roland . *op cit.*, p. 150.

que nos encontramos em que já se reconheceu a importância de se tutelar os bens de natureza coletiva²³.

O grande problema encontrado na doutrina acerca do assunto, portanto, é a dificuldade em se estabelecer critérios que diferenciam quando ocorre efetiva lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos de conteúdo difuso ou quando, na verdade, o que ocorreu foi a mera transgressão de uma norma de natureza administrativa, desprovida do conteúdo de reprovabilidade da norma penal incriminadora, cuja característica é o menor conteúdo do injusto.

De fato, consolidou-se como diferenciação entre o ilícito civil e o ilícito penal o critério quantitativo, posto que na utilização de critérios qualitativos, como por exemplo o menor ou maior desvalor ético do ilícito, o desvalor recai na conduta em si mesma realizada e não no ilícito.

O que ocorre, na verdade, é o reconhecimento de que recorrer à noção de bem jurídico como único critério diferenciador não é suficiente, porque este conceito não diz por si só quais são as condutas dignas de serem elevadas à categoria de crime.

Assim, a introdução de proteção a novos interesses de feição coletiva ou suprapessoal revela a tendência expansiva do Direito Penal ao campo do que antes apenas competia ao Direito Administrativo reger.

E, se antes o Direito Penal se servia do bem jurídico como referencial material apto a suportar o tipo e como base da ilicitude material, agora também está orientado à proteção de “funções” cada vez mais amplas e de desenho cada vez menos apreensível²⁴.

A atuação hoje do Direito Penal está não apenas em responder a lesão a bens individuais, mas também na possibilidade de intervir nas hipóteses em que há exposição a perigo de bens supra-individuais. Para tanto, o legislador se utiliza de técnicas de incriminação em que não se faz necessário comprovar um resultado naturalístico ou desvalioso para o bem jurídico que se tem por meta proteger.

Esta nova perspectiva do conceito de bem jurídico, que assume a nova política criminal até o momento exposta, abandona, portanto, o conteúdo liberal do mesmo, e as conseqüências dogmáticas são muitas, mas, principalmente a idéia que ainda será

²³ KINDHAÜSER, Urs Konrad. Universitas, 1992, p. 231. *Apud In* BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo..., p. 74.

²⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Op. cit.*, p. 118.

desenvolvida neste trabalho, que é a administrativização do Direito Penal, que, segundo entendimento de **MIR PUIG**²⁵, é a orientação do Direito Penal voltada a proteção de contextos cada vez mais genéricos, relacionados com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, as quais as aporções individuais são de baixa intensidade. Nota-se que há uma supervalorização do interesse coletivo em detrimento do particular como sintoma da administrativização.

Portanto, o que se protege neste momento são contextos genéricos e de questionável potencialidade crítica. O Direito Penal é levado a responder, com seus instrumentos próprios de atuação, tão logo quando se contravenham os *standards* estabelecidos pela administração²⁶.

Há, assim, o rompimento da tradição de se orientar à salvaguarda de bens jurídicos concretos e determinados e reagir a formas de lesão ou periculosidades concretas e determináveis.

Assim, os bens jurídicos de conteúdo difuso ou coletivo tornam-se objetos autônomos de tutela e a tendência não é apenas a “descrição de formas concretas de lesão do bem jurídico, mas sim a descrição de situações de perigo abstrato que se situam em uma fase prévia à produção do dano²⁷”, de modo que os referenciais materiais precisos são abandonados, bem como a noção de lesão que antes se adotava.

O exemplo mais evidente de tudo quanto foi exposto acerca da tendência administrativizadora é, inevitavelmente, a tutela jurídico-penal do meio ambiente.

O que não se pode deixar de dizer, é que persiste a necessidade de sempre se aferir o critério qualitativo presente em toda e qualquer infração criminal, que se traduz como uma restrição à intervenção penal a um dos núcleos de valores, notamente os bens jurídicos indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa humana, sob pena do Direito Penal abrir mão de tudo aquilo que conquistou durante séculos e séculos.

Portanto, sempre que se for verificar uma conduta geradora de riscos ao bem jurídico-penal de modo apto a desencadear legitimamente a intervenção penal, deve ser também verificado o conteúdo material do injusto. Somente este tem o condão de esclarecer

²⁵ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, Santiago de Compostela, p. 205.

²⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Op. cit.*, p. 120.

²⁷ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal.....*, p. 27.

se há uma inequívoca lesão ou perigo de lesão aos valores em causa, protegidos em razão de sua indispensabilidade ao desenvolvimento da pessoa humana.

Tal análise legitima a intervenção penal pelo fato de que o Direito Penal é idôneo para a tutela subsidiária de bens da vida.

A legitimidade está, em primeiro momento, na própria importância dos valores que se quer proteger. Os direitos difusos são direitos sociais, chamados de direitos de terceira geração, imprescindíveis ao desenvolvimento pleno do ser humano, como direitos de bem-estar. Esta é a primeira tese favorável ao alargamento da intervenção penal para abarcar os interesses sociais.

E, em razão deste argumento, é que se afirma outro favorável, e explico: se os interesses a serem protegidos são essenciais à vida, somente a conduta que oferecer risco significativo a este interesse será objeto da intervenção penal.

Coloca-se, portanto, substrato material ao ilícito penal, de modo que diferencia a conduta praticada do ilícito administrativo e realiza o papel predominante do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídico-penais.

Dentro desta linha de raciocínio é a idéia proposta por **KLAUS TIEDEMANN**, que mais se aproxima do ideal na defesa da intervenção penal para a proteção dos bens jurídicos de conteúdo difuso. O autor identifica que os novos interesses tutelados, como a ordem econômica, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou determinados valores sociais constituem, na verdade, fins em si mesmos, desvinculados de quaisquer referentes individuais.

A discussão que aqui fora proposta é uma das propostas doutrinárias acerca do “novo” Direito Penal, em contradição com o modelo de Direito Penal clássico, que pode também ser definido pela tese do Direito Penal secundário²⁸, nova especialização que se atribui ao Direito Penal, v.g. a proteção à integridade de instituições ou sistemas econômicos etc., enquanto é certo que o Direito Penal clássico, voltado originariamente à proteção de bens jurídicos individuais, não estaria preparado para o enfrentamento das questões surgidas a partir da sociedade de risco.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 69.

Também nesta mesma linha de raciocínio, outras teorias exsurtem no sentido de responderem aos novos riscos através do aparato penal já consolidado, porém, utilizando-se de novas técnicas de tipificações e alterações nas estruturas dogmáticas.

Assim, basta verificar qual a conduta perigosa que um sujeito deve realizar frente ao bem jurídico protegido para que seja sancionado penalmente. Para tanto, depara-se com questões referidas à estrutura do delito. Acerca das espécies de delito correlacionadas com a viabilidade de lesionar bens jurídicos, distinguem-se, assim, três tipos de delitos, quer seja, os delitos de lesão, os delitos de perigo concreto e os delitos de perigo abstrato.

Na busca de soluções, obtiveram-se diversas hipóteses. A primeira é a que defende o abandono do dogma que assinala como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, já que estes conceitos são demasiadamente vagos e imprecisos. Outros autores defendem a teoria da personalização do bem jurídico. Para estes, não se admitem bens jurídicos que não sejam individuais e os bens jurídicos coletivos ou difusos somente se legitimam enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Os bens jurídicos de conteúdo difuso, segundo classificação encontrada em Rafael Alcácer Guirao, podem ser divididos em dois grandes grupos²⁹: a. Bens Jurídicos intermediários, que se configuram como contextos prévios de lesão de bens jurídicos individuais, e que, portanto, reconduzem diretamente a um bem jurídico pessoal, v. g. a segurança no tráfico); b. Bens Jurídicos institucionais, os quais compreendem realidades sociais que não se inserem como meros setores de riscos a interesses individuais, pois na verdade são verdadeiros bens públicos, instituições essenciais para o pleno desenvolvimento da sociedade.

O certo é que a adaptação do Direito Penal ao paradigma da sociedade do risco revela o predomínio na mais recente tendência político-criminal, de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas, e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais³⁰.

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia. 2003, p. 87.

³⁰ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Op. cit.*, p. 106.

Neste sentido, entende-se que a grande justificativa para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais reside no contorno assumido pelo Direito Penal de garante social. Certas condutas, para que o sistema seja mantido, devem ser reprimidas, ainda que de forma abstrata. O Direito Penal é imprescindível para esta finalidade, fato que não implica que ele seja “imprescindível em sua forma atual”³¹.

Para tanto, a dogmática penal deve estabelecer novos contornos de sua atuação e aplicação, alterando-se as próprias formulações penais para dar melhor solução aos problemas advindos da sociedade do risco em relação aos direitos difusos, que não são solucionados pelo Direito Penal tradicional.

Há também a proposta funcionalista, que consiste em afirmar que a acentuação das orientações preventivo-gerais conduz a uma extensão da penalidade a todos os âmbitos socialmente relevantes³².

Também como já se mencionou, a proposta do funcionalismo extremado, que abandona a concepção da teoria do bem jurídico enquanto limite ao *jus puniendi*³³.

Nesta esteira convém mencionar que ainda há muito há ser discutido ainda na doutrina para que se encontre uma solução ao conflito das teses minimalistas, da escola garantista de Frankfurt, com relação às teses normativistas, propostas pelos funcionalistas, ou as demais teses expansionistas.

Contudo, já se sabe de antemão que o meio termo entre as duas extremidades é o caminho que deve ser perseguido, já que pode ser compatível a salvaguarda pelo Direito Penal de novos interesses da coletividade com a reestruturação das categorias dogmáticas, e o modelo de Direito Penal clássico, esculpido sobre o ideário liberal clássico, que continuaria a tutelar os bens jurídicos individuais.

Agora, em razão de sua imprescindibilidade a este trabalho, entramos na discussão do bem jurídico ecológico.

3) O Bem Jurídico Ecológico

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*, p. 188.

³² ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema de derecho penal*. 2.ª ed. Buenos Aires : Hammurabi, p. 64.

³³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 35.

A autonomia do meio ambiente como um bem jurídico valioso em si mesmo corresponde às exigências comunitárias muito intensas no Brasil e no mundo desde o final dos anos 70.

Resta-nos, neste momento, e em consonância com o que foi exposto até então, responder se o meio ambiente pode ser considerado um bem jurídico-penal, ou seja, se ele tem ou não *dignidade penal*³⁴.

Nesta esteira de incertezas acerca do conceito satisfatório sobre o bem jurídico, elaboraram-se na doutrina vários métodos críticos que analisam em cada tipo delitivo qual o bem jurídico protegido.

ROLAND HEFENDEHL defende que o meio ambiente não pode ser considerado como um bem jurídico em si: este só adquire sua condição de bem jurídico pela função que exerce para a pessoa, cuja auto-realização se mostra difícil sem a proteção direta e imediata do ambiente em que se encontra³⁵.

Aqueles que negam existência aos bens jurídicos supra-individuais entendem que o bem jurídico “meio ambiente”, *in casu*, é o conjunto de fundamentos naturais elementares da vida do homem, e não se destinam a criação de “direitos da natureza”, senão de deveres dos homens perante ela³⁶.

O certo é que, se os bens jurídicos são aqueles bens e interesses essenciais à existência da vida na terra, e a nossa Constituição Federal esculpiu em seu artigo 225, a proteção penal do meio ambiente, bem como a necessidade de sua manutenção como um bem ecologicamente equilibrado para a proteção das gerações presentes quanto das futuras, pode-se com certeza afirmar que no direito pátrio o bem ecológico é um bem jurídico-penal.

Assim, deve ser admitido pela doutrina que o meio ambiente não é apenas um bem, mas um bem jurídico-penal, a partir da referência constitucional que contém

³⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Op. cit.*, p. 141.

³⁵ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Anales de Derecho, nº 19, 2001. Universidad de Murcia, p. 154.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.....

“*mandatos constitucionales expresos de criminalización*”³⁷.” Na verdade, é relevante determinar quando nos deparamos ante a um risco jurídico-penalmente relevante para este bem jurídico-penal, de modo que o problema interpretativo essencial haverá de centrar-se sobre a conduta e sobre a gravidade que deve ter a dimensão de perigo para o meio ambiente para que ocorra a subsunção do fato à norma penal.

Embora esta pareça ser a solução mais razoável, existem empecilhos quanto à auferição da gravidade de determinadas condutas como ofensivas ao não ao meio ambiente. Na tentativa de serem solucionadas, determinaram-se critérios quantitativos e qualitativos.

Utiliza-se em primeiro momento o estabelecimento de patamares de segurança baseados na observância da legislação ambiental extrapenal, especialmente nas disposições administrativas, de modo que o que antes era considerado delito de transgressão, os delitos ambientais passam a ser considerados ações violadoras das normas que integram o aparato de segurança criado em torno do bem jurídico meio ambiente. Nesta esteira, à Administração Pública deu-se o papel de encontrar os critérios *qualitativos* para medir se o risco ao meio ambiente é penalmente relevante, em se considerando que é a autoridade ambiental competente, em razão da especialidade de seu trabalho, aquela mais apta a dizer se houve ou não a colocação em perigo do bem ambiental, e em se considerando que nem sempre as ações consideradas hipoteticamente inseguras pelo legislador produzem efeitos negativos ao bem jurídico.

O referido panorama, sem dúvidas, encontra-se consolidado na lei brasileira de crimes ambientais, a Lei 9.605/98³⁸, na qual se encontra a presença de normas penais em branco, que remetem a ilícitos administrativos, além dos crimes de mera conduta e da utilização freqüente das formas de delitos de perigo abstrato.

É certo que há grande crítica neste aspecto, posto que as circunstâncias afetadas a este bem jurídico redundam em dificuldades no momento de se buscar as causas, conseqüências e vínculos de causalidade. Para transpassarem-se estes obstáculos é que se opta pelo processo de definição de condutas típicas a partir de ações apenas

³⁷ SILVA SANCHÈZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.

³⁸ Neste sentido, conferir a técnica empregada nos artigos 44, 45, 46, parágrafo único, 51, 52, 55, 56, 60, 63 e 64 da Lei 9.605/98.

hipoteticamente lesivas ou perigosas, quer por divergirem da ordenação extrapenal, quer por se atribuírem a elas, aprioristicamente, conceitos ecologicamente negativos.

Ainda neste sentido, aos juízos e tribunais conferiu-se o papel de encontrar os critérios quantitativos do risco relevante, assim, se presentes os elementos na conduta perpetrada e se esses elementos são suficientes para que se conclua acerca da ocorrência da ilicitude ambiental. Destaca-se que, por vezes, esses elementos são de difícil auferição, de modo que, em razão da necessidade prática, visando a dar cabo da problemática da causalidade, adota-se o abandono das exigências da prova do nexa causal, para, em seu lugar, aplicar o método das probabilidades estatísticas³⁹.

O que se pode dizer neste aspecto, ainda, é que os valores aqui protegidos são destituídos de substrato naturalístico tangível, de modo que a fixação do conteúdo e limites ocorrem pelos critérios acima expostos⁴⁰.

No tocante ao meio ambiente, embora a abstração dos valores protegidos, existe uma relativa particularidade, posto que é hoje uma realidade concreta a consciência de que o conjunto de condições naturais são indispensáveis à existência humana, porque possui elementos físico-naturais que, quando afetados de alguma forma, permitem a constatação de uma modificação exterior prejudicial à qualidade de vida almejada.

Assim, as condutas contempladas nos tipos penais ambientais não apresentam em si um conteúdo do desvalor que justificaria a intervenção do Direito Penal, mas, pela relevância do interesse protegido, trabalha-se com uma autêntica presunção de que a simples realização gramatical do preceito penal coloca em risco o bem jurídico.

A proteção do meio ambiente, portanto, torna-se um dos interesses essenciais a ser protegido pelo *jus puniendi*, e se fundamenta justamente sobre a necessidade improrrogável de garantir a sobrevivência e o futuro da espécie humana⁴¹.

Essa prioridade axiológica de asseguração do futuro outorga legitimidade às novas técnicas de tipificação ora expostas, oriundas da dogmática da sociedade do risco.

Segundo **BERND SCHÜNEMANN**⁴², tanto o verdadeiro interesse de proteção que se encontra atrás do tipo penal, como o bem de proteção captado diretamente por este, só podem estar constituídos pelos bens jurídicos ecológicos.

³⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*, p. 125.

⁴⁰ *Idem*, p. 123.

⁴¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Op. cit.*, p. 155

Deste modo, querer abarcá-los somente de maneira indireta como lesão ou perigo de lesão de indivíduos, tal como se vê predominado em muitos ordenamentos jurídicos, é equivocado e demasiadamente disfuncional, para não dizer retrógrados.

Insiste que a posição adotada eminentemente pela escola de Frankfurt, que reduz o meio ambiente a bem jurídico individual é equivocada.

Não há ponto de convergência entre os que defendem a existência do bem jurídico ecológico no tocante a sua concepção, se optam ao plano antropocêntrico ou ao plano ecocêntrico.

No plano teórico essas são as duas concepções diversas a respeito da proteção do meio ambiente. A primeira demonstra a visão **antropocêntrica**, segundo a qual a única razão pela qual se pode justificar a proteção do meio ambiente é a sua importância aos interesses humanos. De outro lado, tem-se a concepção **ecocêntrica**, segundo a qual a natureza, ou a biosfera, com todos os seus componentes como ar, mar, fauna, flora, etc. são entidades autônomas e merecedoras de proteção.

Esta última teoria é a que melhor se encaixa com o ideal preventivo proposto pela nova ótica do Direito do Meio Ambiente, e que de fato poderia gerar a proteção das presentes e das futuras gerações, pois para ela o meio ambiente não é um meio para satisfazer os interesses humanos, mas um fim em si mesmo. Não é a funcionalidade que garante sua proteção, mas sim seu valor intrínseco.

A intervenção jurídico-penal para proteção do meio ambiente para a doutrina penalista, em unanimidade, só se faz possível, até o presente momento, sob a fundamentação antropocêntrica.

Na realidade, em vistas a dirimir problemas é que se forma a idéia de consideração jurídica da natureza, de forma que é exigido que o ordenamento jurídico considere a própria natureza e o ambiente como valores autônomos, dignos de tutela. Importa-se considerar que a noção jurídica da natureza seja justificada pela necessidade de proteger o próprio ambiente, considerado em si mesmo, sem referência a quaisquer paradigmas de ordem antropocêntrica ou econômica, mas respeitando as relações entre o homem e a natureza.

⁴² Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1998, p. 347.

Para tanto, importante transpassarem-se as barreiras dogmáticas que dificultam a concreção desta teoria, para que a noção de meio ambiente enquanto bem jurídico sirva para dar apoio material à estruturação e aplicação do tipo penal como um bem jurídico supra individual, autônomo, cuja proteção se faz através do uso de crimes de perigo abstrato, como concretização da antecipação da tutela penal, acompanhado pela acessoriedade em relação às normas de natureza administrativa, que traduzem os *standards* desejados de proteção.

Assim, só é possível sustentar-se a proteção penal ao meio ambiente quando for possível cumprir, com o recurso a um referencial material limitador e fundamentador do merecimento de pena. Deve ocorrer, nestes termos, uma compreensão material da ofensividade e não apenas formal ou presumida. Deve manter um contato, por mais mínimo que seja, com o núcleo problemático e legitimador que o bem jurídico representa. Assim, em termos dogmáticos, a ação deve possuir um conteúdo mínimo de lesividade em relação ao bem jurídico.

Por fim, em se considerando a importância da opinião consagrada na doutrina quando da defesa de um ponto de vista, tem-se que dentro da postura que defende a consolidação da tutela do meio ambiente através do Direito Penal, a posição de **STRATENWERTH**, que defende o que chamou de “*asseguramento do futuro*”, e considera que a noção de bem jurídico já não pode pretender ter um verdadeiro significado forte e consolidado, devido à falta de contornos precisos dos novos objetos de proteção⁴³.

Assim, deve o Direito Penal abandonar o conceito de bem jurídico e se orientar no desvalor da conduta, de modo que a dogmática penal se refira a normas de comportamentos gerais⁴⁴.

Na posição diametralmente oposta está a tese representada por **HASSEMER**, segundo a qual o Direito Penal não deve se ocupar da proteção do meio ambiente por haver (justamente) incompatibilidade com o conceito pessoal de bem jurídico⁴⁵.

Entendemos que a melhor posição é a intermediária defendida por **SCHÜNEMANN** e **KUHLEN**, segundo os quais não se renuncia ao conceito de bem

⁴³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. – Madrid: Editora Civitas, 2001. (colección monografías Civitas), p. 74.

⁴⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 75.

⁴⁵ *Idem*, p. 75.

jurídico, mas se possibilita uma ampliação do conceito para que haja total proteção penal do bem jurídico ecológico⁴⁶.

4) Conclusão

Por fim, resta-nos dizer que a discussão acerca da proteção a bens jurídicos penais supra-individuais envolve problemas que se referem às dificuldades de sua persecução por meio da aplicação das estruturas tradicionais do delito.

Por essa razão, a proteção penal a bens universais, valorados como essenciais ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, é viabilizada mediante a utilização de alguns mecanismos de incriminação característicos das novas áreas de regulação penal, que partem da normatização extrapenal e a trazem para o campo do ilícito criminal, com a utilização dos tipos de mera conduta e das incriminações de perigo abstrato, além de tipos omissivos e culposos⁴⁷.

5) Referências Bibliográficas

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM,.....

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Editado e publicado por Ministerio de Justicia. 2003.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Doctrina Penal. Buenos Aires, n. 12, abr-set- 1989.

⁴⁶ *Idem*, p. 76.

⁴⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*, p. 118.

HASSEMER, Winfried. *Persona mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá : Temis, 1999.

HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?” *Anales de Derecho*, n° 19, 2001. Universidad de Murcia. P. 147 a 158.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, Trad. por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguiet & C. Edit., 1899, Tomo I.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid : Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, Santiago de Compostela **editora e ano**.

SÁNCHEZ -MIGALLON PARRA, Maria Victoria. El Bien Jurídico protegido en el delito ecológico. *Cuadernos de política criminal*, n.º 29. Madri-1996.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo, RT, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal- parte general- Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2.^a ed. Alemana. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 2007.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente. *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reflexiones sobre el derecho penal ambiental. *Estudios sobre Justicia Penal*. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.