

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO CÉSAR BAUER PERTILLE

O BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTAL

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO CÉSAR BAUER PERTILLE

O BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTAL

Porto Alegre

2017

MARCELO CÉSAR BAUER PERTILLE

O BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTAL

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2017

MARCELO CÉSAR BAUER PERTILLE

O BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTAL

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em _ de _ de 20_.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos
Universidade Luterana do Brasil – ULBRA - Brasil

Examinador: Prof. Dr. João Alves Teixeira Neto
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Porto Alegre

2017

Para Heloísa e Laís... no amor de quem reforço minha esperança num futuro mais solidário.

AGRADECIMENTOS

À Thais Pertille por todo amor, paciência e dedicação à nossa família. Tenho a exata noção de que sem ela este trabalho não teria sido possível.

À Neusa Pertille, Gelson Pertille, Angélica Ambrosini, Luciano Ambrosini, Iolanda Silveira e Yvan Silveira pelo suporte incondicional em todos os meus projetos.

A Geraldo e Reny, quem, com muito carinho, me recebeu em sua casa quando ainda procurava me ambientar em Porto Alegre.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em especial à Ruth Gauer, Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Fabio Roberto D'Avila, Aury Lopes Júnior, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e João Alves Teixeira Neto pela generosidade em compartilhar ideias e pela inspiração que sempre me despertaram.

Aos colegas de turma, especialmente Carolina Stein, Pedro Pavanatto e Letícia Burgel. A amizade de vocês, certamente, constitui uma das grandes conquistas deste mestrado.

Aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, especialmente à Secretária Márcia Brum Lopes pelo apoio e presteza em muitos momentos de dúvidas administrativas.

Aos amigos Alexandre Morais da Rosa, Juliano Keller do Valle, Sérgio Fernandes Aquino, Paulo Conti e Aline Camargo, pessoas que estão sempre do meu lado em forma de apoio e incentivo.

À Coordenação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí e ao Rico Domingues Concursos que, compreendendo minhas necessidades de tempo para as viagens e aulas, tornaram viável a concretização do meu mestrado.

“É que o meio é uma realidade paradoxal: o seu centro está em todo lado, a sua circunferência em parte alguma. Por outras palavras, se nos engloba totalmente, ele é também aquilo que passa no âmago de cada um de nós. Totalmente dependentes dele, somos também por ele totalmente responsáveis”.

François Ost – A Natureza à Margem da Lei

RESUMO

A presente dissertação de mestrado, vinculada à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos” do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, foca-se na definição do bem jurídico-penal ambiental. A pesquisa mostra-se relevante no sentido de equalizar os padrões críticos de um direito penal de proteção das liberdades individuais com a necessária valorização do meio ambiente natural, reconhecido como objeto de tutela jurídica. Nesse cenário tem destaque a teoria do bem jurídico quando pretende limitar a intervenção penal, determinando que todo delito esteja alicerçado sobre uma ofensa a um bem jurídico com a necessária dignidade penal. Por isso, a pesquisa inicia-se pela busca da fonte de legitimidade constitucional do bem jurídico ambiental, definindo-se as características do Estado Socioambiental de Direito. Após, procura-se determinar os contornos da teoria do bem jurídico-penal, onde trabalha-se questões histórico-normativas, requisitos e críticas daqueles que a ela se opõem. Em seguida, busca-se padrões para a concepção do bem jurídico-penal supraindividual, analisa-se correntes de uma nova ética ambiental, passando-se à estruturação das teorias capazes de sustentar e delimitar o bem jurídico do meio ambiente com capacidade penal. Ao final, conclui-se que a teoria do bem jurídico é de fundamental importância para a limitação do poder punitivo e que apresenta possibilidade de aplicação ao bem ambiental, quando, para isso, deve vê-lo definido como o equilíbrio dos sistemas naturais necessários, ainda que mediatamente, à viabilização da vida e bem-estar humanos.

Palavras-chave: Estado Socioambiental de Direito. Tutela penal do meio ambiente. Bem jurídico-penal ambiental.

RESÚMEN

La presente tesis de maestría es realizada siguiendo la línea de investigación “Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos” del programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur y se enfoca en la necesidad de definir el bien jurídico-penal ambiental. La investigación adquiere relevancia en el sentido de nivelar la importancia de los patrones críticos que culminaron en un derecho penal de valoración de las libertades individuales con la necesaria comprensión sobre el medio ambiente natural. En ese marco, se resalta la teoría del bien jurídico cuando pretende limitar la intervención penal, determinando que todo delito esté basado en una ofensa a un bien jurídico con la necesaria dignidad penal. Por esta razón, la investigación empieza con la búsqueda de la fuente de legitimidad constitucional del bien jurídico ambiental y la definición de las características del Estado Socio-ambiental de Derecho. Después, se busca determinar los rasgos de la teoría del bien jurídico-penal, en la que se trabajan cuestiones histórico-normativas, requisitos y críticas de aquellos que se oponen a esta teoría. A continuación se buscan patrones para la concepción del bien jurídico-penal supraindividual, se analizan corrientes de una nueva ética ambiental, pasando a la estructuración de las teorías capaces de sustentar y delimitar el bien jurídico del medio ambiente con capacidad penal. Al final, busca se concluir que la teoría del bien jurídico es de fundamental importancia para la limitación del poder punitivo y que presenta posibilidad de aplicación al bien ambiental cuando, para ese fin, debe estar definido como el equilibrio de los sistemas naturales necesarios, aunque mediatamente, para volver viable la vida y bien estar humanos.

Palabras clave: Estado Socioambiental de Derecho. Intervención penal. Bien jurídico-penal ambiental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUA FORMAÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA.....	14
1.1 ELEMENTOS PARA A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO.....	14
1.2 LEGITIMAÇÃO SOCIAL DOS VALORES AMBIENTAIS: A SOCIEDADE DE RISCO E OS MOVIMENTOS ECOLÓGICOS.....	29
1.3 A ECOLOGIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	41
2 O BEM JURÍDICO-PENAL COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE INCRIMINAR.....	57
2.1 JUSTIFICATIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	59
2.2 BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO.....	80
3 LEGITIMIDADE DAS INCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS	95
3.1 REFERENCIAIS ÉTICOS PARA A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE.....	97
3.2 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL	108
3.3 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL E TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE.....	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo analisar os contornos que deve assumir o bem jurídico-penal ambiental para que se mantenha o caráter crítico da teoria do bem jurídico enquanto limitação dos processos de criminalização, reconhecendo-se a importância do meio ambiente natural e a sua necessária tutela jurídica para a preservação dos sistemas naturais.

A delimitação do problema foca-se na busca por elementos para a designação de um autêntico bem jurídico-penal ambiental com o intento de discutir a necessidade de uma equalização entre a característica delimitadora do poder punitivo do Estado, por meio da teoria do bem jurídico, e a importância que o meio ambiente natural encerra a partir da manutenção dos seus próprios ciclos ecológicos. Assim sendo, passa-se aos questionamentos: O direito penal, que tem como fonte de legitimidade a teoria do bem jurídico, mantém seu padrão crítico no intento de limitar a intervenção penal quando, diante de uma nova ética ambiental a maximizar a importância da natureza e de movimentos de ecologização de Estados de Direito, é chamado como mecanismo de proteção? A teoria do bem jurídico, tida como herança dos movimentos liberais destinados à proteção dos indivíduos, é capaz de aceitar em seu seio valores com característica supraindividual, tal qual o meio ambiente natural? O meio ambiente natural, passível de proteção penal, pode ser admitido como bem jurídico autônomo ou deve apresentar-se intimamente ligado aos interesses dos seres humanos? E, considerando-se a possibilidade de se constituir o bem ambiental em bem jurídico-penal autônomo, quais devem ser os seus exatos limites conceituais para que seja possível a sua concretização?

Dessas questões tantas outras se originaram, assumindo suas respostas a função de constituir etapas em direção à elucidação do problema inicial, qual seja, investigar a compatibilidade da teoria do bem jurídico com a necessidade de proteção do meio ambiente natural. É assim porque a par dos diversos espaços de criminalização surgidos em decorrência das revoluções industrial e tecnológica, quando o direito penal também simbolicamente redimensionou-se, é necessário que a teoria do bem jurídico admita ser revisitada em determinados aspectos para que, sem perder seu intento original, adapte-se às questões da contemporaneidade.

Para compreensão que se entende necessária acerca da legitimidade penal do meio ambiente tendo como base a teoria do bem jurídico, fundamental ter em mente algumas

estruturais mudanças na formação de Estados que passaram a incluir em suas normas de organização política os temas ambientais. Por isso é que o primeiro capítulo se destina a um resgate histórico normativo que possibilitou a inclusão da tutela do meio ambiente no âmbito jurídico, visando à preservação de ecossistemas diante de práticas atentatórias à sustentabilidade ambiental. Para isso, a virada nos movimentos constitucionais da segunda metade do século passado constituiu-se em marco de fundamental importância, haja vista a inclusão a partir desse período de critérios éticos atrelados a valorização da dignidade humana na função de interpretação das leis. Até essa época, apesar da modernidade ter se instaurado em busca da valorização dos direitos individuais, questões ligadas aos modelos de produção econômica, que originaram as revoluções industrial e tecnológica, impediam uma igualdade de proteção social e jurídica a todos. Ademais, fruto do positivismo, a teleologia da interpretação das normas transformava o sistema jurídico em algo denso, estável, impossível de se moldar a situações concretas. Como dito, o segundo pós-guerra trouxe a importância da interpretação das normas a partir de aspectos morais, tendo se iniciado uma declarada busca pelo bem estar dos seres humanos e sua forma livre sob variados aspectos. Nessa perspectiva o Estado de Direito deixou de ser concebido como mera organização política regida por leis, mas sim como ente constituído sob formato destinado, em seu fim último, à execução do compromisso ético de satisfação dos ideais humanitários.

A ecologização do Estado de Direito enquadra-se nesta busca pela viabilidade da dignidade humana quando define que a satisfação dos direitos fundamentais dos indivíduos tem ligação imanente com o meio ambiente equilibrado. Desastres ambientais, fruto da geração de riscos sem os necessários cuidados, evidenciaram o potencial lesivo das atividades humanas ao meio ambiente, incentivando a discussão sobre novas práticas ecológicas e redundando em formatos de Estados Socioambientais de Direito que redimensionaram estruturas legais dos Estados e, nessa toada, estimularam o necessário debate quanto à atuação do direito penal nessas questões.

A par dessa nova orientação constitucional, o segundo capítulo foca-se nos elementos histórico-normativos e conceituais da teoria do bem jurídico-penal, haja vista entender-se que constitui ela a pedra angular dos processos de criminalização tendentes ao controle da intervenção penal. Reconhece-se que a teoria teve seu despertar com os movimentos iluministas que culminaram com a laicização dos Estados e promoveram a separação entre crime e pecado. Esse fenômeno caracterizador do início da modernidade fez com que fosse necessário buscar novo padrão crítico aos intentos de proteção penal, quando a manutenção

do contrato social passou a ser a pedra de toque do novo sistema, tornando indispensável um prejuízo à comunidade para que condutas pudessem ser penalmente punidas. Ocorre que os estabelecimentos desses valores essenciais à satisfação dos ideais liberais sempre constituíram ponto demasiadamente conturbado da teoria. É por isso que a evolução do direito penal promoveu direta simbiose com orientações constitucionais no afã de proteger valores constitucionalmente previstos ou que, ao menos, mediatamente pudessem ser lidos do Texto Maior. A Constituição e os processos de criminalização passaram a integrar-se definitivamente, o que providenciou norte decisivo para a resposta quanto ao que se deve punir, sendo que, ainda assim, as críticas à teoria continuavam a se operar diante da alegada excessiva espiritualização de seus padrões. Os opositores sustentam que apesar das boas intenções a teoria ela não viabiliza a concretização objetiva de critérios de criminalização a ponto de estabelecer de modo seguro orientações sobre o que punir. De todo modo, a mercê de ideias funcionalistas que definem a instrumentalização da pena por critérios de política criminal, a pesquisa pretende definir que a teoria do bem jurídico ainda constitui-se na mais bem preparada sistematização de requisitos para definição daquilo que deve constituir crime, admitindo-se que, sobretudo em razão dos novos interesses oriundos das realidades econômicas e tecnológicas, torna-se fundamental a discussão sobre o redimensionamento de suas estruturas.

É com base nesse raciocínio que o terceiro capítulo se apresenta destinado à discussão da viabilidade da proteção do bem ambiental por meio da teoria do bem jurídico. Para tanto, é iniciado com a visita às principais correntes destinadas ao estabelecimento de uma ética ambiental, das quais se colheu elementos a justificar a imprescindibilidade de novas posturas para com o meio ambiente natural, evidenciando-se a imprescindibilidade da reinvenção de práticas humanas que a ele digam respeito. Nesse sentido, trabalha-se com a *Deep Ecology*, com o princípio da responsabilidade de Hans Jonas e também com as noções a partir do contrato natural de Michel Serres e também com a ética do cuidado de Leonardo Boff.

Em seguida, discute-se a possibilidade de a teoria do bem jurídico dar suporte às incriminações baseadas no interesse de bens supraindividuais. Analisa-se a relativização das bases pessoal da teoria no sentido da admissão de bens que não necessariamente apresentem-se diretamente ligados à satisfação dos interesses humanos. Discutem-se os requisitos para a constatação da supraindividualidade do bem jurídico no sentido de não se permitir que a teoria perca sua origem de restrição aos interesses penais, reconhecendo-se que, ao contrário do que ocorre com os bens de titularidade individual, haja maior dificuldade para o

estabelecimento dos respectivos critérios por conta justamente do caráter supraindividual daquilo que se pretende tutelar.

A última parte da pesquisa destina-se aos contornos do bem jurídico-penal ambiental, promovendo-se debate, primeiro, sobre seu referencial constitucional, passando-se à análise das características de modelos biocêntrico e antropocêntrico. Almeja-se com isso verificar a possibilidade de o direito oferecer proteção satisfatória a um possível bem ambiental, ganhando espaço também a discussão sobre tese ecocêntrica-antropocêntrica. E, na hipótese de se admitir um autêntico bem jurídico-penal ambiental, segue-se na busca por elementos para a sua individualização, isso no intuito de fornecer ao legislador bases para a construção de tipos penais que permitam pontualmente a eleição de objetos sobre os quais devem recair as condutas, isso, fundamental sublinhar, sem que se perca de vista a necessária ofensividade que exerce papel de instrumentalização e ratificação da própria teoria do bem jurídico. Ao final, ciente dos limites da pesquisa e da necessidade de continuação do estudo, pretende-se trazer elementos para a justificação de um direito penal de proteção subsidiária de bem jurídicos por meio do fundamento onto-antropológico.

Diante de tudo dito, espera-se contribuir em alguma medida para o enriquecimento do debate acerca dos limites do direito penal e sua atuação referente aos temas ambientais tão caros à contemporaneidade e, certamente, ao futuro.

1. ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUA FORMAÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA

Não há dúvida de que a análise das bases teóricas daquilo que a partir da segunda metade do século XX passou a ser chamado de Estado de Direito Ambiental é tema complexo e que apresenta diversas variáveis. Essa conclusão permite, desde já, que seja necessário fazer a advertência de que a limitação da abordagem que ora se inicia sobre a inserção da importância da ecologia no raio de preocupação das normas, sobretudo no âmbito constitucional, o que passa a definir a ambientalização do Estado de Direito, centrar-se-á em demonstrar a relevância do tema diante da indispensável existência de limites para a tutela penal em espaços de democracia.

Portanto, este primeiro capítulo pretende revisitar o processo histórico-normativo que culminou com a eleição da proteção do ambiente como fator decisivo para um futuro de sustentabilidade e equilíbrio ambiental, descrevendo as principais características e intenções de movimentos jurídicos que culminaram com a inserção da pauta ‘ecológica’ no modelo político do Estado. Ainda nesta primeira parte da pesquisa, após a análise acerca da redefinição do conceito Estado de Direito sob o prisma ambiental, centrar-se-á esforços em delimitar as características do movimento sociológico identificado como sociedade de risco, passando-se, em seguida, ao delineamento do fenômeno descrito como Direito Penal do risco, com o que se pretende fornecer bases para, na sequência do trabalho, justificar a utilidade de fronteiras conceituais quanto ao termo meio ambiente, justificando a necessidade/possibilidade de uma tutela penal centrada na proteção subsidiária de bens jurídicos.

1.1 ELEMENTOS PARA A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO

Importante asseverar que a ideia de um Estado de Direito estruturado também sob critérios de proteção ao meio ambiente não compreende a certeza de que se está a falar de um sistema acabado, algo que após sua idealização apresenta-se apto a apenas preocupar-se com os respectivos meios de implementação. A ambientalização do Estado de Direito é “uma construção político-normativa que se projeta no mundo como devir”¹, constituindo-se na necessidade de um olhar para o futuro ao levar em consideração que as mutações pelas quais

¹ CAETANO, Matheus Almeida. **Os delitos de acumulação no direito penal ambiental**. São Paulo: Pillares, 2016, p. 117.

as sociedades destes e dos vindouros tempos passam e passarão trazem e trarão novos desafios no sentido do constante redimensionamento das relações que pressupõem a saudável existência humana, os métodos de produção de uma sociedade de meios produção e consumo com a natureza em equilíbrio.

Ademais, a variedade das questões ambientais que surgem com o objetivo de se propor caminhos de adequação dos meios de fruição dessas sociedades com a manutenção de preceitos ambientais caros aos pesquisadores do ramo, a todo tempo mostra que o Direito Ambiental e suas bases dogmáticas convergem para frente. Com a necessária preocupação com o presente, mas, inegavelmente, tendo o futuro como objetivo, que se constituirá em presente para as vindouras sociedades, o Estado de Direito Ambiental redireciona objetivos e impõe novas culturas em virtude de um novo patamar ético alicerçado para delinear a relação do ser humano com a natureza. Por isso é que se enfatiza que a ecologização do Estado de Direito é fenômeno que ocupa posição central na mudança de atitudes, fomentando e autorizando que o sistema jurídico passe a poder colaborar decisivamente com esse processo. A se considerar a característica coercitiva da jurisdição, a imperatividade que desempenha o Direito e o papel simbólico que irradia, percebe-se que o sistema normativo possui papel fundamental nas dinâmicas de estabelecimento de novos padrões de ação, o que, reforça-se, torna fundamental e indispensável que as bases do Estado de Direito permitam a preocupação com o uso sustentável dos recursos naturais.

Antes de se iniciar análise sobre os conceitos e características daquilo que se identifica como Estado de Socioambiental de Direito, pensa-se ser importante tecer breves comentários sobre a relevância dos contornos do Estado de Direito.

Estado de Direito pode ser conceituado como uma organização política que se apresenta regulada, estruturada e limitada pelo direito, portanto, intimamente relacionada com os fundamentos que sustentam a noção afeta ao princípio da legalidade. Na esteira de Canotilho, por consequência, “Estado de não direito será aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegido pelo direito”². Nesse sentido, o Estado de Direito deve ser visto como poder subsumido pontualmente em suas ações políticas aos limites das leis, especialmente à ideia de Constituição, documento político, mas com força jurídica, que deve estabelecer as formas de organização desse Estado e que revelará as atribuições legais

² CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradativa, 1999, p. 23.

necessárias ao complemento daquilo nela insculpido. Isso, fundamental acrescentar, para o alcance das formas de justiça que são culturalmente construídas nos seios das sociedades³.

A conceituação de Estado de Direito apresenta intrínseca relação com as noções e fundamentos dos movimentos constitucionalistas e, em que pese muitas discussões poderem aqui ser travadas diante da construção hermenêutica da expressão, já que se discute até mesmo se Estado de Direito não compreenderia um pleonasma diante da noção de que todos os Estados devem estar regulados por normas⁴, opta-se por passar a um breve resgate histórico-normativo dos constitucionalismos. E assim se procede porque se entende, conforme o objetivo que se pretende alcançar com esta pesquisa, que as noções sobre a evolução constitucional dos sistemas da Europa continental, que caracterizam o modelo romano-germânico de direito, trarão condições mais objetivas à compreensão da ecologização do Estado de Direito tal qual objetiva.

Importa iniciar com a compreensão de que a origem sobre a necessidade de existência de uma norma que reunisse os contornos gerais sobre a organização de sociedades políticas é mais antiga do que as concepções de constituição surgidas por volta do século XVIII. É comum que se identifique a Magna Carta Inglesa de 1215 como uma das principais origens da noção de Constituição que hoje se tem, quando o Rei João Sem Terra assinou, então, a Magna Carta. Indo-se mais longe nas origens históricas, há até mesmo versões que sustentam que já época medieval era possível encontrar informações dando conta das origens⁵ do constitucionalismo, quando, tendo por base os costumes e tradições, eram compostas as normas de organização política.⁶ Ocorre que é mesmo no final daquele período (século XVIII)

³ CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Estado de direito**. op. cit. p. 23.

⁴ “Existe a postulação daqueles que repelem a hipótese de que o Estado exista para além do direito, de tal forma que consideram impossível qualquer ação estatal contrária ao direito - o que implica a ideia de que o ordenamento jurídico possua uma realidade própria para além da expressão e ações do poder soberano. Desta forma, a expressão Estado de Direito é impugnada por estes últimos como pleonástica. É esta a posição de Kelsen, para quem todo Estado é um Estado de Direito, de modo que a diferenciação que pressupõe uma dualidade entre Estado e Direito - onde o Estado é uma realidade prévia e autônoma em relação ao ordenamento jurídico, supondo a produção deste por aquele e que somente então o Estado se submete ao Direito convertendo-se em Estado de Direito não é uma afirmação rigorosa ou uma constatação de fato, mas um posicionamento com profundo sentido ideológico”. (CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 1997. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 1997.

⁵ “Loewenstein sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo, enquanto André Hariou é absolutamente categórico ao afirmar que ‘o berço do Direito Constitucional se encontra no Mediterrâneo oriental e, mais precisamente, na Grécia’, havendo, ainda, quem dê primazia ao edito”. “(...) o constitucionalismo, assim como a moderna democracia, tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu nome de Constituição”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo; Saraiva, 2006, p. 198)

⁶ Por constitucionalismo, vale ressaltar, trabalhar-se-á com o conceito de “movimento político que propugna pelo estabelecimento de uma Constituição que limite e organize o exercício do poder político”. (SOUZA NETO,

que as ideias de Constituição enquanto conjunto de normas com conteúdo jurídico, oriundas de um poder constituinte formal e tendentes a limitar o poder do ente estatal, começaram a se propagar⁷. Entende-se que foram as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) que inauguraram os pilares daquilo que hoje recebe o nome de constitucionalismo moderno, pois caracterizaram-se como importantes movimentos de proteção de direitos individuais⁸, capazes também de oferecer resguardo à decisivos valores sociais como a vida, as liberdades, a segurança e propriedade.

Quanto ao país americano, por conta da independência da treze colônias, mais tarde com a criação de um Estado Federal, o ponto marcante centraliza-se na ideia de que a criação do estado político coincidiu com o nascimento da Constituição de 1787, documento que estabeleceu a soberania popular como meio do exercício do poder estatal, previu a liberdade e a igualdade de todos tomando-se por base as ações do Estado e, a par de outras inovações marcantes para o período, determinou a separação dos poderes que passaram a ser independentes e fiscalizavam-se entre si⁹.

Já o movimento do constitucionalismo francês inovou decisivamente para o constitucionalismo moderno com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, marco dos movimentos liberais provocados pelos iluminismo¹⁰, e que, de modo inovador, trouxe o conceito de constituição ao estabelecer que assim deveria ser entendido o documento que previsse a separação dos poderes, portanto independentes entre si, em um Estado de valorização das liberdades individuais¹¹. Logo, em uma perspectiva que passou a ser difundida no movimento constitucional ocidental, passou-se a trabalhar com a pedra fundamental de que a mera

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 234)

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 36.

⁸ “Pelos próprios objetivos fundamentais propostos é fácil perceber que o constitucionalismo teve, quase sempre, um caráter revolucionário”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. op. cit., p. 200)

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. op. cit., p. 47.

¹⁰ Faz-se necessário ressaltar que nesse período existiram variados movimentos intelectuais, em diversos locais, que, em comum, tinham a intenção de compartilhar ideias de apego à razão em detrimento de valores sociais difundidos autoritariamente pela Igreja e pela estrutura de Estado absolutista, pregando variadas formas de liberdade e o abandono de práticas medievais. Por isso, pensa-se ser metodologicamente mais adequado referir-se aos “iluminismos”, pois é de se reconhecer, fugindo de um reducionismo histórico, a existência de importantes divergências nas ideias propagadas nessa fase histórica. Para mais: HIMMELFARB, Gertrude. **Os Caminhos para a Modernidade - Os iluminismos britânico, francês e americano**. Trad. De Silva, Gabriel Ferreira da. São Paulo: É Realizações, 2011.

¹¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 16 - “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

organização política de um estado para atender interesses que não os dos indivíduos não poderia ser taxada de Constituição.

É de contextualizar que a França, até então, era fracionada em três estados, também denominados estamentos sociais: clero, nobreza, povo (burguesia)¹². Os burgueses eram aqueles que detinham o poder econômico, mas não o político, sendo que o clero e nobreza apresentavam-se mais pertos do rei. Esse quadro gerava grande instabilidade política que redundou em uma ruptura institucional provocada pela Revolução Francesa, quando a concentração dos poderes econômico e político passou para as mãos da burguesia. Pode se dizer, com isso, reafirmando-se, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é a certidão de nascimento da moderna forma de se interpretar o Estado, agora pautado sobre os alicerces da liberdade, da propriedade e da segurança. E a liberdade, importante advertir, não apenas atrelada à locomoção, mas, sobretudo, enquanto liberdade de atuação econômica, à mercê das vontades até então dominantes do Estado absolutista. O Estado passou a ter que permitir que o cidadão pudesse acumular riqueza, que pudesse gerenciar suas propriedades. E foi assim que a burguesia iniciou o domínio sobre os meios de produção.

Sob o olhar dos efeitos jurídicos, a Revolução Francesa proporcionou a segurança jurídica como fruto do movimento positivista, que iniciava seu fortalecimento nesse período e que fez inserir a lei no centro do Direito. A segurança jurídica instrumentalizava-se por meio da observância literal da lei e, por consequência, o principal poder passou a ser o exercido pelo legislativo. Já que agora eram as leis que regeriam as instituições e as organizações sociais, todos queriam a hegemonia no legislativo, sendo que aos juízes restava o papel de *la bouche de la loi*.

Importante repisar que as intenções e objetivos do novo constitucionalismo implementado pelo modelo francês tinham como finalidade também a desconstrução de um ideal feudal¹³ e, ao contrário do movimento americano, lançaram mais ideais de mudança sobre o mundo ocidental do que os acontecimentos de poucos anos antes na América do Norte¹⁴. E justamente como consequência desse fenômeno que traduziu o Estado de Direito

¹² Havia também os servos, pessoas que se destinavam ao trabalho rural e que pertenciam aos senhores no sistema denominado feudalismo, compondo a classe mais baixa no quadro dos estamentos da sociedade francesa.

¹³ “A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144). É nesse momento de mudanças sociais que deve ser compreendida a revolução do ideal proposto pelos franceses, uma vez que os direitos que propunham tinham como mote ser independentes da vontade do monarca.

¹⁴ Ao contrário do que foi vivenciado na Europa, os Estados Unidos da América viveram desde sempre valores próprios no que diz respeito à formação de sua sociedade, não reproduzindo a sociedade estamental europeia.

em Estado Constitucional de Direito, decisivamente provocado pelos movimentos liberais¹⁵, foi que, por certo, outros modelos, alternativas e composições de natureza constitucional passaram a ser identificadas, como, por exemplo, na América do Sul, inclusive. E isso se deu pelas diversas questões que passaram a ocupar o campo dos debates políticos tendo em vista as novas situações de organização social e política. Aqui, fundamental chamar a atenção para o fato de que o liberalismo, com a sua respectiva Declaração, previu igualdade, mas não chegou a criar condições para que fosse desenvolvida sob um prisma substancial/material. A nova concepção liberal não reconhecia grupos vulneráveis e, ao que mais interessa a este trabalho, também não trouxe qualquer colaboração para as questões ambientais. Dentro desse cenário, o que mais interessa frisar é que, dada a importância que a propriedade possuía nesse período, tendo constituído motivo importante dentro de todo o processo de constituição do novo Estado que nascia, pareceria até contrassenso prever funções sociais como condição para sua fruição, pelo que, nessa fase, era exercida sem amarras e, portanto, sem preocupações ambientais.

Como sugere o título deste tópico, não se pretende aqui aprofundar o estudo acerca das origens históricas e das características do Estado Constitucional de Direito conforme as peculiaridades exigidas pelo Direito Constitucional, haja vista o objetivo específico que esta pesquisa apresenta, mas ainda assim, e, desde já justificando o interesse que o tema sugere para o cenário inaugurado mais tarde pelo Direito Ambiental, é de se ressaltar algumas características importantes que essa concepção liberal de Estado de Direito introduziu.

O Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, este visto em uma perspectiva social e também ambiental, foram importantes e decisivos movimentos do constitucionalismo moderno, que a partir especialmente das experiências francesa e estadunidense passou, vale frisar, a ser identificado pela limitação do poder daqueles responsáveis por governar, pela separação de poderes e por meio da garantia dos direitos individuais, basicamente vistos e implementados enquanto direitos negativos a estabelecer

Conforme Fábio Konder Comparto, “Desde o início do século XVII, o núcleo colonial que acabou moldando a futura nação norte-americana – a Nova Inglaterra – constituiu-se como sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna só podia existir em função da riqueza material” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. op. cit., p.122).

¹⁵ “(...) quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal”. (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 18)

que ao Estado não os cabia restringir indiscriminadamente¹⁶. As noções de democracia representativa também começaram a surgir, o que corroborava aquilo que se pode identificar como o ponto crucial desse novo movimento: governos limitados e que passaram a ter que cumprir critérios de legitimação.

E dentro desse espectro de fortalecimento das normas constitucionais, tendo por base a nova forma de se entender a relação entre as pessoas e o Estado, críticas surgiram no sentido de que o idealismo do novo constitucionalismo tinha difícil implementação diante das relações de poder que sempre tencionaram os interesses nos limites dos Estados. Sarmiento e Souza Neto advertem, quanto ao movimento liberal que redimensionou o novo constitucionalismo, que já no século XIX eram comuns as críticas no sentido de que tais noções de liberdade e limitação de poder não correspondiam às realidades das sociedades que tentavam se adaptar aos tempos de nova organização política¹⁷. Lembra o autor que “Embora as normas constitucionais positivassem a liberdade e a igualdade, a realidade social era marcada pelo arbítrio e pela desigualdade”¹⁸.

Havendo natural distanciamento das orientações constitucionais com as realidades vividas, “a teoria da Constituição deveria refletir a ‘Constituição real’, espelhando os padrões sociopolíticos efetivamente em vigor em cada sociedade”¹⁹. A Constituição deveria, assim, ser o resultado da implementação de normas a considerar os fatores reais de poder de cada

¹⁶ “‘Estado Democrático de Direito’, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.” (CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista. Campinas – SP, Editora Millennium. 2007, p. 48)

¹⁷ A forma violenta com que foi rompida o modelo feudal tornou-se uma característica da ideia revolucionária, “representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriria o movimento revolucionário. Para esse resultado negativo muito contribuiu o racionalismo abstrato dos grandes líderes revolucionários de 1789. Muitos deles estavam, sinceramente, mais preocupados em defender a pureza de seus ideais do que a dignidade concreta da pessoa humana” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. op. cit., p. 144).

¹⁸ Para Costas Douzinas as revoluções instauradas com mote rumo a liberdade representaram um paradigma por si mesmas, segundo o autor “A filosofia política que pavimentou o caminho para as revoluções acreditava que os direitos naturais expressavam os direitos imanescentes da sociedade que haviam sido distorcidos, com a falta de representação nos Estados Unidos e com as atitudes não-iluminadas do ancien régime na França. Esses direitos promovem a liberdade individual ao libertar as pessoas para buscar seus interesses sem consideração a valores morais substanciais. A sociedade deveria ser separada do Estado e transformada em um terreno moralmente neutro no qual as atividades privadas livres, comércio, negócios e transações econômicas têm lugar. As únicas restrições colocadas sobre esses indivíduos de interesse maximizado deveriam ser externas: uma lei positiva divorciada da virtude tanto cria as pré-condições da liberdade, principalmente no contrato, quanto impõe limites à atividade do indivíduo, paradigmaticamente no direito penal, para permitir a reconciliação de interesses conflitantes. A lei da liberdade é, ao mesmo tempo, a lei da coerção; a legalidade pode ter sido separada da moralidade, mas tem como companheira a polícia, a prisão e a força.” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Editora Unisinos. São Leopoldo – RS. 2009, p. 106)

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 152.

sociedade. A respeito, Barroso faz referência à frase de Lassale entoada por ocasião de uma Conferência em 1863, onde afirmou: “Os problemas constitucionais não são problemas do direito, mas do poder”²⁰, no que fazia referência ao fato de que as novas orientações, ainda que regulamentadas e instrumentalizadas pela Constituição, bateriam de frente com as características emanadas das relações de poder identificadas em diferentes ocasiões no mesmo núcleo social.

Esse problema sobre a dificuldade de implementação dos novos ares constitucionais ficou ainda mais evidente com o aparecimento das noções de Estado Social, que, importante que se diga, são oriundas do final do século XIX, quando havia um alto nível de exploração dos seres humanos por conta do trabalho pautado unicamente por conceitos econômicos liberais. O período liberal, frisa-se, foi marcado pela ausência do Estado que passara a ter que respeitar a forma negativa de atuação quanto aos direitos individuais²¹. E esse fenômeno contribuiu decisivamente para que, afastado de perspectivas sociais, o Estado cedesse espaço para individualismos que, impregnados no contexto econômico²², gerassem quadros de profundo distanciamento econômico entre as classes sociais²³.

Por isso, importante reconhecer que o evento histórico que marcou o Estado Social foi a Revolução Industrial, onde o uso de máquinas para a produção em larga escala redimensionou industriais e trouxe, paralelamente, diversas alterações ao contexto social.

Dentre as principais questões inerentes a essa nova forma de Estado está o aparecimento de um novo sujeito histórico, o proletariado, grupos de pessoas que migravam para as cidades em busca de trabalho e que passavam a desempenhar funções nas indústrias começavam a se constituir. Essa nova classe iniciou processo de manifestação de interesses antagônicos com os da burguesia, e, por isso, pode-se dizer que esse período foi marcado por uma série de movimentos que tinham como objetivo melhorar as condições de vida dos trabalhadores.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. Saraiva: São Paulo: 2010, p. 79.

²¹ “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípios invioláveis”. (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. op. cit., p. 18)

²² “Ao superar o domínio absolutista do monarca, o Estado abre-se às demandas da burguesia capitalista, sobretudo nas esferas político-econômicas”. (VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A formação do estado democrático de direito**. Ijuí: Editora Unijuí, 2016, p. 148).

²³ Conforme Costas Douzinas “todas as afirmações de direitos humanos por grupos e classes excluídos da cidadania, mulheres, negros, trabalhadores ou reformistas políticos e sociais, eram preteridas como se fossem críticas egoístas contra o bem comum e a vontade democrática. Essa foi a era do Estado e da construção dos impérios, do utilitarismo e da engenharia social, a época do surgimento do nacionalismo, do racismo e do sexismo.” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 119)

É nesse contexto que se destaca a Liga Comunista, que se estruturou para pensar os direitos dos trabalhadores e, como resultado de muitas das suas reuniões, decidiu pela necessidade de um documento que orientasse a todos sobre os interesses e objetivos da organização. Por isso é que foi publicado, em 1849, “O Manifesto Comunista”²⁴, da autoria de Marx e Engels, o qual pretendeu alertar os trabalhadores para as suas reais condições de vida naquela organização social, conscientizando-os dos engendramentos ditados pela burguesia que faziam com que ficassem impedidos de ter acesso à uma vida digna. Pretendia o documento mostrar que era necessário romper com as práticas da cultura econômica implantada pelo sistema burguês, e que era necessário intensificar a tentativa de estabelecimento de uma nova ideologia para a formatação das organizações sociais.

O Manifesto pregava a reunião dos trabalhadores em um partido para viabilizar a tomada do poder político e retirar o direito da burguesia à propriedade hegemônica. De outro lado, sabiam os líderes burgueses que movimentos dessa natureza podiam apresentar resultados mais concretos, eis que a própria Revolução Francesa havia se tornado possível em razão da mobilização de uma classe que se entendia oprimida por aqueles que ditavam as regras do Estado. Em outras palavras, sentia a burguesia, por experiências próprias, que o momento político tornava-se perigoso aos seus interesses e, estrategicamente, era o momento de agir. Assim é que algumas respostas começaram a surgir na tentativa de conter alguns movimentos mais radicais.

Foi nesse contexto que o papa Leão XIII, em 1891, editou a Encíclica *Rerum Novarum*, onde foi chamada a atenção pela Igreja Católica para as reais condições de vida e de trabalho dos membros do proletariado, dando início ao movimento que mais tarde ganhou o nome de Doutrina Social da Igreja por conta de outras medidas também dessa natureza. O documento, em que pese o caráter de igualdade que pretendia transmitir, foi bastante criticado em função de que, na sua essência, não se afastava dos ideais burgueses e, portanto, perpetuava as condições de desigualdade que impediam uma vida digna aos trabalhadores²⁵.

²⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**, 1848. Porto Alegre: L&PM, 2009.

²⁵ “As encíclicas papais ilustram bem o que queremos afirmar. Esses documentos são formulados pelos sumos pontífices, devidamente acompanhados por assessores e pares eclesiásticos, circulam dentro e fora do ambiente católico, abordam as questões mais variadas e tornaram-se, muitas vezes, até uma referência analítica para estudiosos do mundo contemporâneo, como é o caso da encíclica que entrou para a história do catolicismo como a fundadora da sua moderna doutrina social – a *Rerum Novarum* (1891) assinada pelo Papa Leão XIII. Destaquemos, porém, que a Doutrina Social da Igreja não visa constituir um modelo alternativo de sociedade, mas, interpretar as realidades existentes, examinando sua conformidade ou desconformidade com os princípios da fé católica. Segundo o próprio papa João Paulo II, a finalidade principal desse corpus doutrinário é ‘(...) orientar o comportamento cristão. Ela pertence, por conseguinte, não ao domínio da ideologia, mas da teologia e especialmente da teologia moral.’ (JOÃO PAULO II, 2000:80)”. (RAMALHO, José Rodorval. Igreja católica,

Outros importantes documentos para a afirmação do Estado Social foram as constituições do México em 1917 e a de Weimar (Império Alemão) de 1919, esta última bastante influenciada pela revolução Russa de 1917, e que trouxeram como principais implicações jurídicas para o modelo de Estado Social a necessidade de que os responsáveis pela administração dos Estados passassem a reconhecer a existência de grupos vulneráveis. O conceito de igualdade, assim, alterou-se, passando a ser visto sob ponto de vista substancial/material, ainda que se continuasse a ter a propriedade como principal bem jurídico tutelado pelo ainda em alta modelo positivista.

A maior participação do Estado no sentido de agir para buscar equilíbrio nesse contexto fez com que também a economia passasse a sofrer regulação, sobretudo após a crise desse setor em meados da primeira metade do século passado. Assim, “De mero garantidor das regras que deveriam disciplinar as disputas travadas no mercado, o Estado foi se convertendo num ator significativamente mais importante, exercendo diretamente muitas atividades de produção de bens e serviços”²⁶.

O constitucionalismo social, importante que se diga, pode ser visto sob duas modalidades, a primeira atrelada aos movimentos constitucionais que se restringiam a não limitar a atuação social do Estado e, em uma segunda vertente, conforme visto em relação ao México e Alemanha, com atuação positiva para garantir questões atreladas à fruição da igualdade. Os textos constitucionais, assim, passaram a invocar aspectos intimamente ligados às relações sociais e à fruição dos direitos oriundos dos movimentos liberais de outrora.

Importante ressaltar que diante das dificuldades institucionais implementadas pelas novas formas de Estado Social, “A necessidade de construção de um Estado mais forte, para atender às crescentes demandas sociais, foi utilizada como pretexto para aniquilação dos direitos individuais e das franquias democráticas”²⁷. E aqui é comum que constitucionalistas façam a advertência de que no ocidente, nesse período (por volta dos anos 30 e 40 do século XX), com a instauração de regimes totalitários, até permitia-se falar em Estado Social, mas não se autorizava que esses fossem identificados como Estados Constitucionais Sociais, eis que características democráticas foram bastante relegadas.

moral econômica e modernidade. **Revista Brasileira de História das Religiões**. Ano III, n. 9, Jan. 2011, p. 199-210).

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 61.

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 61.

Isso tudo, importa dizer, não porque a concepção de Estado Social atuava negando os ideais liberais, mas sim “porque mas antes pugna por conciliá-las com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo”²⁸. Sarmiento e Souza Neto esclarecem que “No constitucionalismo liberal, o Estado era o ‘guarda noturno’, que se dedicava apenas à garantia da segurança dos negócios privados. No constitucionalismo social, ele assume um papel muito mais ambicioso na vida econômica”²⁹.

Mas o constitucionalismo social passou por difíceis tempos quando a economia globalizada do final do século passado iniciou a imposição de comportamentos padronizados que evocavam redução do Estado. As regras econômicas não eram mais criadas por cada região, pensadas e administradas para determinadas situações sociais, mas sim eleitas por aqueles que detinham poder econômico em escala global. Assim, com a nova onda da globalização, as questões sociais específicas de cada realidade passaram a depender do cenário econômico mundial para que pudessem ser contempladas. E isso marcou a queda de Estados sociais e o conseqüente retorno aos ideais de liberalismo econômico, com governos novamente agindo no sentido de reduzirem seu tamanho e equalizarem-se financeiramente, ainda que os direitos sociais oriundos do período do Estado Social de Direito tenham significado heranças decisivas e irrenunciáveis, sobretudo em contextos de realidades sociais em descompasso com a realidade daqueles que regem as regras globais da economia. Logo, ainda que o Estado Social tenha visto passar o seu tempo de atuação como modelo hegemônico no ocidente, não se pode negar que em determinadas realidades ainda faz muito sentido a gerência estatal sobre aspectos estruturais da economia e de serviços públicos.

De todo modo, questão bastante relevante para a pesquisa diz respeito à outra importante contribuição do Estado Social para o Direito, foi for nesse período que se iniciou a preocupação legal com o meio ambiente. Atenção que passou a existir justamente por conta das questões trabalhistas que começavam a ser implementadas. Meio ambiente, portanto, não ainda compreendido sob a noção natureza, mas sim, sob uma visão global, analisado levando-se em conta os aspectos atrelados às condições de trabalho dos operários. Era o início das preocupações socioambientais por parte do Direito.

Na sequência do processo evolutivo do conceito Estado de Direito e sua respectiva moldura constitucional, pode-se identificar o Estado Democrático de Direito, que teve a Segunda Guerra Mundial como o movimento histórico de origem. Essa forma de Estado pode

²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 62.

²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 62.

ser tida como a condensação contemporânea dos ideais de Estados regidos por organizações legais que passam agora a ter em suas estruturas aspectos de legitimidade focados na democracia para uma busca por igualdade. A democracia aparece “como condição de possibilidade, de meios e fins, para se buscar a realização do *telos* que preza o Estado”³⁰. A democracia³¹, assim, passa a constituir uma estrutura a justificar o Estado, assim como um decisivo elemento de decisão técnica a indicar as escolhas políticas.

Contextualizando a questão, lembra-se que a Alemanha saiu do primeiro grande conflito mundial com sérios problemas econômicos e também, pode-se dizer, com o orgulho do povo alemão, de modo geral, ferido. Na busca pelos motivos da vexatória situação, a história mostra que Hitler elegeu o povo judeu como os grandes responsáveis. E assim aconteceu porque eram eles, na maioria, que detinham parte importante do controle das finanças do país. Judeus eram empresário com destaque na economia e também no ramo das comunicações. Tinham, portanto, poder e influência econômica e midiática, causas que teriam gerado a fragilidade econômica do pós-guerra conforme o discurso muito difundido por Hitler e que encontrou eco na sociedade alemã a ponto de ter sido eleito líder (*Führer*) do país. No poder, em 1935, após ter conseguido tamanho apoio popular que lhe gerou poderes para até mesmo legislar, editou as Leis de Nuremberg, com forte conteúdo antisemita como estratégia política. Essas leis estabeleciam a perda da cidadania alemã por parte dos judeus, também proibiam que pudessem casar e/ou coabitar com alemães, além de permitir o confisco de seus bens sem a respectiva indenização. Deportação, banimento e experimentos genéticos também faziam parte das medidas previstas pela nova legislação.

Renovada economicamente a Alemanha foi para a Segunda Guerra Mundial e no seu término, após nova derrota, principalmente diante das barbaridades que marcaram os acontecimentos, houve, por parte dos Aliados, a instalação do Tribunal de Nuremberg, destinado a julgar os crimes de guerra cometidos pelos membros remanescentes do regime nazista. Tribunal que, como sugere o nome, foi instalado na própria cidade de Nuremberg e que, a mercê das atrocidades narradas nas acusações imputadas aos réus, não escondia tratar-

³⁰ VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A formação do estado democrático de direito**. op. cit., p. 159.

³¹ “É importante lembrar, contudo, que a democracia, como assevera Leonel Rocha, é constituída por uma ‘profunda indeterminação de sentido, gerada por sua permeabilidade constante com a práxis e a história. A marca da democracia é a interrogação: cada vez que a questão da democracia é colocada numa sociedade histórica determinada, ela produz no seu tecido social um traço indelével no seu ser’”. (VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A formação do estado democrático de direito**. op. cit., p. 162).

se de um órgão julgador montado por vencedores para julgar os perdedores do grande conflito, tendo, portanto, objetivos bem definidos³².

E aqui o ponto fundamental dessa breve reconstrução histórica no que diz respeito às suas importantes consequências jurídicas, pois uma questão central surgiu nos argumentos defensivos quando os acusados contestaram as imputações que lhes eram dirigidas sob o argumento de que teriam agido em cumprimento à estrita legalidade, estando, pois, respaldados pela lei. Logo, não poderiam ter incidido em ilicitudes diante do fato de que as regras legais vigentes ao tempo dos fatos lhes determinavam as condutas que, agora, paradoxalmente, provocavam seus julgamentos.

A relevante discussão jurídica passou a se fundamentar, assim, sobre os critérios de validade a impulsionar a obrigatoriedade de acatamento de uma lei: bastaria sua aprovação regularmente formal para que fosse compulsória sua observância? Não deveria haver conteúdo ético a estabelecer requisitos de aplicação?

É esse o contexto histórico que fez com que muitos juristas defendam até os tempos atuais que foi nessa fase que se saiu do positivismo para um novo período intitulado de pós-positivista, ainda que parte considerável dos estudiosos também reconheça que a expressão não colabore da melhor maneira para o estabelecimento de seu conteúdo. De fato, hermeneuticamente, qualquer situação posterior a outra deve ser tida como “pós”, de modo que a expressão “positivismo ético”³³ também ganhou espaço. Muitos também se utilizam do termo neoconstitucionalismo para retratar essa nova fase. O fato é que por conta desse novo ambiente a elaboração, e também a aplicação das regras jurídicas, iniciaram movimento de obrigatória observância de um mínimo ético, sem o qual não se poderia falar em efetividade jurídica. Por isso é desse período o nascimento da força normativa dos princípios a rejeitar o

³² “Churchill e Stalin eram favoráveis à execução sumária dos líderes nazistas com base na decisão política dos aliados - posição conhecida como “precedente napoleónico”. Roosevelt apoiou essa posição, mas em 1945 com a posse de Harry Truman, os Estados Unidos passaram a defender a criação de tribunais para julgar os líderes nazistas. A justificativa dos Estados Unidos para essa postura era a de trazer ao mundo a verdade sobre os crimes cometidos, a de responsabilizar os indivíduos e não todo um povo pelos crimes cometidos e assim evitar a hostilidade futura do povo alemão (Scharf, 1997:59). O tribunal de Nuremberg foi estabelecido em agosto de 1945 e o tribunal de Tóquio, em razão de pressão da União Soviética, foi criado em dezembro do mesmo ano. Nos Estados Unidos foram as críticas de personalidades públicas, como o Senador Republicano Robert Taft, relacionadas à característica política e aos aspectos legais (justiça retroativa e falta das garantias do devido processo) dos tribunais militares internacionais”. (MAIA, Marrielle Alves. Os tribunais internacionais penais na política externa dos Estados Unidos. **Meridiano** 47, nº 135, 2013, p. 19-27).

³³ “(...) estamos ante un positivismo que tiene unos fundamentos éticos y políticos. Son unos determinados valores o bienes de carácter ético y político los que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho. Así, otra denominación de este positivismo es la de “positivismo ético”. Ya no se trata de discutir sobre el positivismo jurídico anglosajón de la segunda mitad del siglo XX. Ahora lo que se debate es la realidad del Derecho: cómo debe ser la legislación, cuál debe ser la tarea del juez, cómo debe ser la interpretación, cuál debe ser el lugar de los derechos humanos en nuestros sistemas jurídicos actuales.”(RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho en el positivismo ético contemporáneo. **Isegoría**, Nº 35, julio-diciembre, 2006, 73-87).

formalismo e permitir a introdução de métodos de interpretação como ponderação, entre outros³⁴. As Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988 são exemplos desse constitucionalismo com marcante abertura para a consideração de valores por meio de princípios expressa e tacitamente previstos em seus textos, o que, por conseguinte, determina a proporcional abertura de todo o sistema jurídico.

Era a concretização da passagem dos chamados estados legais para o modelo de estados constitucionais, quando se estabeleceu a “ligação entre Direito e a Moral por meio da interpretação de princípio jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo”³⁵. Sarmiento ainda adverte que esse neoconstitucionalismo não se funda em questões metafísicas ou religiosas, mas sim em reconhecer valores morais em conteúdos jurídicos, estabelecendo uma nova noção de racionalidade ao trabalhar razoabilidade para além das formas fechadas das ciências exatas³⁶.

Antes, nos modelos de estados liberal e social, a lei era o centro do direito. Agora as referências passaram a ser os tratados e as constituições, que deixaram de ser pautas programáticas, assumindo papel tipicamente normativo para estruturar e viabilizar ambientes de democracia. Democracia, repisa-se, para a expressão da vontade popular e para o controle popular das decisões que compõem o contexto político dos Estados. Sendo que essa nova perspectiva, pode-se dizer, foi deflagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabeleceu como mote de atuação dos Estados compromissos políticos com a valorização da dignidade da pessoa humana, a ser reconhecida e concretizada sob os aspectos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Tudo na tentativa de que a força normativa do Direito colaborasse decisivamente para um novo mundo a não permitir a repetição das tragédias humanas deflagradas, e autorizadas por leis, pelas guerras de tempos antes.

Assim, os princípios deveriam ser densificados diante da certeza de que o principal bem jurídico não poderia ser mais reconhecido na propriedade, que continuou a ser tida como um direito fundamental, mas que deixou de ocupar o centro das preocupações legais. Agora era a dignidade da pessoa humana que constituía a estrutura do sistema jurídico. Por consequência a propriedade passou a ter que vista sob a necessidade de alcançar função social.

³⁴ Quanto aos métodos interpretativos do neoconstitucionalismo há diversas críticas que se acentuam no ponto de que as técnicas de ponderação e teorias da argumentação trariam sérias confusões metodológicas.

³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 164.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 165.

O neoconstitucionalismo trouxe importantes características ao Estado Democrático de Direito, quando, então, transformou os direitos fundamentais em medidas de efeitos imediatos a se espalharem por todo ordenamento legal, provocando difusão dos ideais constitucionais para todos os campos do Direito. E assim inaugurou a preocupação com as eficácias vertical e horizontal desses direitos, a serem garantidos pelos juízes, que não seriam mais a mera boca da lei, o que, por consequência, redimensionou o papel do Poder Judiciário como órgão central na tutela de questões sociais e políticas.

A função da magistratura ganhou, indiscutivelmente, mais poderes e, seguindo-se a lógica de uma democracia, também mais responsabilidades³⁷, pois as decisões assumiram dimensões interna, a se justificar quanto à justiça frente ao caso concreto, e externa, na colaboração que motivava o fortalecimento do novo sistema jurídico. Questão a ser ressaltada aqui recai justamente sobre as dificuldades de se estabelecer limites à função de julgar dentro dessa nova perspectiva, ponto que tem permeado as discussões contemporâneas, eis que é forte o coro no sentido de que em democracias decisões com cunho político tenham que ter a máxima participação popular, não podendo ficar a cargo dos juízes as últimas palavras nesse contexto³⁸.

Conforme frisado no início deste tópico, a intenção de se tecer, ainda que brevemente, uma contextualização sobre a evolução do Estado Constitucional de Direito restringe-se às necessárias noções sobre os motivos de se atribuir importância aos movimentos que difundem que o meio ambiente natural precisa ser de fato entendido como valor a ser protegido conforme as normas constitucionais. Portanto, optando-se por não adentrar nos diversos pontos que naturalmente suscitam maiores digressões quanto a temas estruturais acerca dos conceitos Estado de Direito, dos constitucionalismos e suas características mais complexas, reforça-se que, estabelecida a importância do Estado Constitucional de Direito como organização política formada de modo democrático, que serve ao limite do poder dos governos e enfatiza compromissos com os direitos individuais e sociais, o Estado Democrático Ambiental de Direito passa a ser o foco. Isso porque na sequência desse processo evolutivo o meio ambiente natural ganha espaço a justificar compromissos

³⁷ Na esteira do pensamento de Mário Cortella, “o poder que se serve, ao invés de servir, não serve!”. (Disponível em: www.youtube.com/watch?v=8Okbq8W4o7M. Acessado em 7 de abril de 2017.

³⁸ Sobre as contemporâneas discussões acerca da judicialização da política brasileira: “O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa”. STRECK, Lênio. O que é ativismo? Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acessado em 19 de agosto de 2017.

normativos que lhe compreenda como parte indissociável do processo de atendimento da dignidade da pessoa humana.

E, vale frisar, que toda a relevância das discussões sobre os modelos de Estados Constitucionais encontra lugar no fato de as características do constitucionalismo aplicado indicarem um compromisso do legislativo em atender os anseios éticos idealizados em seu texto. Em outras palavras, não se pode ter a Constituição apenas como ideal político a orientar somente em um viés principiológico o caminho por meio do qual as estruturas do Estado e seus deveres e prerrogativas devam se instrumentalizar. Indispensável que, admitido sob preceitos jurídicos, o texto constitucional implique sua obrigação cogente em relação às instituições e também aos membros da sociedade. Logo, fundamental que o Poder Judiciário esteja absolutamente incumbido e comprometido com as perspectivas constitucionais, justamente porque em Estados em desenvolvimento como Brasil, os preceitos sociais representam desafios muito importantes e de difícil consolidação, sendo necessário que a força da jurisdição esteja a serviço da concretização desses ideais.

Diante disso, e ainda no intento fornecer elementos indispensáveis à compreensão dos aspectos inerentes ao objeto desta pesquisa, indispensável resgatar, a partir de agora, os principais movimentos ecológicos que iniciaram a chamada de atenção para as questões sobre a valorização do meio ambiente natural e que tiveram papel decisivo na redefinição do Estado de Direito sob perspectivas ambientais. Importante tecer um breve histórico até os contornos da proposição sociológica conhecida por Sociedade de Risco, pois “O Estado de Direito Ambiental não deixa de ser também uma tentativa de contenção dos problemas advindos da sociedade de risco (...)”³⁹. As ideias emanadas dessa teoria pressupõe formas de controle de riscos ambientais que certamente influenciaram e influenciam processos de decisões atinentes a direitos individuais e sociais.

1.2 LEGITIMAÇÃO SOCIAL DOS VALORES AMBIENTAIS: A SOCIEDADE DE RISCO E OS MOVIMENTOS ECOLÓGICOS

Não há dúvida de que a ação humana é a principal causadora das crises ecológicas que influenciaram diversos movimentos de preservação do meio ambiente natural e que também fizeram nascer novas discussões sobre os métodos de administração que envolvem a relação do ser humano com a natureza.

³⁹ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. op. cit., p. 119.

Esses novos olhares, a se justificar em função das preocupações com o futuro da humanidade, analisam e criticam o culto à diversas tecnologias que cada vez mais modernizam processos de produção e otimizam lucros em detrimento de políticas de preservação ecológica. Os variados problemas ecológicos materializam-se, dentre outras situações, na extinção de espécies da fauna e da flora e proliferam poluições que comprometem o uso sustentável dos solos e das águas.

A consciência sobre a necessidade de políticas que procurem compreender esses problemas e que, por consequência, visem estabelecer equilíbrio nessa relação tem sido uma das maiores preocupações daqueles que se dedicam a identificar a magnitude das ameaças do presente e do futuro. Logo, fruto de uma paradoxal relação, cabe aos seres humanos, justamente os responsáveis por essa degradação ecológica, agir por meio de instrumentos capazes de tornar esse problema uma prioridade da administração dos Estados. A característica destrutiva das sociedades modernas, que, visando as revoluções produtivas, culturalmente entendem a natureza como entrave aos ditos progressos precisa ser freado por meio de discussões sobre os fins e objetivos de um viável projeto civilizatório.⁴⁰

Diante disso, com o intento de traçar um paralelo entre as revoluções tecnológicas e as crises socioambientais, fundamental revisar os principais acontecimentos históricos que marcaram a evolução dos processos industriais e que, certamente, foram decisivos para que os problemas ecológicos alcançassem níveis a indicar necessárias providências.

É de se recordar que um dos grandes acontecimentos que marcaram o século XIX foi a denominada Revolução Industrial, nascida na Europa, mais especificamente na Grã-Bretanha, e que recebeu forte influência do movimento de independência dos Estados Unidos, assim como das ideias iluministas (liberalismo) que sustentaram a Revolução Francesa. Esse fenômeno marcou o que mais tarde seria nomeado de modernidade simples, ou primeira modernidade, tornando-se o estudo de seus principais conceitos e características parte indispensável do método de compreensão daquilo que mais tarde denominou-se de Sociedade de Risco.

Nesse período houve a transição dos meios de produção, que até então desenvolviam artesanalmente os bens destinados a consumo, para métodos que passaram a contar com máquinas e novos combustíveis como fontes de energia, o que redefiniu e pautou as novas gerações sob uma perspectiva de otimização da cadeia produtiva, dentre outras importantes consequências. Novas relações de trabalho foram estabelecidas em razão das grandes

⁴⁰ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

corporações empresariais que passaram a ocupar importante lugar na gestão econômica dos Estados, o que, naturalmente, transformou cenários econômicos e, como se pretende mais objetivamente demonstrar, provocou também severos impactos de cunho ambiental.

Sob essa nova realidade, algumas características bastante claras podem ser identificadas como próprias desse período, pois com a alteração da atividade produtiva, que passou a se instrumentalizar para fora do quadro familiar, iniciou-se sentida concentração de mão de obra e forte enfraquecimento da economia de subsistência, também influenciada pela intensa diminuição do interesse pela agricultura. Por consequência, houve otimização do movimento de urbanização das cidades, o que promoveu a concentração de pessoas nos ambientes de trabalho e iniciou discussões sobre a propriedade dos meios produtivos: se ferramentas e instrumentos de trabalho pertencem aos empregadores, como, diante da nova dinâmica produtiva, atuar sem elas? Estar inserido nessa realidade passou a ser necessário para se viabilizar condições de vida.

Ademais, a industrialização apresentou novos métodos de divisão de trabalho⁴¹, uma fragmentação da cadeia produtiva pautada já em aspectos tecnológicos, peculiaridade das indústrias modernas, caracterizando-se pelo objetivo de acúmulo de capital⁴², pelo fortalecimento do grupo social burguesia e pelo aparecimento de outro, o proletariado.

E foi nessa fase, também conhecida como primeiro ciclo de modernidade industrial, que o aparecimento de riscos inerentes a essa nova realidade passou a comprometer as diversas formas de meio ambiente (sobretudo o do trabalho e o natural) e, por consequência, a saúde das pessoas. E aqui um dos pontos mais importantes: a própria definição do conceito de atividade de risco foi, então, redimensionado, sendo o risco, a partir de então, entendido como produto das ameaças de acidentes possíveis por conta de atividades industriais. Risco era visto agora sob conceito afastado de desastres naturais e interpretado como consequência das

⁴¹ “Conquanto a divisão do trabalho não date de ontem foi só no fim do século passado que as sociedades começaram a tomar consciência, que, até então, elas suportavam quase sem saber. Sem dúvida, desde a antiguidade, vários pensadores perceberam sua importância, mas foi Adam Smith o primeiro a tentar teorizá-la (...)”. (DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Pontes, 1999, p. 2)

⁴² “A noção de sociedade industrial pode gerar a noção de economia progressiva. A este propósito, poder-se-ia citar a fórmula famosa de Marx: ‘Acumulai, acumulai, esta é a lei e os profetas’. Marx lançou essa fórmula para caracterizar a sociedade capitalista. Sabemos, pela experiência histórica atual, que a acumulação de capital não caracteriza apenas as sociedades capitalistas, mas todas as sociedades industriais. Stalin, sem dúvida, poderia aplicar a fórmula de Marx à sua própria sociedade”. (ARON, Raymond. **Dezoito lições sobre a sociedade industrial**. Brasília: Martins Fontes, 1981, p. 73.) Logo, pode-se concluir que mesmo em sociedades com formas de organização opostas é possível identificar uma dependência do processo de acúmulo de capitais: no capitalismo o lucro é reinvestido para a obtenção de mais lucro; No socialismo o lucro fica para o Estado que o administra para um fim geral.

decisões humanas justificadas por critérios de racionalidade⁴³. Riscos, diferentemente dos perigos, definidos como resultados necessários de um também necessário processo de modernização, de uma transformação tecnológica, sendo eles fruto de decisões políticas que passaram a ser confrontadas com a possibilidade de prejuízos não mensuráveis, mas que eram tomadas no sentido de sua aceitação sob o argumento da necessária evolução⁴⁴.⁴⁵

A Revolução Industrial, estruturada e dirigida pelas descobertas da ciência, que inaugurava uma fase de avanços importantes em diversas áreas do conhecimento, iniciou a era de escolhas sobre a aceitação de riscos. E era a ciência que apresentava as referências para esse processo de escolhas ao indicar as probabilidades de efetivação das ameaças diagnosticadas por pesquisadores e estudiosos, os cientistas. A ciência justificava a exposição de um determinado grupo de pessoas a riscos sob o argumento de que o controle tinha por base as pequenas probabilidades de efetivação dos problemas idealizados, o que gerava a tolerabilidade e tornava suportável a exposição humana e ambiental aos riscos⁴⁶.

Eram eles, os cientistas, os responsáveis e os únicos autorizados a julgar a possibilidade de todos submeterem-se aos riscos. E de certa forma é compreensível que tenha sido dado a essa categoria o estabelecimento das novas referências de segurança, pois, a partir do instante no qual os riscos saíram da condição de serem percebidos pela capacidade

⁴³ Risco está associado a um período tido como primeira modernidade (modernidade simples), onde a tradição deixa de ser a referência nas relações sociais e políticas. Passou-se a buscar padrões de certeza e segurança, frutos de uma racionalidade científica da sociedade industrial. (BECK, Ulrich. **La invención de lo político**. Buenos Aires: FCE, 1998, p. 87)

⁴⁴ “(...) o conceito moderno de risco que identifica o período referido por Beck como primeira modernidade ou modernidade simples representa fundamentalmente o fim da tradição, sua limitação como referência de validade na organização das relações sociais e políticas, e, principalmente, a substituição dos padrões de justificação tradicional e do destino por padrões baseados na certeza e na segurança da nova racionalidade científica industrial”. (LEITE, José Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 65)

⁴⁵ Gloeckner metaforiza o aparecimento dos riscos, produzidos agora por processos racionais, com o que chama de o “legado de Prometeu”: “Prometeu libertou os humanos da desgraça planejada por Zeus. Mas também prendeu os homens na armadilha do conhecimento, da ciência. Símbolo ao mesmo tempo redentor e verdugo, herói e vilão, carrasco e salvador, Prometeu, o prudente, foi vitimado pela sua imprudência perante os deuses”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 101). Na história mitológica Prometeu salva os humanos da extinção, contrariando Zeus, que tinha a intenção de dizimar a todos com um dilúvio, tendo sido punido por isso. Posto no alto de uma pedra onde passou a ter seu fígado devorado por uma águia, lá permaneceu até que Hércules o salvou: “(...) benfeitor dos humanos, Prometeu traz a confiança no futuro. A cega esperança pode ser representada pela credibilidade da ciência, pela revolução tecnológica, pelo progresso. Essa cega esperança, que fez com que os homens não mais temessem a morte antecipadamente, conduziu a que os efeitos futuros das suas invenções, de seus avanços, fossem esquecidos. A inabalável certeza depositada no fogo divino (ciência) conduziu o homem a descobertas indispensáveis para a vida na terra. Trouxe inegáveis melhorias no tempo e qualidade de vida das pessoas, prazeres, riquezas e até mesmo a conquista espacial. No entanto, junto a ela chegam a descoberta e a produção de novas doenças, catástrofes, mortes, guerras. Como será possível entender essa dinâmica? (...) A esperança cega, herança de Prometeu, começa a desalinhar”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. op. cit, p. 103)

⁴⁶ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91.

sensorial humana, tornou-se indispensável utilizar mecanismos de percepção também científica, já que era fundamental tornar visível, interpretável o perigo, que, ademais, na sua grande parte, não podia mais ser percebido por métodos de causalidade simples. O refinamento das situações de risco também exigiu aperfeiçoamento das formas de investigação, o que, na grande maioria das situações, restringia-se aos personagens atrelados aos processos de evolução científica. A confiança nos cientistas tornou-se a chave de segurança das sociedades industriais e a insegurança social, mais tarde, uma das características da sociedade de risco⁴⁷.

Nessa fase da primeira modernidade, os riscos eram comumente atrelados a insalubridade a qual eram expostos os empregados, e materializavam-se nos locais onde eram exercidas as atividades industriais, estando limitados espacial e até mesmo temporalmente. E era assim porque eram percebidos apenas nesses locais e duravam tempo perceptível aos sentidos humanos (poluição atmosférica e contaminação hídrica, por exemplo)⁴⁸. Tinham, portanto, característica regional.

Ponto também a ser destacado diz respeito ao fato de que apesar de os riscos da primeira modernidade caracterizarem-se por serem concretos e, em tese, mais contornáveis por meio de critérios seguros, na eventualidade da ocorrência de danos e prejuízos oriundos das novas práticas tecnológicas, não se reconhecia a falência dos métodos de segurança, pois era comum que nas hipóteses de negligência, não se reconhecendo as reais causas dos fatores provocadores, tudo fosse atribuído ao termo “acidente”.

E aí as discussões sobre os benefícios da Revolução Industrial acentuaram-se, a ponto de Durkheim dissociar processos de industrialização acentuada da ideia de um necessário proporcional crescimento do bem-estar geral da sociedade⁴⁹. Eram os efeitos negativos da nova dinâmica produtiva tornando-se aparentes, palpáveis, transformando por completo as noções sobre as certezas, gerando insegurança e medo.

A ideia de sociedades autodestrutivas começava a aparecer diante do reconhecimento do potencial lesivo que as máquinas podiam apresentar, diante das novas formatações de

⁴⁷ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit. p. 92.

⁴⁸ CAETANO, Matheus Almeida. **Os delitos de acumulação no direito penal ambiental**. op. cit., p. 39

⁴⁹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Pontes, 1999.

Com fundamento na mesma ideia, Amartya Sen, concebendo fundamentos para a conclusão de que as formas de desenvolvimento social devem pressupor a efetivação das liberdades, sustenta que: “O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. (...) a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências”. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17)

estratos sociais, eis que essa nova dimensão de acontecimentos não tinha qualquer padrão que lhe ligasse ao passado, inaugurando a geração da crise. Crise entendida como produto das dúvidas e incertezas oriundas dos novos tempos e da constatação de que o até então vivido não mais fazia sentido⁵⁰. Crise como um vácuo acerca dos elementos a serem levados em conta para impulsionar processos de tomadas de decisões, pois passa-se a não saber mais como agir diante do diferente, que se mostra imprevisível e que, portanto, produz insegurança e medo.

A crise também era facilmente identificada diante de um cenário de muita distância econômica entre as classes sociais formatadas pelas consequências da industrialização. A burguesia e o proletariado afastavam-se cada vez mais em qualidade atrelada às condições de vida. Os ideais liberais, frutos dos iluminismos, que acabaram por promover a Revolução (francesa), tornaram, ao menos no papel, todos livres, fortalecendo a possibilidade de exploração dos interesses individuais. O liberalismo, visto sob perspectiva puramente econômica, não incentivava a alteridade e esse fenômeno permitia cenários de acúmulo de produtos e mercadorias por parte de alguns, enquanto considerável parcela da sociedade tinha dificuldades de subsistência.

Por isso, influenciada pelo movimento de cientifização do conhecimento, tentando explicar por métodos experimentais as conclusões fruto de suas análises, nasce para debruçar-se sobre o estudo das instituições, das novas relações de poder, da diversidade cultural, a ciência da Sociologia, tendo sido a revolução industrial a condição histórica decisiva para seu aparecimento. A Sociologia aparece para analisar as instabilidades da nova perspectiva social e para tentar responder as questões sobre insegurança, num cenário onde a filosofia e a teologia já não cabiam mais, pois a ciência era tudo que estava em voga, não havendo mais espaços para metafísica⁵¹.

De volta à questão sobre a criação de riscos e seus processos de controle, com o prosseguimento da evolução tecnológica, que atingiu alto grau inventivo em meados do

⁵⁰ As mudanças muito radicais pelas quais passou a sociedade da Revolução Industrial no século XIX, que se estenderam até o início do XX, inauguraram uma nova forma por meio da qual as pessoas passaram a se relacionar até mesmo com o tempo. Franklin Baumer, em *A História do Pensamento Europeu*, ao analisar a crise na qual foi inserida a sociedade europeia por conta daquilo que identificou como a era do devir, faz referência à Wyndham Lewis, pintor e romancista inglês, um dos idealizadores do vorticismismo, e criador da expressão “triunfo do espírito do tempo”. O espírito do tempo é aquele que vê tudo agitado, pois nele tudo muda e produz uma realidade dinâmica. Baumer sintetiza em relação àquela fase que “o espírito do espaço é sólido, de existências eternas, enquanto o espírito do tempo é dinâmico”. (BAUMER, Franklin. **Pensamento europeu moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990, p. 168.)

⁵¹ É atribuído a Auguste Comte a criação do termo sociologia, no começo do século XIX, antes tratada por ele próprio como “física social”. A nova formatação das desigualdades deu suporte à formulação de conceitos, estudos e trabalhos sobre a “sociedade de consumo”, a “comunicação em massa” (início da publicidade destinada a incentivar o consumo) e a expressão “dominação de classes”.

século XX, viu-se que cada vez mais o incremento técnico exigia proporcional complexidade dos níveis de segurança, a ponto de começar a se tornar pública a sensação sobre a falência dos meios de controle desses efeitos colaterais⁵². E essa é a tese central que fundamenta a compreensão das sociedades de risco e que a diferencia das sociedades industriais da primeira modernidade⁵³. Os riscos passaram a ser invisíveis nas sociedades pós-industriais e feriam decisivamente a lógica sobre seu domínio, eis que era necessário conhecer as consequências de determinada situação para que fosse possível incrementar controle proporcional, lógica com a qual não se trabalhava. Quando deixa de ser possível a verificação concreta das consequências das decisões o risco ganha novas definições, dimensões e escapa do controle e conhecimento, o que faz com que as instituições responsáveis pelos processos de tomadas de decisões sobre suas ocorrências percam a capacidade de identifica-lo.

Pode se dizer, assim, que a Sociedade de Risco inicia-se quando os princípios para o cálculo dos riscos da sociedade industrial são anulados, encobertos por efeitos sequer previsíveis. Os perigos socialmente aceitos pelas instituições responsáveis (riscos) ultrapassam, assim, os limites da segurabilidade⁵⁴.

Por isso, a falência dos sistemas de securitização é a característica fundamental da segunda modernidade, também tida como modernidade reflexiva, onde a radicalização da modernidade gerou um quadro de desenvolvimento incalculável e também não segurável. A ciência, com liberdade de atuação e recebendo fortes incentivos para pesquisas, justificava os eventuais impactos negativos de alguns de seus projetos e fracassos de suas tentativas experimentais na necessidade de desenvolver cada vez mais novos métodos de produção e acumulação.

Evoluir era preciso e a relação custo/benefício de novos projetos resolvia-se nesse princípio⁵⁵, pois havia uma espécie de “pacto pelo progresso” entre a indústria e a ciência, que se constituía na pedra fundamental da sociedade de risco, provocando o que se pôde chamar de “efeito bumerangue”⁵⁶, metaforizando-se as consequências impactantes provocadas e sofridas pelas sociedades expostas a essas novas formas de riscos.

⁵² “O sucesso da ciência nos fez esquecer de seus insucessos e de seus monstros. Nesse sentido, não podemos deixar de notar que o progresso da ciência e da técnica nos leva a pensar o quanto é urgente tratar dos limites. Para isso, precisamos perceber a sedução da autonomia moderna – moralidade moderna -, com sua independência, com o consenso da autenticidade atribuída ao consumo contemporâneo, com sua imagem de indivíduo-átomo que, por ser único, distingue-se dos outros”. (GAUER, Ruth, Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 139).

⁵³ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: UNESP, 2003.

⁵⁴ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit., p. 110.

⁵⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 64.

⁵⁶ GUIVANT, Julia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente e Sociedade**. vol.19 n.1 São Paulo jan./mar. 2016.

Pesquisas no campo biomédico e alimentício, com o incremento de novas tecnologias, por exemplo, expuseram a enorme capacidade inventiva do ser humano e também o grande potencial destrutivo para as diversas formas de meio ambiente dos comportamentos científicos desconectados da necessidade de conhecer os riscos inerentes a atividade desempenhada. Ayala sintetiza, explicando que a multiplicação de ameaças imprevisíveis e invisíveis, em relação as quais os mecanismos de controle falham, não sendo capazes sequer de prevêê-los, é a característica típica desse novo modelo de sociedade⁵⁷.

Nesse novo ambiente o risco passa a ser conceito moderno, já tendo deixado de se relacionar com catástrofes naturais para ser estabelecido como consequência de decisões humanas justificadas racionalmente na primeira modernidade, agiganta-se sob a forma de modernização global pautada na industrialização e na revolução tecnológica. Assim é que a modernização do mundo ocidental torna-se reflexiva, no sentido de que esse fenômeno encerra em si mesmo as características de tema e problema. Nas palavras de Beck, “No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial”⁵⁸. Os riscos inaugurados pela primeira Revolução Industrial já tinham, como visto, inovado de forma substancial a vida em sociedade, sendo que a Sociedade de Risco, agora, passava a estruturar-se em torno deles: “A modernidade reflexiva de que trata Beck possui uma de suas ideias centradas no fato de a modernidade ajustar contas com os seus próprios fantasmas”⁵⁹.

Como diferenças fundamentais entre as ameaças de primeira e segunda modernidades, ressalta-se que agora os riscos são frutos de macroperegrigos, caracterizando-se, repisa-se, pela ausência de limites espaciais e temporais, encontrando-se sob outros critérios de causalidade, e não oferecem propostas concretas para temas atrelados a sua reversibilidade. E, especificamente no que concerne ao tratamento estatal dado à essas novas ameaças, Ayala explica que a Sociedade de Risco trouxe novas atribuições, diante de novos objetivos; impôs diferente forma de governabilidade dos poderes político e econômico; e demonstrou a necessidade de uma nova forma de legalidade para atender aos novos padrões de risco⁶⁰.

Neste ponto, bastante importante ressaltar que foram Ulrich Beck e Anthony Giddens, num primeiro momento de forma paralela e, mais tarde, por meio de ideias capazes de lhes

⁵⁷ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit., p. 112.

⁵⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 61.

⁵⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. op. cit., p. 105.

⁶⁰ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit., p. 115.

diferenciar sobre pontos importantes, que transformaram substancialmente o debate sobre os riscos, “em especial os de caráter ambiental e tecnológico ao colocá-los como temas centrais para entender a sociedade contemporânea”⁶¹.

Especificamente quanto à Beck, quem levou a teoria do risco às estruturas da organização social da sua contemporaneidade, aponta-se que suas preocupações materializaram-se a partir da catástrofe de Chernobyl⁶², o que teria comprovado muitas de suas análises. Por isso o autor passou a entender que esses tempos guardavam peculiaridades próprias quanto ao primeiro ciclo industrial, podendo-se identificar como ponto central de diferença o fato de que os riscos agora tinham caráter global, não mais apenas regional, pois a tecnologia permitiu que rompessem fronteiras, democratizando os efeitos à sua exposição: “Se antes a fome era hierárquica, agora a poluição é democrática”⁶³, com o que Beck sustentou que a sociedade de classes, fruto da primeira modernidade, não mais explicava a organização dos novos tempos⁶⁴. A lógica de dominação baseada nos riscos, portanto, tornaria necessária uma nova política de administração social. Os riscos, segundo o autor, seriam ecológicos, mas também financeiros, militares, bioquímicos e até informacionais e invocariam novas formas de compreensão e análise das desigualdades sociais⁶⁵.

E nessa toada, a sociedade de risco passou a gerar discussões sobre a necessidade de um modelo de governabilidade diferenciado, com a elaboração de uma juridicidade também adaptada às formas de seu enfrentamento, quando se atribui maior importância aos Direitos Constitucional e Internacional. Os riscos proliferavam-se na globalização das relações sociais e econômicas, e, estando eles no princípio da irresponsabilidade sobre os efeitos de decisões, não podiam mais partir de um conjunto restrito de atores globais. Portanto, na visão de Ayala, a abertura ao Direito Internacional deveria pautar a nova perspectiva de Estado de Direito, pois não pode tratar regionalmente o que apresenta características e efeitos de proporções

⁶¹ GUIVANT, Julia. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. **Revista Brasileira de Informações Bibliográficas** 1998; 46:3-38.

⁶² A explosão na Usina Nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986, quando o território ainda fazia parte da União Soviética, é apontada como uma das mais graves dessa natureza, dividindo com o acidente de Fukushima o topo das maiores catástrofes nucleares. Segundo dados da Agência Internacional de Energia Atômica, até 2005 havia sido identificada a morte de cinquenta e seis pessoas diretamente ligadas ao evento (quarenta e sete operários e nove crianças com câncer de tireoide), sendo que a estimativa era de que quatro mil desenvolveriam doenças resultantes da exposição ao material radioativo (Disponível em: <https://www.iaea.org>. Acessado em 10/03/2017).

⁶³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 115.

⁶⁴ Não que Beck não reconheça que há um caráter antidemocrático na forma como a distribuição dos riscos acontece. Afirma que as classes sociais com maior poder econômico conseguem distanciar-se da exposição de muitos dos riscos, evitando para moradia áreas de contaminação dos recursos hídricos, por exemplo. O certo é que pessoas com dificuldades socioeconômicas passam a sofrer ainda mais com a irresponsabilidade inerente às questões ambientais. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 52).

⁶⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 361.

globais⁶⁶. Então, padrões de governança diferenciados dentro desse novo contexto dos riscos invocam, como decorrência imediata, padrões de regulação adequados ao que propõem, sobretudo, o Direito Ambiental. Tornou-se urgente a pauta sobre a demanda por instrumentos e condições capazes de assegurar eficácia na compreensão e resolução dos novos problemas que emergem desse contexto de relação com o meio ambiente. Os problemas ambientais deixam de ser problemas relacionados apenas ao meio ambiente, passando a constituir-se em reais questões sociais, inerentes à fruição das condições de vida do ser humano, tendo que ocupar especial local nas discussões sobre a constituição econômica, política e cultural dos Estados na Sociedade de Risco⁶⁷.

É nesse contexto que Beck se utiliza da expressão “irresponsabilidade organizada”, para se referir à falência dos padrões institucionais de regulação das sociedades modernas diante de um descompasso entre o caráter dos perigos, das inseguranças fabricadas, e os instrumentos de expansão do necessário controle jurídico: “As catástrofes não são fruto de erros, mas sim dos sistemas que transformam a humanidade dos erros em forças destrutivas e incompreensíveis”⁶⁸.

Passa a ser necessário viabilizar instrumentos legais que proporcionem meios para a superação dos interesses eminentemente políticos e econômicos das instituições, com novos elementos jurídicos a tornar o Estado de Direito intimamente relacionado a essas questões, para que não insistam em ignorar os riscos, ocultando suas origens e possibilidades de ocorrência. Do contrário, legitima-se que essas corporações e Estados possam ofuscar e negar suas culpas e responsabilidades pelos erros e danos causados, afastando-se de seu raio de atuação o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos métodos de controle e compensação.

E com isso, Beck relaciona como consequência da “irresponsabilidade organizada”, a ocorrência da “explosividade social do perigo”, quando determina que essa se constitui nas constantes tensões no centro das organizações institucionais dos Estados diante das novas formas de organização estatal a invocar participação popular por meio de mecanismos legais. Elementos normativos que, basicamente, permitam e incentivem a participação da opinião pública, tornando a política mais aberta e com mais espaços de diálogo, produzindo-se mais conhecimento sobre o conteúdo daquilo que é preciso ser politicamente considerado. Assim é que a noção sobre a importância das influências políticas nas questões dos riscos deve estar para além de questões formais, pois as decisões políticas não podem mais ser aceitas sem que

⁶⁶ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit., p. 120.

⁶⁷ AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. op. cit., p. 121.

⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 93.

seja possível instaurar quanto a elas processos dialéticos, sendo fundamental que possam ser discutidas, formadas a partir de um típico devido processo democrático. Essa é uma das necessárias consequências daquilo a que se pode chamar de reinvenção do político. Esse renascimento, essa refundação dos interesses públicos e políticos, que passam a se estruturar de baixo para cima, com forte presença do debate público na sua necessidade e possibilidade, Beck chama de subpolítica⁶⁹.

Não obstante as ideias sobre uma teoria social moldada a partir dos riscos tivesse importante compatibilidade com os fenômenos que passaram a reger a segunda modernidade, Beck sofreu inúmeras críticas e reconheceu que sua maior produção científica, a “Sociedade de Risco”, de fato permitiu que se idealizasse toda a teoria sob uma visão universalista que autorizava generalizações a partir da realidade europeia. Na sequência dos seus estudos acerca da modernização reflexiva passou a considerar a possibilidade de modernidades múltiplas, quando referiu que o risco poderia se relacionar em diferentes sociedades a partir de maneiras também diferentes, até mesmo com a viabilidade de coexistência de consequências identificadas em todas as modernidades, sem a necessária linearidade.⁷⁰

Ressalta-se que o interesse desta pesquisa, centrada em definir os contornos do bem jurídico-penal ambiental, sugere que não seja necessário a partir deste ponto intensificar o detalhamento das diversas questões que sustentaram e sustentam as críticas à teoria social de Beck (sobre a qual também reconhece-se a importância crucial dos estudos de Giddens), embora, certamente, bastante enriquecedoras aos temas relacionados à Sociologia⁷¹.

O que emerge considerar é que o autor ocupou local científico de destaque na formatação de novas preocupações políticas e legais que levaram as questões ambientais ao centro das incertezas relacionadas aos modos de como o ser humano deve preocupar-se com o futuro. As perspectivas da Sociedade de Risco, a mercê de enfrentamentos pontuais, que, como dito, ficam a cargo da Sociologia, tornaram visíveis a indispensabilidade de novos conceitos e análises sobre as maneiras pelas quais se deve interpretar e negociar os riscos oriundos dos desenvolvimentos científicos, e de que modo a humanidade com eles se relacionará em termos culturais, econômicos, sociais e políticos.

⁶⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. op. cit., p. 119.

⁷⁰ GUIVANT, Julia. **O legado de Ulrich Beck**. op. cit.

⁷¹ Ulrich Beck, que faleceu no início de 2015, havia iniciado um projeto para desenvolver a sociologia cosmopolita com o objetivo de reinventar as ciências sociais na época da cosmopolitização, propondo novos avanços teóricos, metodológicos e empíricos. Beck reconheceu a necessidade de dar maior materialidade a suas propostas articulando estas com pesquisas empíricas, entretanto, com sua morte, trabalho ficou aberto. (Conforme GUIVANT, Julia. **O legado de Ulrich Beck**. op. cit.)

Vale mencionar que as preocupações atreladas à sociedade de risco foram também desenvolvidas a partir de decisivos movimentos de legitimação social dos ditos valores ecológicos nascidos no começo do século XX e que ganharam impulso na segunda metade do século XX. Não há dúvidas de que os principais efeitos da modernidade reflexiva projetaram-se sobre as questões ambientais, tratada como um bem do ser humano, a natureza constituiu-se em primeiro alvo da sociedade produtora de riscos. Por isso, é o momento de se analisar os movimentos que inauguraram uma preocupação com as questões do meio ambiente natural no ocidente e que levaram o assunto ao debate público e, por consequência, ao cenário das discussões políticas.

Dentre esses, importa ressaltar que em 1962, Carson, bióloga americana, noticiou em seu livro, *Silent Spring*, que era necessário levar para o espaço público as discussões sobre as responsabilidades da ciência quanto aos erros cometidos no processo de revolução tecnológica. Dirigia-se, nessa obra, especificamente ao uso de componentes químicos em plantas e animais, defendendo que tais condutas alteravam sobremaneira questões celulares desses organismos e, por consequência, também comprometiam a vida dos seres humanos. Exaltada por muitos como a percussora da revolução ecológica nos Estados Unidos, foi lembrada pelo então ex-presidente daquele país, Al Gore, em edição comemorativa dos quarenta anos da obra, como alguém que, assim como Darwin, sofreu com a intolerância e até mesmo com perseguições por parte de quem agia para desacreditar suas pesquisas.⁷²

Mas até mesmo antes de Carson, já é possível reconhecer um movimento com fortes intenções conservacionistas, naquilo que pode ser entendido como a origem do processo de preocupação ecológica, com autores que desenvolviam “uma ideia poético-romântica que mobilizou a valorização estética da Natureza na sua forma original”⁷³. Mais tarde, o movimento “ecológico” foi responsável por inserir os valores da natureza num espaço mais concreto de discursividade. E foram vários os acontecimentos que podem a ele ser atrelados, como o aparecimento de importantes organismos destinados à proteção da natureza⁷⁴, assim

⁷² PEREIRA, Elenita Malta. Rachel Carson, ciência e coragem. **Ciência hoje**. Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. 50, set. 2012, p. 72-73.

⁷³ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 71. Na esteira da mesma obra, ressalta-se que “O movimento conservacionista, como um estágio “primitivo” do movimento ecológico contemporâneo, traduzia valores de respeito à Natureza, além de enaltecer a vida em harmonia com ela, inclusive no sentido de valorizar uma via simples e distanciada dos rumos civilizatórios e da cultura urbana” (p. 72).

⁷⁴ Dentre esses o *Greenpeace*, *World Wide Fund For Nature* e *Friends of the Earth International*.

como as primeiras legislações e partidos políticos centrados nesse tema⁷⁵. Nesse meio tempo também surgiram movimentos de valorização da dignidade dos animais não humanos, chamando a atenção para a necessidade de se considerar dentro da discursividade ecológica o bem-estar animal. Esses, por sua vez, discutem e propõem até mesmo uma substancial reformulação de estruturas das legislações a fim de reconhecer os animais não humanos enquanto sujeitos de direitos⁷⁶.

Assim, assumida a importância das questões ambientais nesse contexto, tendo-se visto, sobretudo frente aos riscos da segunda modernidade, que “as dimensões jurídico-normativas mais relevantes apontam para uma sensibilidade (sensibilidade) ecológica mais sistêmica e cientificamente ancorada na relevância do pluralismo legal global das questões ecológicas”⁷⁷, tem-se que é o momento de se refletir sobre o lugar do meio ambiente no contexto constitucional, considerando-se, frisa-se, a redefinição das relações do homem com o mundo biofísico.

Portanto, já se tendo também elementos mínimos para a compreensão das linhas gerais do conceito de Estado Constitucional de Direito, passa-se a justificar a necessidade da definição de um Estado de Direito Ambiental para que se possa estabelecer os níveis e limites da juridicização de instrumentos de prevenção para a garantia da preservação ambiental frente a essa nova dinâmica de gerência dos diversos interesses sociais e de suas consequências para um futuro ecologicamente equilibrado.

1.3 A ECOLOGIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme antes analisado quanto à formação histórico-normativa do conceito Estado de Direito e sua versão idealizada no período tido como pós-positivista, ou neoconstitucionalista, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ocupa papel de acentuado destaque no processo de formação ética dos Estados contemporâneos, tida como a certidão nascimento dessa fase do constitucionalismo, onde, repisa-se, os valores morais

⁷⁵ Convenção de Estocolmo (1972), Política Nacional do Meio Ambiente nos Estados Unidos da América (1970), entre outras, e os Partido Verde Alemão (1980) e Partido Verde brasileiro (1986), também outras diversas agremiações políticas no ocidente.

⁷⁶ Ver SOUSA, Rafael Speck de; ALBUQUERQUE, Letícia. Sobre o olhar antropocêntrico: o ser humano e o jardim zoológico. *INTERthesis*, Florianópolis, v.12, n.1, p.117-129, Jan-Jun. 2015, p. 117-129, onde os autores problematizam a questão envolvendo a chimpanzé Suíça, que figurou como paciente em habeas corpus impetrado perante a Justiça do Estado da Bahia pelo Ministério Público daquela Federação com atuação nas questões do meio ambiente, tendo sido reconhecido o animal como sujeito de direitos em demandas judiciais.

⁷⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223.

passaram a integrar a estrutura hermenêutica das decisões do Estado-Juiz. Não obstante as características e os fins definidos pelo documento na proteção da dignidade humana, que nessa razão previu os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais como importantes núcleos a serem instrumentalizados pelas estratégias políticas dos Estados, ressalta-se que não fez qualquer menção específica aos direitos atrelados ao meio ambiente natural.

Ocorre que após a publicação da Declaração, a par de todas as dificuldades inerentes à complexa tarefa de redefinir os planos técnicos dos governos, o que encontrou diversos entraves instrumentais, haja vista a radical alteração do ponto gravitacional dos interesses políticos e da forma, agora democrática, de se fazer política, questões atreladas à danos de ordem ambiental também começaram a ser diagnosticadas como decisivos empecilhos à efetivação dos direitos antes previstos.

As crises ecológicas identificadas a partir do segundo pós-guerra, provocadas pelas ações humanas e tidas como fruto da falta de critérios adequados à governabilidade dos riscos, mostraram suas faces destrutivas para além das vítimas diretas de seus acontecimentos, revelando-se também como eventos comprometedores, e até impeditivos, da concretização de direitos de diferentes naturezas, evidenciando que o meio ambiente natural necessitava de especial atenção.

Como eventos que marcaram esse período, exemplificando os muitos acontecimentos atrelados à poluição química, pode-se destacar o uso pelas tropas americanas, na guerra do Vietnã, nos anos setenta, da substância conhecida por “agente laranja”⁷⁸. Também o acidente de Bophal, na Índia, em 1984, tido como umas das maiores catástrofes ambientais provocadas pelo processo de industrialização. Estima-se que desse evento, onde cerca de quarenta mil toneladas de gases tóxicos vazaram de uma empresa americana de pesticidas, cerca de três mil pessoas tenham morrido de forma imediata, e mais dez mil, posteriormente, em função da exposição aos componentes químicos que foram se assentaram ao solo⁷⁹. A cidade brasileira

⁷⁸ Constitua-se em um composto químico desenvolvido para ter a função de herbicida, que tinha a finalidade tóxica de desfolhar as árvores das densas florestas asiáticas do território vietnamita, permitindo que os soldados inimigos pudessem se tornar alvos mais fáceis. Até os dias atuais há relatos de dos efeitos cumulativos dessa arma química para a saúde humana. A revista brasileira Carta Capital, em alusão aos quarenta anos do termino daquele conflito, publicou que “Exatos 40 anos após o fim da guerra que, calcula-se, matou 3 milhões de pessoas, as questões relativas à potência e alcance dessa substância tóxica seguem em aberto. E são cada vez mais difíceis de responder, à medida que nascem no Vietnã uma segunda e, agora, uma terceira geração de crianças apresentando alta incidência de deficiências como síndrome de Down, paralisia cerebral e desfiguração facial extrema”. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/internacional/agente-laranja-o-legado-fatidico-dos-eua-no-vietna-1631.html>. Acessado em 28/04/2017.

⁷⁹ VASCONCELOS, Erik Schunk; GOMES, Carlos Minayo. Impactos da poluição química ambiental na saúde da população. *Vértices*, maio de 2010, vol. 2, p.19-24.

Cubatão também foi cenário de um dos grandes eventos de crise ambiental no ano de 1984, quando “uma falha em dutos subterrâneos da Petrobras espalhou 700 mil litros de gasolina nos arredores da Vila Socó, em Cubatão (SP). Após o vazamento, um incêndio destruiu parte da favela. Foram contabilizados, oficialmente, 93 mortos”⁸⁰. O caso da Vila Socó foi até referenciado pela obra *Sociedade de Risco*, de Beck, como importante exemplo da má administração dos riscos ambientais.

Como desastres ligados à poluição marítima, o ano de 1989 foi palco de um dos maiores acidentes envolvendo navios petroleiros. Nesse evento a embarcação Exxon Valdez espalhou cerca de duzentos e cinquenta e sete mil barris de petróleo na costa do estado americano do Alasca ao encalhar, produzindo a morte de milhares de animais marinhos⁸¹. Envolvendo as mesmas circunstâncias, vale lembrar o acidente com navio da Petrobrás, na Baía de Guanabara, Brasil, quando, após o vazamento de 1,3 milhão de litros de óleo *in natura* no mar, se constatou a morte de considerável parte da fauna local. Também no Brasil, os vazamentos de petróleo em Araucária (navio da Petrobrás no Paraná em 2000) e na Bacia de Campos (navio da Chevron em 2011) promoveram grandes impactos ecológicos para a fauna marinha.

Envolvendo questões ligadas à energia nuclear, o já referenciado acidente de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986, e o acidente de Fukushima Daiichi, no Japão, em 2011, bem retratam os problemas decorrentes da falta de condições de se prevenir e reparar acidentes dessa magnitude⁸². No Brasil o caso de Goiânia, onde pessoas tiveram contato direto com a substância Césio 137, retirada de um aparelho radiológico encontrado como lixo, em 1987, provocou a morte de quatro pessoas e desencadeou uma série de consequências à saúde de muitas outras.

Outro importante acidente que bem evidencia a capacidade destruidora dos riscos produzidos pela modernização industrial foi o rompimento da Barragem da empresa Samarco, na cidade mineira de Mariana, especificamente no subdistrito de Bento Rodrigues, em 2015.⁸³

⁸⁰ Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/conheca-os-principais-desastres-ambientais-ocorridos-no-brasil>. Acessado em 28/04/2017.

⁸¹ Disponível em: <https://acidenteambientalreflexoesecriticastecbio.wordpress.com/2011/11/06/exxon-valdez-alasca-1989/>. Acessado em 28/04/2017.

⁸² A respeito do caso e de suas consequências, ver KUO, Way. **Critical reflections on nuclear and renewable energy: environmental protection and safety in the wake of the Fukushima nuclear accident**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2014.

⁸³ “Se for considerado o volume de rejeitos despejados - 50 a 60 milhões de metros cúbicos (m³) - o acidente em Mariana (MG) equivale, praticamente, à soma dos outros dois maiores acontecimentos do tipo já registrados no mundo - ambos nas Filipinas, um em 1982, com 28 milhões de m³; e outro em 1992, com 32,2 milhões de m³ de lama. Os dados estão presentes em estudo da Bowker Associates - consultoria de gestão de riscos relativos à construção pesada, nos Estados Unidos - em parceria com o geofísico David Chambers. Apesar de a pesquisa

Como decorrência houve a morte de dezenove pessoas e danos ambientais que até este momento são incalculáveis, pois além da recuperação da Baía do Rio Doce ser posta como uma incógnita pelos especialistas, os danos nos ecossistemas marinhos também foram de considerável monta, haja vista o volume de lama tóxica que foi despejada no litoral do Espírito Santo.⁸⁴

O crescimento populacional também é questão que provoca preocupações nos debates ambientais e pode ser entendido igualmente dentro de um contexto de crise ambiental. Estudos noticiam que o aumento exponencial da população global apresenta cruciais problemas para o futuro da humanidade, “tais como energia, poluição, saneamento, saúde, ambiente, tecnologia (...). E, de acordo com as conclusões apresentadas, o Planeta Terra não suportaria o crescimento populacional devido à pressão gerada sobre os recursos naturais”⁸⁵. Como consequência direta desse aumento do número de habitantes no planeta, pode-se dizer que as atenções nos últimos anos tem se voltado para o chamado “aquecimento global”, um processo de aumento da temperatura média da atmosfera da Terra e dos oceanos, que teria como causa o despejo de gases aptos a provocar um preocupante aumento do “efeito estufa”⁸⁶, sendo originado por diversas atividades industriais ligadas à queima de combustíveis fósseis e à processos de intenso desmatamento. O assunto apresenta conclusões catastróficas sobre o futuro do Planeta, pois as consequências desse processo estariam ligadas às mudanças nos

calcular, com base no tamanho da barragem mineira, o volume de 60 milhões de m³ de rejeitos lançados na tragédia, a Samarco informa que o montante correto é de 32 milhões de m³”. Disponível em <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-01/desastre-em-mariana-e-o-maior-acidente-mundial-com-barragens-em-100-anos>. Acessado em 29/04/2017.

⁸⁴ “Em relatório elaborado pela Justiça Global, intitulado – Vale de Lama: relatório de inspeção em Mariana após o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão 3 – restam evidentes às graves violações aos direitos humanos ocasionadas pelo rompimento da barragem: direito à vida, à água, à moradia, ao trabalho, à saúde e ao meio ambiente. Para além de apontar os danos causados pelo “desastre”, o relatório aborda também as estratégias de desresponsabilização adotadas pelas empresas acionistas - Vale e BHP Billiton - duas das três maiores mineradoras do mundo, que ocultam-se sob o manto de outra personalidade jurídica (a Samarco Mineração) para não assumir suas obrigações no âmbito dos direitos humanos”. (ALBUQUERQUE, L.; MEDEIROS, F. L. F. . Rompimentos de barragens e o necessário rompimento com 1945: uma questão de sustentabilidade. Encontro Nacional do CONPEDI/BSB, 2016, BRASÍLIA. **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis I: CONPEDI, 2016. v. II. p. 282-298).

⁸⁵ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**. Introdução, fundamentos e teoria geral. op. cit., p. 60

⁸⁶ “Parte da energia solar que chega ao planeta é refletida diretamente de volta ao espaço, ao atingir o topo da atmosfera terrestre - e parte é absorvida pelos oceanos e pela superfície da Terra, promovendo o seu aquecimento. Uma parcela desse calor é irradiada de volta ao espaço, mas é bloqueada pela presença de gases de efeito estufa que, apesar de deixarem passar a energia vinda do Sol (emitida em comprimentos de onda menores), são opacos à radiação terrestre, emitida em maiores comprimentos de onda. Essa diferença nos comprimentos de onda se deve às diferenças nas temperaturas do Sol e da superfície terrestre.

De fato, é a presença desses gases na atmosfera o que torna a Terra habitável, pois, caso não existissem naturalmente, a temperatura média do planeta seria muito baixa, da ordem de 18°C negativos. A troca de energia entre a superfície e a atmosfera mantém as atuais condições, que proporcionam uma temperatura média global, próxima à superfície, de 14°C”. (Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/energia/item/195-efeito-estufa-e-aquecimento-global>. Acessado em 30/04/2017)

regimes de chuvas, elevação do nível dos oceanos, provocação de furacões, dentre outros efeitos muito preocupantes para o desenvolver da vida humana⁸⁷.

Esses exemplos de crises ambientais, ratifica-se, expuseram importantes problemas atrelados à efetivação dos diferentes direitos ligados à dignidade humana, fazendo com que a Declaração de 1948 passasse a necessitar de suportes com conteúdo jurídico destinados à tutela das questões ambientais. As crises ecológicas evidenciaram que o meio ambiente equilibrado apresenta-se como condição à viabilidade da vida humana dentro dos padrões éticos destacados pela Declaração e que, por isso, os direitos necessários à esse requisito tem até mesmo uma relação de anterioridade lógica com os demais. Não que se reconheça duas categorias de direitos fundamentais, mas sim que aqueles que digam respeito às causas ambientais devam ter certa primazia em face dos demais, pois sem a sua observância nenhum outro interessa.

Nessa perspectiva é que 1972 pode ser tido como ano do surgimento de um ramo específico do direito para a tutela das questões ambientais, o Direito Ambiental, sendo que o marco desse novo bloco de normas jurídicas foi a Declaração de Estocolmo Sobre o Meio Ambiente Humano, quando as Nações Unidas reconheceram a fundamentalidade do meio ambiente equilibrado para a fruição dos demais direitos da dignidade humana. Não que antes desse período não tenha havido preocupação legal com essa matéria, mas a Declaração de Estocolmo deu início à preocupação em nível global com o tema, inaugurando uma espécie de Direito Ambiental Internacional. Nesse importante evento, que contou com a presença de mais de quatrocentas instituições governamentais e não governamentais, tendo sido registrada a participação de cento e trezes países, foram abordados diversos temas atrelados à necessidade premente da adoção de políticas prevencionistas. Fala-se que a Declaração de Estocolmo teve tamanha importância para o cenário internacional que pode ser equiparada, inclusive, às dimensões representativas da Declaração de 1948, pois fez com essa um importante paralelo ao “consagrar um direito humano ao ambiente no seu art. 1º”⁸⁸. Por decorrência da Conferência de Estocolmo também se deu a criação do Programa das Nações

⁸⁷ O assunto, entretanto, tem sido bastante polêmico, havendo também quem entenda que as informações dando conta de tantos efeitos danosos teriam apenas fins políticos e econômicos. Sustentam alguns pesquisadores que a conclusão sobre a real ocorrência de um fenômeno dessa magnitude exige conhecimento extremamente preciso sobre diversas áreas em relação às quais a ciência ainda não se mostra preparada. Nesse sentido é o posicionamento do meteorologista brasileiro Luiz Carlos Molion, quem tem denunciado aquilo que chama de “As Mentiras e o Terrorismo do Aquecimento Global” (O Brasil que você faz. As Mentiras e o Terrorismo do Aquecimento Global. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S2e8AM-nLm0>. Acessado em 29/04/2017).

⁸⁸ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 153.

Unidas para o Meio Ambiente, mais um mecanismo a justificar um importante processo de discussão internacional sobre as crises ambientais.

Como consequência desse novo cenário de preocupação com os problemas ambientais, entendidos agora em nível global, significativos reflexos começaram a ser sentidos nas legislações dos Estados, a ponto de a temática ambiental passar a ser introduzida até mesmo no plano constitucional de alguns deles, o que deu início às discussões sobre as características que devem reunir as organizações políticas que pretendem a formatação de um Estado Socioambiental.

O Estado Socioambiental pode ser visto como uma decorrência da formatação estatal entendida sob o aspecto social, onde se exigem “ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, preservação e reconstituição”⁸⁹ de danos ambientais. Por isso pode-se dizer, até mesmo, que para além de um Estado de Direito Ambiental, essa nova perspectiva pode ser traduzida nos limites daquilo entendido como Estado Socioambiental, onde a propriedade não pode mais ser fruída sem limites, onde as políticas ambientais retratam interesses de toda uma coletividade, seja no gozo dos benefícios de ecossistemas equilibrados, seja na redução dos riscos inerentes ao trabalho (saúde, higiene e segurança). Ademais, esse modelo inicia uma era de privilégio às condutas prevencionistas, com cunho inibitório de práticas abusivas ao meio ambiente, em detrimento de repressões que podem ser vistas como inúteis frente à incapacidade de reparação dos danos ambientais.

Dentro dessa realidade, ressalta-se que a inserção da matéria ambiental na seara dos textos constitucionais não se deu após longos debates e amadurecimento de posições. Como dito, a ecologização das normas se deu simultaneamente nos planos legal e constitucional, o que mostra a importância que o tema despertou frente aos impactos anunciados por conta do prolongamento das omissões nesse sentido. A previsão constitucional do tema, ratifica-se, mostra-se bastante importante sob o prisma simbólico e colabora sobremaneira para a instrumentalização das políticas ambientais, visto permite que sejam delineados valorosos conceitos, criando princípios e direções concretamente estabelecidas para o tema.

Como exemplos a ilustrar esse fenômeno da constitucionalização do ambiente como orientação internacional deflagrada pela Declaração de Estocolmo, destacam-se as Constituições europeias que saíram nesse período das amarras de regimes ditatoriais e, aproveitando a difusão do tema, fizeram a inserção dessas preocupações em seus textos. É o

⁸⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 30

caso da Grécia em 1975, Portugal em 1976, Espanha em 1978. Especificamente quanto ao Brasil, país com tradição diplomática, o que faz com que esteja costumeiramente conectado às diretrizes das correntes políticas que permeiam as relações internacionais, é de se ressaltar a promulgação da Lei 6.938, ainda em 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), e a introdução do tema na sua Constituição de 1988.

A ecologização das constituições representa uma quebra com conceitos e formas clássicas do estabelecimento dos Estados, sendo que o ponto fundamental reside na noção de que as demandas ambientais devam ter autonomia dentro do sistema jurídico, apresentando-se não a partir da fruição dos antigos objetivos estruturados sobre mercado, economia, por exemplo. Trata-se do estabelecimento de novos compromissos éticos que passam a ser compostos frente aos propósitos assumidos com as futuras gerações. Algo que pode ser sintetizado na noção de não degradação. Isso implica na “substituição definitiva do regime de explorabilidade plena e incondicionada pelo regime de explorabilidade limitada e condicionada”⁹⁰.

Vale repisar, entretanto, que essa nova forma de se perceber e se estruturar o Estado de Direito implica na necessidade de não vislumbrá-lo a partir de um modelo com características definidas, terminadas, pois as preocupações legais com o ambiente fazem parte de um “processo marcado por uma constante atualização, aperfeiçoamento e incorporação de novos elementos que modificam a sua própria estrutura e racionalidade tradicionais”⁹¹. Como visto, as relações dos seres humanos com os diversos contextos do meio ambiente, sobretudo o natural, por conta das revoluções tecnológicas e das cada vez mais apuradas formas de se aproveitar os recursos naturais, tem sido corriqueiramente redimensionada. A Sociedade de Risco mostrou o futuro como mote de preocupação, o que, portanto, torna certo que a construção de Estados ambientalizados em seus aspectos estruturais⁹² é realidade que deve permitir corriqueiramente novos conceitos e dimensões interpretativas em busca do equilíbrio

⁹⁰ BENJAMIM, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. op. cit., p. 96.

⁹¹ CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato. Breves Reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro. In CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 76.

⁹² “Numa época de saudável globalização do debate constitucional, poucos, à exceção dos iniciados, dão realmente conta do avanço extraordinário que as Constituições significaram na evolução dos povos e regimes políticos contemporâneos. Realmente, é difícil ao cidadão mediando aquilatar o papel simbólico e prático da norma constitucional no processo civilizatório, como marco indicador da transição entre dois modelos de Estado: um, avesso às rédeas pré-definidas; outro, regado por polos normativos objetivos, simultaneamente freio de autoridade e medida de liberdade”. (BENJAMIM, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84).

entre as atividades humanas, a preservação dos ecossistemas e o bem-estar das pessoas, permeando um modelo de Estado sustentável.

Tratando-se especificamente das características dos modelos constitucionais permeados por critérios ambientais, é necessário, a partir de agora, focar atenção em alguns pontos tidos como centrais para a compreensão dessa forma de conceber o Estado, lembrando-se, contudo, que a abordagem se dará tendo em vista pontos de maior relevo à caracterização da transição do Estado Democrático de Direito aos vieses do Estado de Direito Socioambiental.

De início, ponto de grande impacto é sensivelmente sentido quanto às noções dos contornos legais da propriedade. Sabe-se que as ideias liberais fortaleceram-se de maneira decisiva sobre orientações a instrumentalizar repulsa às restrições no uso da propriedade, compreendendo-se o tema em fator decisivo para a formatação dos Estados de tradição romano-germânica a partir do final do século XVIII⁹³. Ocorre que as crises ambientais evidenciaram que o uso indiscriminado da propriedade, sem o devido compromisso com os impactos socioambientais decorrentes dessa prática, possui alto poder ameaçador aos recursos naturais e também à equalização das condições de vida das diferentes classes sociais das sociedades modernas.

Assim é que a função social da propriedade passa a constar com previsão em algumas constituições já no início do século XX, sem que, no entanto, a perspectiva ecológica fosse a razão central dessa mudança. Por isso, foi mesmo na década de setenta que a questão da natureza passou a ser decisivamente interpretada no contexto daquilo que pode ser chamado de Estado Socioambiental de Direito, sendo que a função socioambiental da propriedade passa a ser tida como a regulação de direitos e deveres que devem ser irradiados a quem tem o uso e propriedade de determinados espaços público e/ou privado. É a dimensão ecológica da função social do Estado sendo, de fato, exposta a ponto de produzir efeitos de modo a administrar o direito de propriedade que agora deve levar em conta não apenas interesses particulares, mas também os sociais, dentre eles a sustentabilidade ambiental. A

⁹³ “John Locke foi o primeiro a tematizar a propriedade como direito individual de apropriação ilimitada. Sua posição tornou-se o padrão daqueles que formularam o pensamento da classe dirigente inglesa, desde a revolução de 1688, bem como dos que fizeram e consolidaram as revoluções francesa e americana, no século XVIII. Sua teoria de justificação da propriedade, portanto, foi gravada – ou, pelo menos, está implícita – nas constituições das primeiras grandes nações capitalistas”. (OLIVEIRA, Neiva Afonso. **Propriedade e democracia liberal**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 209)

Constituição brasileira de 1988, por exemplo, preconiza a função socioambiental da propriedade, notadamente nos artigos. 170, VI, e 186, II⁹⁴.

Outra decisiva característica dos Estados de Direito Socioambiental centra-se no reconhecimento da proteção do meio ambiente como direito fundamental a dar conteúdo à dignidade humana.

Por direitos fundamentais deve-se entender o conjunto de valores a estabelecer os objetivos do Estado, gerando compromisso ético a provocar indispensável proteção frente às situações comprometedoras de sua eficácia. Compreendem escolhas que transcendem a possibilidade de sua revogação, onde as discussões políticas e institucionais apenas encontram espaço nos limites de estratégias de como melhor atender seus objetivos.

Sendo assim, vale relembrar que a Declaração de Estocolmo de 1972 teve importante papel ao proporcionar intersecção entre as causas ambientais e os direitos humanos e, nos moldes destes, originados sob forte fundamento principiológico, traduzindo a importância que os valores morais passaram a ter no processo hermenêutico de aplicação das regras no segundo pós-guerra, a proteção do meio ambiente também deve a ser encarada como princípio qualificado como fundamental ao desenvolvimento e à manutenção de uma vida digna, atuando como expressão do conceito de justiça independentemente de previsões legais.⁹⁵ O meio ambiente passa a gozar da irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, proibição do retrocesso ecológico, mínimo existencial ecológico e demais atributos dos direitos fundamentais agora compreendidos topicamente, servindo de decisivo vetor a indicar padrões de normatização.⁹⁶

É de se ressaltar, na esteira da nova forma de interpretação da propriedade, que a Constituição brasileira também deu *status* de direito fundamental ao meio ambiente, tal qual

⁹⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. E Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. O Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01) também tem importante lugar na destinação socioambiental da propriedade.

⁹⁵ “O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como todos os direitos fundamentais, possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, núcleo esse que representa a própria justiça, essência do Direito. Referido conteúdo não é absoluto, nem imutável.” (LEITE, José Rubens Morato (Coordenador). **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52).

⁹⁶ “Para além de uma força normativa autônoma como princípio jurídico, a dignidade da pessoa humana se projeta especialmente em conjunto com toda uma gama de direitos tanto de natureza defensiva (negativa) como prestacional (positiva), (...)”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46).

se constata com a leitura dos art. 225, *caput*, e 5º, §2º⁹⁷, fazendo com que esse tenha, assim, aplicação imediata também garantida pelo texto constitucional, agora no art. 5º, §1º. Por consequência, o meio ambiente ecologicamente equilibrado também deve ser tido como dever fundamental, “implicando também todo um conjunto de deveres de proteção do Estado e também de deveres atribuídos aos particulares (...)”⁹⁸.

Aqui tona-se importante ressaltar o enfoque ecológico que assume a dignidade da pessoa humana num Estado Socioambiental de Direito, eis que o princípio nessa realidade permite maior exposição de sua face atrelada à visão comunitária, de onde se pode compreender que a dignidade só se mostra preenchida quando todos os integrantes do grupo social possam gozar de seus atributos. Algo que exige dos indivíduos preocupação para além dos rumos da própria vida, mas também atenção e responsabilidade com os elementos aptos a proporcionar dignidade aos demais coabitantes do seio social. Entende-se a dignidade nesse aspecto, em síntese, como solidariedade⁹⁹, identificada na necessária responsabilidade ambiental que o tema suscita com a vida e saúde de todos, assim como com a possibilidade de as gerações futuras também poderem usufruir de sistemas naturais equilibrados e com potencial de uso, aproveitamento e contemplação.¹⁰⁰ Vale a ressalva de que, especificamente quanto à realidade brasileira, a solidariedade representa princípio objetivo do Estado, expressamente previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal.

Ademais, o sentido ecológico da dignidade pretende ainda redimensionar a noção do princípio para além da visão física, ou seja, para além das meras condições de vida vistas sob

⁹⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. op. cit., p. 56.

⁹⁹ “(...) a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu-individualista é substituído pelo nós-coletivista, e o típico nós welfarista (o conjunto de cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) (...)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional português e da União Europeia. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. op. cit., p. 42).

A par dessa visão solidarista a fundamentar a dignidade sob o prisma ecológico, é de se ressaltar a diferença que a solidariedade apresenta para a noção de alteridade, instituto que poderia melhor contribuir nessa questão, já que essa estaria para além do caráter principiológico social, pois compreenderia a própria estrutura do ser. Nesse aspecto, a responsabilidade sobre o Outro constitui-se em requisito de existência do ser humano na filosofia levinasiana. “Quando me torno parcialmente livre por me conceber como refém do Outro no sentido de ser responsável por ele, oponho-me e rompo com a ideia de liberdade ilimitada, vendida como símbolo da modernidade iluminista” (PEREIRA, Gustavo de Lima. **A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade**. Porto Alegre: Editora UniRitter, 2011, p. 187).

¹⁰⁰ AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os “novos” direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

a perspectiva biológica, sedimentando como exigíveis as concepções necessárias à qualidade de vida das pessoas, o que introduz a importância de um meio ambiente sadio e equilibrado visto sob seus diferentes sentidos (local de trabalho, lugar de moradia, alimentação, natureza, entre outros).¹⁰¹

Outra característica intrínseca ao modelo de Estado ambientalizado encontra-se nos aspectos ligados à instrumentalização da democracia. Como já ressaltado, admitir a importância das questões ambientais para a fruição da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais é, certamente, passo importante na direção de estados sustentáveis, mas não se pode admitir que, com isso, se tenha atingido a situação ideal e definitiva. As variedades das situações a comprometer o equilíbrio ambiental por conta da constante evolução científica e dos constantes novos interesses dos mercados expõem a fragilidade dos mecanismos de controle dos riscos criados, e, portanto, devem gerar possibilidade de que mudanças nas políticas de administração dos interesses ambientais possam ser sempre revisitadas, isso num cenário que possa permitir debate público a fomentar a participação dos cidadãos nos processos de escolhas das políticas nesse sentido.

Trata-se, assim, de se conceber um “pluralismo jurídico comunitário participativo no viés ambiental, consubstanciado em modelo democrático, que privilegia a participação dos sujeitos sociais na regulamentação das instituições-chave da sociedade”¹⁰². São mecanismos que se sintetizam na composição de uma autêntica democracia ambiental, que, caso não viabilizados nessa perspectiva, levariam a regramentos destituídos de interação social e, portanto, inúteis à vida das comunidades.¹⁰³ Nesse norte, um Estado democrático deve propiciar o interesse e a possibilidade de que a sociedade possa se fazer eficazmente presente nos espaços de decisões, incentivando, debatendo e fiscalizando as escolhas que se reverterão em práticas a pautar os interesses de todos em variados contextos ambientais.

É nesse sentido o princípio número dez, da Declaração do Rio em 1992, evento das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrido no Brasil, que serviu para reafirmar a Declaração de Estocolmo de 1972, quando se estabeleceu que as questões

¹⁰¹ “No contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar individual e social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. op. cit., p. 48)

¹⁰² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. op. cit., p. 31.

¹⁰³ “Na construção do Estado democrático, na vertente ambiental, deve imperar um sistema legislativo que viabilize a coletividade a participar das decisões e obter informações ambientais indispensáveis para a tomada de consciência e emitir opiniões sobre o tema”. (AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. op. cit., p. 31)

ambientais necessitam de canais abertos de comunicação entre os cidadãos e os Governos para a efetivação dos valores ambientais¹⁰⁴. Ademais, na esteira desse mesmo princípio, a existência desse constante diálogo também tem a intenção de providenciar a criação de um cada vez maior interesse das pessoas pelas causas ambientais, servindo, portanto, de mecanismo conscientizador e educativo.

E como parte indissociável dessa orientação democrática surgem as demandas por instrumentos de efetividade daquilo que pode, então, ser chamado de justiça ambiental, quando uma série de questões atreladas à prestação jurisdicional precisam ser remodeladas para que possam atender com eficiência às tutelas ambientais. Tratam-se de reestruturações em mecanismos legais como a duração do processo, legitimidade, limites da coisa julgada, dentre outros exemplos, a desafiar a existência de um verdadeiro Estado de justiça Ambiental. Nas palavras de Canotilho, “Se o Estado de ambiente não pode constituir-se ao arrepio das regras e princípios informadores do Estado de direito, ele não pode respirar livremente se não transportar nos seus vasos normativos a seiva da justiça ambiental”¹⁰⁵.

Neste ponto enfatiza-se a característica prevencionista que devem possuir os dispositivos jurídicos garantidores da não degradação ambiental. Para além das dificuldades dogmáticas sentidas pelos direitos civil, processual civil, administrativo, por exemplo, é nesse momento que se acentua, especificamente quanto ao direito penal, os difíceis critérios de coadunação dos interesses da justiça ambiental às estruturas do ramo. A par de maiores esclarecimentos sobre os critérios de legitimidade penal, o que será visualizado no próximo capítulo com a abordagem do bem jurídico-penal, tem-se aqui a gênese de um dos maiores entraves à tutela penal do meio ambiente, pois, em apertada síntese, é de se frisar que os interesses político-criminais da prevenção geral ambiental desafiam corriqueiramente as bases dogmáticas do direito penal, promovendo necessário debate sobre conceitos indispensáveis aos contornos do bem jurídico-penal e sua outra face, a ofensividade.¹⁰⁶ É justamente nesse

¹⁰⁴ “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 06/05/2017)

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito público do ambiente. p. 35, *apud* AYALA, Patrick de Araújo. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. op. cit., p. 37.

¹⁰⁶ “Para o controle dos novos riscos tornam-se indispensáveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mais graves, exige uma punição penal” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 146).

ponto que encontra espaço as discussões sobre o próprio conceito de meio ambiente, o que se proporá na terceira e última parte desta pesquisa, eis que a depender dos parâmetros dogmáticos do direito penal e das necessidades de proteção ambiental é esperado que diversas discussões se abram a conferir legitimidade aos atos do Estado penal.

Ainda enfatizando as características decisivas do Estado Ambiental, é de se chamar a atenção às alterações conceituais que são propostas quanto aos chamados elementos que compõem o Estado, tradicionalmente concebidos como sendo povo, território e soberania. Em que pese cada um deles permitir importantes debates a considerar as evoluções sofridas desde as formas mais rudimentares de organização estatal, vale aqui dar ênfase a esses conceitos, ainda que superficialmente, apenas sob os olhares do Estado Ambiental.

Nesse sentido é que o território apresenta profunda recodificação, eis que, à luz da característica espacial dos riscos, apresentando-se transfronteiriços e incontrolláveis sob esse aspecto, conforme já visto quando das características da Sociedade de Risco, as preocupações dos Estados com os impactos ambientais passam a não se justificar apenas nos limites de suas fronteiras. O elemento humano do Estado, o povo, igualmente sofre profundo redimensionamento, pois se os riscos são incontrolláveis sob a noção de lugar, é certo que as preocupações também necessitam recair sobre os integrantes de povos estrangeiros. Da mesma forma, as preocupações devem encontrar importância nas gerações presentes e também nas futuras, pois “Sendo o povo a fonte emissora do poder político do Estado (parágrafo único do art. 1º da CF/88), fonte de legitimação da democracia, o alargamento deste elemento (...), implicará uma preocupação qualificada com as escolhas político-jurídicas atuais”¹⁰⁷. Sobre a soberania, tem-se aqui um dos maiores problemas na medida em que as noções de Estado moderno sempre estiveram (estão) muito arraigadas ao poder que cada ente estatal possui de ditar seus próprios compromissos políticos. A partir do momento no qual as questões ambientais apresentam-se com problematizações em níveis globais passam a haver discussões sobre os limites das atuais soberanias e também acerca dos moldes daquilo que pode ser uma compatível e legítima atuação supranacional dos órgãos e instituições com preocupações ambientais¹⁰⁸. A soberania, de certa forma, reúne sob seus problemas de

¹⁰⁷ CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato. **Breves reflexões sobre os elementos do estado de direito ambiental brasileiro**. op. cit., p. 69.

¹⁰⁸ “O clássico sistema geopolítico de relações internacionais, fundado nos preceitos de soberania interna e externa da Paz de Westphalia (1648), torna-se crescentemente aberto por porosidades transescalares de outras temáticas que vão além da guerra. Por isso, compreender a problemática do poder no espaço internacional requer compreender que existe uma ecopolítica construída por uma pluralidade de atores estatais e para-estatais de âmbito transnacional”. (SENHORAS, Elói Martins. Geopolítica dos conflitos socioambientais na América do Sul. **Meridiano 47**, n. 115, fev. 2010, p. 21 a 23)

readequação todos os demais elementos, eis que representa a forma com a qual o poder político passará a administrar esses interesses.

Como ponto derradeiro nesse processo de construção histórico-normativo do modelo de Estado de Direito permeado pelos aspectos ambientais torna-se fundamental agora vislumbrar os delineamentos mais característicos dos movimentos constitucionais que vem sendo identificados na América Latina desde o final do século passado e que culminaram em uma nova forma de se conceber a natureza no plano constitucional ocidental.

Esse novo constitucionalismo latino-americano foi decisivamente influenciado por manifestações populares ocorridas na Venezuela em 1989, na Bolívia em 2003 e em protestos no Equador em 2005, quando, a partir daí e de outros desdobramentos políticos, os modelos constitucionais inauguraram estrutura a privilegiar “princípios da participação pluralista, solidária e ativa, organizada para absorver e não para excluir pessoas, grupos ou povos”¹⁰⁹. É nesse sentido ético que esse movimento ganha importância para o tema ambiental, pois, principalmente no que diz respeito aos textos constitucionais da Bolívia (2009) e do Equador (2008), tem-se que o meio ambiente ecológico passa a ocupar papel central nas políticas a implementar esse pluralismo jurídico¹¹⁰, eis que sabidamente os diversos povos que compõem as bases desses estados possuem tradições indígenas e, portanto, intimamente relacionadas com a natureza.

Essas constituições, para além de ideias antropocêntricas estabelecidas em critérios liberais a regulamentar o contrato social, trouxeram a noção de uma espécie de contrato natural, “que é o acordo e a reciprocidade que deve existir entre os seres humanos e a Terra viva que tudo nos dá e que espera que a preservemos e cuidemos (...)”¹¹¹. É assim que o pensamento dessa base constitucionalista permitiu o desenvolvimento de estruturas legais a reconhecer os seres humanos e toda a natureza como seres vivos dotados de direitos, dando origem a um constitucionalismo ambiental que reconhece o direito humano a um meio ambiente adequado e sustentável, mas que, diferenciando-se dos modelos de estados ambientalizados difundidos pelos sistemas de países da Europa ocidental e Estados Unidos,

¹⁰⁹ PIRES, Patrícia Balancelli; PEREIRA, Reginaldo. Os direitos dos animais no novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILO, Maria Aparecida Lucca (Orgs.). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano**. São Leopoldo: Karywa, 2015, p. 348.

¹¹⁰ “Em sua natureza, a formulação teórica do Pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”. (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 171)

¹¹¹ PIRES, Patrícia Balancelli; PEREIRA, Reginaldo. **Os direitos dos animais no novo constitucionalismo latino-americano**. op. cit., p. 350.

privilegia a cosmovisão dos povos andinos para, como dito, promover uma quebra de paradigma com a visão antropocêntrica da natureza, adotando modelo de desenvolvimento alternativo fundado no princípio ético-moral ameríndio do *buen vivir* a partir da ideia da natureza como *Pacha Mama*.

Assim é que já no seu preâmbulo a Constituição do Equador¹¹² (2008) estabelece que que “*celebramos la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*”, enfatizando que a intenção é a de se construir um modo de convivência entre os seres humanos e a natureza de acordo com a necessidade de se preservar a diversidade ecológica e providenciar o *buen vivir*. Para tanto, o artigo 10, parágrafo segundo, estabelece que “*a naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*” e, no art. 71 resta enfatizado que “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”.

O centro dessa estrutura de pensamento pretende implementar a cultura de que “*no puede haber crecimiento y mejoramiento para la humanidad (presente y futura) cuando ello se alcanza en detrimento de los demás seres vivos*”¹¹³. Por isso, o desenvolvimento econômico não pode se apresentar guiado apenas pela produção e acumulação, tendo que conceber o equilíbrio ecológico também como finalidade de sua atividade. É um modo alternativo de se conceber o capitalismo e redefinir as relações dos seres humanos com os demais seres vivos.

Ponto que merece atenção diante do interesse que desperta à realidade brasileira diz respeito ao fato de que o Brasil é signatário do Tratado que constituiu a União das Nações Sul Americanas (UNASUR), assinado em Brasília, em 2008, onde se expressou a intenção dos estados membros em promover com mútuos esforços uma integração em vários níveis políticos e sociais para, dentre outros interesses, viabilizar a manutenção do ambiente com a intenção de eliminar a desigualdade social, socioeconômica, melhorar a inclusão social, e fortalecer a democracia¹¹⁴. Repisa-se que a partir da noção do novo constitucionalismo latino-

¹¹² EQUADOR. Constitución del Ecuador. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>. Acessado em 07/05/2017.

¹¹³ ESBORRAZ, David Fábio. El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza. **Derecho del Estado** n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 93-129.

¹¹⁴ ECUADOR. Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (2008). Artículo 2 - La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de

americano e suas implicações ecológicas, o compromisso brasileiro abre portas para que também aqui a natureza possa ser redimensionada em nível legal, eis que nosso Texto Maior, importa frisar, apesar do importante passo ao prever o meio ambiente equilibrado como direito de todos (art. 225), ainda não rompeu com a tradição puramente antropocêntrica.

Ademais, as implicações do constitucionalismo Equatoriano e Boliviano para a perspectiva ambiental serão retomadas por conta do terceiro capítulo desta pesquisa, onde se focará atenção em definir o bem jurídico ambiental, utilizando-se, desde já se adianta, muito das bases ecocêntricas nesses modelos discutidas.

integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los estados. Disponible em: <http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>. Acessado em 07/05/2017.

2. O BEM JURÍDICO-PENAL COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE INCRIMINAR

Uma das mais importantes questões para o direito penal contemporâneo centra-se na definição dos limites a serem estabelecidos para os processos de criminalização. Pode-se dizer, aliás, que a pergunta sobre o que pode ou não ser objeto de tutela penal por parte do Estado é um dos temas perenes nas ciências criminais, sobretudo em espaços de democracia.¹¹⁵ Nesses ambientes políticos, partindo-se da premissa de que as estratégias desenvolvidas em relação aos interesses públicos têm compromissos éticos com as liberdades dos cidadãos e com os demais elementos garantidores de sua dignidade, possuir parâmetros precisos, claros e objetivos para fornecer à classe política a possibilidade de uma coerente avaliação sobre a necessidade da construção de tipos penais é fundamental e, por certo, reafirma a democracia.

E é de se dizer que essa questão ganha contornos cada vez mais complexos com o passar do tempo, pois com os desenvolvimentos operados em diferentes áreas atinentes à construção, transformação e/ou evolução das sociedades novos interesses comuns vão surgindo em nome da realização de objetivos até então não imaginados, apoiados em novos parâmetros valorativos, operando uma natural confusão em uma dogmática penal estruturada sobre conceitos e parâmetros do passado¹¹⁶. O tempo redimensiona os comportamentos sociais, os valores e os interesses das pessoas e por consequência do Estado. A partir de uma dinâmica cada vez mais transformada pelo aparecimento das diferentes tecnologias faz também com que se dê de modo cada vez mais rápido o processo de (re)adaptação do direito, providenciado constante revisão de conceitos e diferentes possibilidades sistêmicas.

Diante disso é que diversas questões surgem a todo momento na tentativa de auxílio da estruturação do conceito material de crime, pois se é certo que em uma perspectiva de

¹¹⁵ Na esteira de Fábio D'Avila, que adverte que "A questão acerca do que possa ser considerado materialmente uma conduta criminosa ou, mais propriamente, das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser objeto de uma proibição criminal é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal. E isso pelo simples fato de que dela depende a validade não só da punição penal, mas antes da própria proibição penal, do não-jurídico criminal, condição de existir do próprio pensar jurídico-penal". (D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 80, p. 7-34, set.-out. de 2009, p. 9)

¹¹⁶ Essa questão tem grande reflexo no direito penal ambiental, eis que, tomando-se por base as teorias clássicas de imputação, por exemplo, percebe-se a quase impossível tarefa de verificação causal dos crimes que destinam-se a proteção do bem ambiental, quando se percebe que "o direito penal ambiental tem sido marcado por uma forte antecipação de tutela, na qual o demasiado distanciamento entre conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos de ilícito meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar o espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade" (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 107).

valorização dos direitos humanos a reserva legal quanto aos tipos incriminadores é essencial e indispensável, também é de suma importância que essas condutas inseridas na lei sob a ameaça de pena apresentem-se coerentes num aspecto metodológico. Isso, reafirma-se, para que seja possível manter e cumprir os compromissos tendentes à realização de meios para que se possa vislumbrar sociedades livres, equilibradas sob o prisma das necessidades de seu desenvolvimento social e, assim, comprometidas com as condições de vida no futuro. Acerca daquilo que compreenda um real desenvolvimento.

Portanto, o que não se pode perder de vista é que já se apontou, de forma irrenunciável no processo evolutivo do ser humano, para um horizonte de direito penal democrático, no qual o indivíduo pode/deve ser punido apenas em um contexto de fundamentos que forneçam bases críticas. O Estado penal legitima-se, assim, não apenas no seu poder de legislar, mas na necessidade e na possibilidade de produzir o que edita. Em outras palavras, a força para fazer cumprir suas estratégias não pode justificar-se apenas no poder que lhe é inerente, mas em grande parte tem que advir da razão constitucional e dos fundamentos democráticos que lhes dão sustento. Há que se compreender, nas palavras de Amartya Sen, que “O processo de desenvolvimento, quando julgado pela ampliação da liberdade humana, precisa incluir a eliminação da privação da pessoa”¹¹⁷.

Aqui é que se posiciona a intersecção proposta pelo tema tratado nesta pesquisa, porque se o aparecimento do estado Socioambiental de Direito redimensionou a importância política do meio ambiente natural para os seres humanos, transformando a questão em ponto central para a efetivação dos direitos básicos à dignidade humana, é certo que também o direito penal, como ramo de notável importância no espectro da realização da Justiça, igualmente passou a ser questionado sobre seu interesse e possibilidade de regramento das questões inerentes ao tema.¹¹⁸

Isso significa dizer que, já se tendo demonstrado a importância da matéria ambiental para o sadio desenvolvimento humano, que a discussão que se propõe neste capítulo busca revisitar conceitos da dogmática penal para que seja possível viabilizar uma coerente confluência entre as diretrizes ambientais e as estruturas de um direito penal também voltado ao objetivo de proteção das pessoas. Seria ilógico, impreciso e perigoso, a mercê da

¹¹⁷ “(...) liberdades são parte integrante do enriquecimento do processo de desenvolvimento”. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. op. cit, p. 53)

¹¹⁸ “No âmbito do Estado de Direito, não há razão alguma para que a intervenção penal se mantenha alheia às novas formas de ações lesivas e danosas (ou, de risco efetivo de danos). A progressão da proteção dos direitos fundamentais pode e deve encontrar novas alternativas, incluindo o Direito Penal, desde que essas se mostrem mais eficazes que outras formas de controle”. (PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89)

importância do meio ambiente natural, desconsiderar que os interesses de criminalização das demandas ambientais devessem ser inseridos a qualquer custo nos planos penais sem as devidas justificativas dogmáticas que sustentam o ramo. Assim como seria irrazoável negar a possibilidade de tratamento penal das questões ambientais por considera-las incompatíveis com as premissas penais construídas em tempos nos quais sequer se imaginava tal possibilidade.¹¹⁹

Assim, buscando coerência metodológica, dando-se mais um passo na necessária interseccionalidade entre os temas fundantes das matérias ambiental e penal, passa-se à revisitação de conceitos tidos como fundamentais para a justificativa penal. Sendo assim, com o propósito de definir as balizas que possam permitir a posterior avaliação das melhores definições de meio ambiente natural à luz da teoria do crime, passa-se ao estudo daquela que tem sido a mais discutida questão a justificar interesses de criminalização: a teoria do bem jurídico.

2.1 JUSTIFICATIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Um dos fenômenos estruturantes de maior importância do direito penal moderno foi aquele que passou a estabelecer diferenças no tratamento dado ao crime e ao pecado, pois até mesmo um perfunctório resgate dos acontecimentos do início do século XVIII mostra que as ideias religiosas atreladas às questões morais tinham nesse período participação decisiva na coerção estatal por meio de uma pena. Crime e pecado no período pré-iluminista confundiam-se em uma mesma dimensão que se destinava a proteger aquilo que era propagado como a vontade divina.¹²⁰

Com os movimentos de secularização típicos dos iluminismos ideias de liberdade e igualdade passaram a tomar força na Europa e, por consequência, iniciaram o período que,

¹¹⁹ Guilherme Figueiredo, a partir de Figueiredo Dias, comenta que a transformação do modelo organizacional de Estado desde uma perspectiva liberal influenciou o aparecimento de movimentos a conferir maior importância aos aspectos decorrentes da política criminal, vista na contemporaneidade como decisivo padrão crítico do direito posto e daquele que se pretende positivizar. E dentro desse cenário explica que os mecanismos metodológicos tiveram que se estruturar a ponto de suportar as intervenções advindas dessa realidade, quando, então, questiona: “Se os valores político-criminais devem dar fundamento ao sistema e ao modo de interpretar as categorias que o compõem, não se corre o risco de se abandonar uma série de garantias próprias do Estado de Direito em nome dos postulados político-criminais de inocuidade do criminoso e luta desmedida contra o crime?” (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal**. (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26). E a resposta, vale dizer, pensa-se dever partir da compreensão de que a própria valorização da legalidade e do respeito aos valores fundamentais atrelados à dignidade humana compõem estruturalmente a política criminal destes tempos.

¹²⁰ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. op. cit., p. 61.

como já visto, desencadeou a formação do Estado Liberal alicerçado sobre a autonomia dos indivíduos. E então ocorreram também no direito penal importantes alterações em suas bases críticas, sendo que a percepção de crime, agora dissociada dos fundamentos puramente religiosos, passava a ser a pedra angular do *ius puniendi* em posição diversa daquela até então ocupada o que provocou necessária revisão dos conceitos legitimadores da atuação penal do Estado, restando ao pecado apenas as teorizações religiosas.¹²¹ O crime, sem seu conteúdo atrelado aos vícios humanos e à moralidade decidida pela Igreja, tinha de ter nova substância, uma nova essência que pudesse legitimar o poder de punir estatal frente ao novo contexto político que vigorava.

Neste ponto se identifica a importância que tem para o tema o italiano Beccaria, pois Dos Delitos e Das Penas, de 1764, na esteira do de Faria Costa, deve ser compreendido como “o manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, do cidadão nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*”¹²².¹²³ E isso porque a partir desse momento passou-se a defender a ideia de que o crime devia ser evento atrelado à concretização de um dano provocado pelo agente à comunidade, sendo que “O conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação era, pois, o fenômeno criminoso em sua compreensão laica”¹²⁴. A transposição do conteúdo material do crime para a exigência de prejuízo para a comunidade decorrente da conduta de quem se pretende punir fez com que o dano passasse a ter importância central no direito penal, eis que “O dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico da criminalização”¹²⁵.¹²⁶

¹²¹ “Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva” (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 30)

¹²² COSTA, Faria. *Apud* D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. op. cit., p. 60.

¹²³ “(...) somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”. (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 19)

¹²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. op. cit., p. 60.

¹²⁵ D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**, op. cit., p. 62.

¹²⁶ “O livro de Humboldt, publicado em 1851, é uma das fontes de inspiração par a obra de John Stuart Mill, ‘Sobre a liberdade’ (On Liberty). Ali se diz de modo bastante explícito ‘que a única finalidade em nome da qual se pode exercer licitamente coação contra a vontade de um membro de uma sociedade civilizada é: prevenir danos a outros’”. (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 238)

As novas formas de ver as pessoas, não mais como meio para determinados fins pretendidos pelo Estado, mas como sujeitos¹²⁷ e, portanto, sob o cuidado finalístico das ações políticas, dando-se importante ênfase às liberdades individuais, justificaram o nascimento daquilo que mais tarde seria batizada como a teoria do bem jurídico. Mais tarde porque, naturalmente, ainda nessa época não se levava em conta a proteção penal sobre aquilo que hoje representa os parâmetros delimitadores do bem jurídico-penal. Mirava-se a tutela penal nos direitos subjetivos¹²⁸ pertencentes aos membros de uma comunidade, entendidos esses como aqueles atribuídos pela norma.¹²⁹

O pensamento era de que ao considerar os direitos subjetivos que cada indivíduo tinha no núcleo social em que vivia verificar-se-ia “simultaneamente os limites de liberdade garantidos pela ordem jurídica e o início do seu exercício arbitrário, violador de direitos alheios”¹³⁰. Era, portanto, a concretização de uma tutela penal destinada à manutenção do contrato social, que estava sendo construído sobre uma perspectiva individualista dos direitos, conforme os parâmetros da revolução liberal.

Amelung explica que a necessidade de existência do crime se justificava apenas quando o violador de direito subjetivo agredia consideravelmente a liberdade de atuação de outro membro da comunidade.¹³¹ Logo, o conceito material de crime deveria estar necessariamente atrelado à garantia das liberdades individuais, sendo possível a atuação do Estado Penal tão somente quando verificada uma danosidade decorrente da conduta a um direito de determinado indivíduo. Em síntese, o processo de criminalização justificava-se apenas em relação às condutas humanas que agredissem o(s) direito(s) garantido(s), criado(s) pelo Estado aos indivíduos, levando-se em conta a decisiva noção de que à todos é dada a obrigação de respeito ao direito alheio para que haja harmonia e equilíbrio na vida em comunidade.

Vale dizer que ainda que a justificativa do processo de criminalização tenha tido como marco a garantia da autonomia dos indivíduos, também se passou a reconhecer a possibilidade

¹²⁷ O período iluminista europeu sofreu destacada influência de Immanuel Kant, de quem, basicamente, se extrai a proibição da instrumentalização do ser humano. Logo, o direito penal só poderia justificar-se na salvaguarda dos interesses dos indivíduos e não para os variáveis objetivos das instituições.

¹²⁸ Direito subjetivo pode ainda ser compreendido como o conjunto de vontades e poderes inerentes aos seres humanos e que passou a receber proteção jurídica, cabendo a todos o respeito. O gozo desses direitos é a regra, negar-lhes necessita de fundamentada resposta.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004. p. 133.

¹³⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. op. cit., p. 61.

¹³¹ AMELUNG, Knut. **El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos**. In Hefendehl, Roland (Ed.). *En La Teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227.

de infrações penais quando a conduta tivesse como alvo os direitos inerentes ao próprio Estado. Nessa hipótese falava-se em crimes públicos, realidade que permita a conclusão de que a natureza dos crimes variava a depender do direito violado, o que acabava gerando acirradas discussões sobre a titularidade dos direitos a que se pretendia proteger.

Nesse sentido, é importante frisar que o direito penal moderno nasceu para a proteção dos direitos e liberdades individuais, fruto dos movimentos liberais, o que, logicamente, implicava problemas no momento de se tutelar penalmente direitos que não tinham sujeitos determinados (moral religiosa e administração pública, por exemplo). Assim, admitida a ocorrência de crime sem a violação de direito de um sujeito determinado, a noção de proteção de direitos subjetivos acabava falhando enquanto critério crítico estruturante do sistema penal.¹³²

Ouro problema da instrumentalização penal estruturada no contexto da proteção de direitos subjetivos foi identificado no fato de que quando uma conduta é praticada contra uma pessoa, atingindo sua esfera de direitos, não faz sumir ou diminuir seu direito subjetivo, que continua a existir. O que sofre lesão de fato é o objeto que representa, exterioriza o direito, não o direito propriamente dito. Quando alguém é vítima de furto, por exemplo, não vê seu direito a ter patrimônio agredido, esse (direito ao patrimônio) continua hígido, integral, o que resulta abalado, diminuído, é o objeto representativo do direito. E isso representou relevante diferença na necessária análise sobre a extensão do dano provocado pela conduta ilícita, o que iniciou outra importante preocupação, um contorno que passou a ser visto como característica decisiva para processos críticos de criminalização: a ofensividade. Para a completa compreensão da teoria do bem jurídico deve-se, desde já, compreender que se a tutela penal passou a considerar apenas condutas danosas a direitos de terceiros como o centro das escolhas de criminalização, isso para manter o contrato social, também viu-se fundamental que esse dano pudesse ser dosado, quantificado. Nascia aqui a ideia de que de que a proteção penal só pode se instrumentalizar quando, por meio de técnicas de tutela, seja possível comprovar e delimitar a agressão que pretende reprovocar.

Portanto, a concepção de que um bem deveria ser o alvo da proteção penal parecia mais adequada aos parâmetros críticos que se pretendia alcançar, eis que as noções de direitos subjetivos não forneciam suficientes bases para tanto, isso diante, repisa-se, dos novos

¹³² “el ‘bien jurídico’ se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la lesión de derecho, como había defendido, sobre todo, FEUERBACH, quien a su vez se basaba en la doctrina de KANT, doctrina que debe considerarse en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas e iusnaturalistas y de la ilustración”. (ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, nº 6, Lima, 1998, p. 588)

interesses políticos e, por consequência, dogmáticos que passaram a ser compartilhados em função das novas relações sociais e econômicas que se estruturavam.¹³³

Bem, importante destacar, entendido como valor decisivo, útil aos seres humanos, que se diferencia de mero interesse justamente porque mostra-se necessário a satisfazer concretas necessidades. Os bens remetem à ideia de algo real e passível de ser sentido, quantificado até. Mas, também importante dizer, que as definições trazidas pela filosofia sobre os contornos do bem não podem ser todas trazidas para a dimensão jurídica que o termo ganhou, pois, naturalmente, o que se pretendeu aproveitar aqui foram justamente as noções gerais sobre essa dimensão mais concreta que o bem fornece em contraponto à ideia de direitos subjetivos.¹³⁴

Então, ainda sob aspecto histórico, aqui é de se ressaltar que foi Birnbaum quem primeiro passou a trabalhar com a noção de proteção de bens, em meados do século XIX, sendo, então, que o “conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade, isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma”¹³⁵.

Birnbaum, a partir da ideia de contrato social desenvolvida por Feuerbach, tinha o crime como conduta lesiva ou capaz de expor a perigo determinado bem garantido de modo uniforme a todos por parte do Estado. Questão relevante sobre as definições do autor é a ausência de um conceito de “bem”, afirmando Souza que “não se encontra na obra de Birnbaum nenhuma definição precisa do exato significado de bem como objeto da ofensa, motivo pelo qual era preciso deduzir-se tal compreensão de forma tácita”¹³⁶.

Entretanto, revela-se fundamental salientar o que Birnbaum via como conceito jurídico-penal de crime, entendendo, em uma concepção tomada pelas perspectivas liberais, ser “aquilo que, segundo a natureza do Direito Penal, pode ser radicalmente considerado

¹³³ Referindo-se à Feuerbach, quem se viu obrigado a admitir exceções ao critério legitimador focado em direitos subjetivos, haja vista os espaços de criminalização que invocam proteção penal a mercê da possibilidade de se reconhecer titulares de direitos, Albin Eser comenta enfatiza que “(...) su posición, orientada em principio hacia la protección de la libertad individual, ofrecía un flanco desprotegido por el que pronto penetra el nuevo paradigma de una concepción más general de la protección y del injusto, que es el que domina hasta el día de hoy”. (ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. op. cit. 191)

¹³⁴ Referindo-se à passagem do modelo de proteção de direitos subjetivos para a ideia de tutela de bens, Prado esclarece que “Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 33)

¹³⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42.

¹³⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit. p. 49.

punível na sociedade civil”¹³⁷. Os bens (Birnbaum também nunca trabalhou com o termo bens jurídicos) deviam ser frutos dos motivos e consequências das relações sociais implementadas em cada realidade comunitária, reconhecendo ele a possibilidade de existência de bens individuais e coletivos, mas afastados de aspectos puramente morais.

Hassemer sustenta que Birnbaum tinha a intenção de partir da ideia de bem atrelado às pessoas e coisas, mas viu-se obrigado a também permitir a extensão de seu conceito às concepções morais diante das incompatibilidades que suas delimitações evidenciavam quanto às intenções de criminalização nos contextos dos sentimentos religiosos, quando, por isso, se referiu ao contexto de “bem comum”.

Sintetizando a importante contribuição de Birnbaum, é de se ressaltar que o autor marcou a passagem de um direito penal de proteção de direitos para outro de tutela de bens, evidenciando que o ramo deixava para trás perspectivas espirituais para debruçar-se sobre aspectos naturalistas. Explica Souza que “a tese dos bens de Birnbaum estabeleceu, ainda que não vislumbrasse toda a nitidez necessária, bases sólidas para que as posteriores envolvendo o objeto de tutela jurídico-penal pudessem aprimorá-la”¹³⁸.

Nesse ponto, importante sublinhar também que apesar de a nova realidade política infligir ao direito penal uma nova postura, não se pode afirmar que ainda nesse período se pretendia de fato limitar, estabelecer barreiras à processos de criminalização como objetivo principal. A ideia centrava-se muito mais na perspectiva de encontrar, dentro do novo ambiente, racionalidade para as intenções de criação de tipos penais. Ou seja, nessa fase embrionária do direito penal moderno os critérios de definição do conceito material de crime ainda atendiam à interesses de expansão do direito penal, não de sua limitação.¹³⁹

E o aprimoramento iniciou-se com as construções terminológicas e conceituais de um período marcado pelo positivismo de autores como Liszt e Binding. O positivismo jurídico, movimento caracterizado pela eleição de bens jurídicos pela lei como decorrência da manifestação de autoridade do Estado, apresentava como característica também o fato de que o direito tinha como única fonte de interpretação as construções normativas. O ser humano, então, afastava-se da metafísica num período marcado pela valoração de conteúdos como

¹³⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit. p. 49.

¹³⁸ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit. p. 54.

¹³⁹ “Birnbaum queria precisamente justificar a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade. Além disso, a posterior história dogmática do conceito de bem jurídico não demonstra qualquer clara tendência no sentido de limitar a punibilidade à inflições de dano de dimensões socialmente danosas.” (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 239)

capacidade de oferecer resultados mais palpáveis e, para tanto, as teorias metodológicas ganharam espaço quando iniciaram o processo de delimitação formal do conceito de bem jurídico. Tão importante quanto os resultados era a escolha dos métodos utilizados para as investigações. Assim como a filosofia e a teoria do direito, o direito penal, por consequência, também passa a ser invadido pela necessidade de que suas estruturas legitimadoras (bens) fossem capazes de se justificar sob parâmetros mais objetivos.

O bem, então, para Binding, autor a quem se atribui o fato de ter sido o primeiro a trabalhar com a expressão bem jurídico, conforme Souza, era definido como “tudo o que aos olhos do legislador tem valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos; tudo o que não constitui em si um direito, mas apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor”¹⁴⁰. Os bens jurídicos seriam como condições necessárias para que determinada comunidade pudesse desenvolver-se de modo sadio, refletindo no espaço das normas essas preocupações a ponto de tornarem-se leis. A lógica, como se vê, encontrava guarida em reconhecer como bem jurídico aquilo que tivesse a importância determinada pelo legislador¹⁴¹, admitindo-se que cada norma levava consigo seu próprio bem jurídico, sendo esse processo uma representação dos interesses do Estado a fazer valer a força de sua soberania. Aqui importante lembrar que para Feuerbach os direitos subjetivos podiam ser dos indivíduos ou do Estado, quando, lembra-se, dividia-se os delitos em públicos e privados. Para Binding, de outro norte, são sempre pertencentes ao Estado: “*El derecho subjetivo del Estado es un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer el imperio. El rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del poder público a favor del Estado*”¹⁴².

É de se concluir, então, que Binding não se afastou completamente da ideia de direitos subjetivos no raio de proteção penal, tinha esses como pressuposto de sua estrutura de bens jurídicos, mas passou a definir, repisa-se, que eles apenas existem por reconhecimento das normas.

Ainda sob um fundamento positivista, mas defendendo certa independência do conceito de bem jurídico-penal da visão puramente formalista, Liszt aparece com outros contextos metodológicos e passa a defender a ideia de que a ordem jurídica não cria os bens

¹⁴⁰ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit. p. 57.

¹⁴¹ “Em primeiro lugar, com Binding, surge uma dimensão formal, e depois, com Rocco, ocorre uma subjetivação da norma penal em favor do Estado, sendo a noção do bem jurídico fundada no direito positivo vigente: objeto jurídico substancial específico – bem ou interesse protegido pela norma penal”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 34)

¹⁴² OLAECHEA, José Urquizo. El Bien Jurídico. In: **Cathedra, Espiritu del Derecho**. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. n° 2 - Año 2 - Mayo 1998.

jurídicos, mas tão somente lhes reconhece como interesses dignos de proteção jurídica. Seria assim com a vida, a liberdade, o patrimônio, por exemplo, que são valores importante aos seres humanos e que existem independentemente de a lei os criar, sendo ela a responsável por apenas lhes providenciar tutela.

Portanto, para Liszt, o sustento material do crime, aquilo que lhe dá legitimidade, não é a lei, mas sim o caráter antissocial da conduta lesiva que existe independentemente da previsão normativa. A lógica do autor era a de que a norma apenas existe para o ser humano e por causa do ser humano, o que revelou a importância de seus conceitos à outras áreas, como a política criminal¹⁴³. Passou a estabelecer, então, os limites da política criminal ao legislador, pois, repisa-se, entendia não ser suficiente a lei interessar-se por determinado bem para que tivesse ele proteção penal, era indispensável que esse bem encontrasse justificativa emergente da vida.

Com isso, Liszt também acabou por desenvolver o princípio da “necessidade de proteção penal” idealizado por Beccaria, pois defendia que “deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra esses delitos”¹⁴⁴. As noções de Liszt, sobretudo quanto ao conteúdo material do crime, foram as primeiras a estabelecer distinção entre ilicitude formal e material, consubstanciando-se esta na efetiva ofensa aos bens jurídicos tutelados, enquanto a primeira referia-se apenas à violação da norma.¹⁴⁵

Após a época marcada pela introdução das noções positivistas no contexto do bem jurídico-penal, o século XX passa a se deparar com as teorias metodológicas de bases neokantianas, que viam o bem jurídico-penal como o fim da norma, representando a vontade do legislador, num claro retrocesso de legitimação. Souza esclarece que “embora a teoria metodológica recorde a formulação do pensamento do fim de Liszt com esta não se comunga, pois o fim proposto por aquela se reduz à *ratio legis* e não se refere ao sentido da legislação

¹⁴³ “O positivismo naturalista de Liszt, de sentido globalista (die gesamte Strafrechts), concebeu o Direito Penal como núcleo em torno do qual devem se agrupar todas as demais ciências que se ocupam do delito (a gesamte Strafrechtswissenschaft). Esse autor distinguiu claramente entre uma ciência normativa, cujo método é o dogmático (lógico-dedutivo) e as demais ciências, com destaque para a política criminal”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 38).

¹⁴⁴ LISZT, La Idea de fin, p. 89, apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit., p. 64.

¹⁴⁵ Em crítica à Liszt por nunca ter considerado afastar-se do positivismo, Amelung sustenta que deve ser ele referenciado pelo importante passo de ter exigido um conceito de antijuridicidade das condutas interessantes à tutela penal. Afirma que entende haver um “cierta sobrevaloración de las aportaciones de Liszt, quien, si bien exigía un concepto de antijuridicidad material, nunca considero seriamente oponerlo al derecho positivo y menos aun propuso concepto de bien jurídico apto para tal área”. (AMELUNG, Knut. **El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos**. op. cit., p. 234).

como tal”¹⁴⁶. “Para tal concepção, bem jurídico vem a ser um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal”¹⁴⁷.

O bem jurídico volta a perder suporte crítico sob o ponto de vista de legitimação, constituindo-se num conteúdo vazio com fins puramente metodológicos para sua interpretação, desapegando-se da característica antes conquistada atrelada às funções legislativo-dogmáticas.

E nas transformações dos processos sociais narrados pela história, em meados do século XX, como consequência desse fenômeno, por conta do nacional socialismo alemão, a atuação penal do Estado deixou completamente o estágio de proteção de bens jurídicos vistos num espaço de lesividade a terceiros (ainda que as discussões havidas até então mostrassem a dificuldade de pacificar um conceito) para centrar-se em um mero descumprimento de deveres impostos pelo Estado nazista. O direito penal desse período, desenvolvido sobretudo pela Escola de Kiel na Alemanha de Hitler, reconhecia o crime como ato contra o Estado, que, como entidade com poder para organizar a vida das pessoas, devia poder fazer valer o direito de exigir fidelidade no cumprimento das regras postas.¹⁴⁸

Já com o final da segunda guerra, e com forte influência dos direitos humanos na pauta da nova política internacional, o direito penal voltou suas premissas de legitimidade para atender os compromissos com a valorização do ser humano, com os direitos individuais, pois, conforme visto ainda no primeiro capítulo, grande parte das constituições ocidentais que rediscutiram suas respectivas organizações políticas passaram a prever em seus textos a

¹⁴⁶ SUHR, JA, 1990, p. 305 apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais.** op. cit., p. 66, nota 60.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** op. cit., p. 38.

¹⁴⁸ “En el III Reich la polémica ha sido predominantemente doctrinal, y la actividad legislativa no logró la reforma completa del Código vigente. En 1933, al poco tiempo de llegar Hitler al poder, el Ministro de Justicia de Prusia publicó un Denkschrift o Memoria para la reforma del Derecho penal en el que destaca la característica del voluntarismo, en un Derecho de raza y de sangre. El 3 de noviembre de 1933 trabajó en el proyecto del nuevo Código una comisión de peritos y profesores, y la Academia de Derecho intervino en la empresa desde 1934. Se han publicado los trabajos, pero el nuevo Código no ha visto la luz. En cambio, por disposiciones legiferantes, se ha reformado el Código penal hasta destruir sus garantías liberales, y leyes concretas han pretendido ejercer una protección de raza y de pureza de sangre con sentido severísimo. Las enumeraremos ahora al tratar de los caracteres de este Derecho alemán”. (ASÚA, Jiménez. **Principios de Derecho Penal, La ley y El Delito.** Buenos Aires: Abeledo Perrot: 1990. p. 71). Também em Sarmiento: “Cabe ressaltar, no entanto, que o governo nazista operou no sentido da ruptura do próprio princípio da legalidade. Foi o que ocorreu, por exemplo, em razão do art. 2º do Código Penal nazista, que previa a possibilidade de que o magistrado apenasse não só o indivíduo que praticasse uma conduta tipificada, mas também aquele cuja conduta atentasse contra o “são sentimento do povo alemão”. Além disso, o exercício do poder em contrariedade com o próprio direito vigente era também um elemento central do estado totalitário. Esse aspecto é examinado em detalhe por ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: uma análise dialética do poder*, v. 3”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional.** Teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 191)

dignidade humana como mote de atuação de política.¹⁴⁹ Assim, as definições de bem jurídico-penal que apareceram no segundo pós-guerra enaltecem valores de igualdade e liberdade¹⁵⁰.

151

Como antes frisado, pode-se dizer que a partir desse momento histórico é que o conceito de bem jurídico assume papel decisivo na limitação do poder punitivo. É natural que seja assim, pois, conforme analisado na primeira parte desta pesquisa, o aparecimento do neoconstitucionalismo redefiniu as bases jurídicas dos ambientes políticos com tradição romano-germânica, implementando princípios para a interpretação do direito e, portanto, redefinindo a justiça ao estabelecer compromissos éticos na atuação judicial por meio da interpretação das leis. Em síntese, “(...) a ideia de limitar a faculdade de punir do legislador por meio do conceito de bem jurídico se tornou um objeto relevante da discussão político-reformista apenas depois da Segunda Guerra Mundial”¹⁵², o que evidencia também que um conceito material de crime fundado nas delimitações do bem jurídico-penal crítico à legislação começou mesmo seu processo dialético nesse período.¹⁵³

Inaugura-se, portanto, novas tendências de legitimação para um conceito de bem jurídico crítico à legislação e isso, vale dizer, porque o próprio direito penal passa a ter objetivos distintos do papel até então exercido, quando se assume enquanto ramo que possui como objetivo tutelar as garantias individuais, agir na convivência pacífica entre os indivíduos e na proteção de valores necessários para que esse propósito seja capaz de se concretizar.

¹⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Parte general. 3 ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989. p. 105.

¹⁵⁰ “A ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”. (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 12)

¹⁵¹ “Em face da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico. A idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 79).

¹⁵² ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 239.

¹⁵³ “Jäger aplicou conceito nesse sentido em 1957 aos ‘delitos contra os costumes’ (Sittlichkeitsdelikte), Eu acolhi a concepção de Jäger em meu livro sobre o domínio do fato (1963). O Projeto Alternativo de uma Parte Geral de Código Penal (1966), do qual fui co-autor, limitou intencionalmente a finalidade da pena à ‘proteção de bens jurídicos’ (§2 Abs 1). Nosso posterior Projeto Alternativo sobre ‘Delitos Sexuais’ (1968), que influenciou de modo decisivo a reforma legislativa de 1973, limita-se também em seu programa à ‘penalização de comportamentos socialmente danosos graves’”. ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 239. Também Carl-Friedrich Stuckenberg: “Em uma perspectiva histórica, não deixa de ser irônico que o conceito de “bem jurídico” foi introduzido no século XIX por Birnbaum com o desígnio antagônico, isto é, como um instrumento teórico que permitiu justificar a proteção de padrões morais com o intento de superar a então dominante e restritiva doutrina formulada por Feuerbach de que o direito penal deve proteger somente direitos subjetivos” (As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. **Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS**. vol. 2, n.º 1, 2014)

Nesse momento histórico é possível identificar que foram dois os movimentos jurídicos a tentar dar embasamento teórico ao bem jurídico, agindo, assim, ao encontro da tentativa de um satisfatório conceito material de crime: o primeiro ficou conhecido como fruto das construções sociológicas, sendo que o segundo se caracterizou pela opção de ter a Constituição como base valorativa para a definição dos bens com dignidade penal. Autores como Amelung, Jakobs e Hassemer destacaram-se como defensores das teorias sociológicas, sendo relevante, entretanto, reconhecer que suas teorizações apresentam importantes diferenças importantes entre si.¹⁵⁴

Em apertada síntese, as teorias sociológicas entendem a sociedade “como um sistema global ou de interação – formado, sobretudo, por normas de organização ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo)”¹⁵⁵ e, por isso, tem-se a funcionalidade como padrão a definir a necessidade de criminalização das condutas. Ou seja, para essa base de pensamento, a sociedade configura-se como sistema funcional que deve ser corrigido ao passo em que os problemas que o desestabilizam vão sendo diagnosticados, sendo o crime um desses eventos que, portanto, precisa ser controlado, justificando-se a necessidade de tipos.

Prado adverte que essas concepções teóricas apresentaram profundas dificuldades em definir padrões normativos para justificar legitimidade penal, falhando, assim, em deixar claro quais bens deveriam ter proteção penal. Também não permitiam determinar quais tipos de condutas deveriam ser criminalizadas quanto a esses bens e, sobretudo, o que deveria levar à conclusão de que um interesse sociológico poderia ser eleito dentre outros tantos.¹⁵⁶

Já as teorias com decisivo embasamento constitucional agiram no sentido de criar mecanismos para fornecer ao legislador critérios atrelados aos interesses constitucionais para fins de criminalização, afirmado, portanto, que o conceito de bem jurídico deveria ser necessariamente extraído dos limites previstos pelas constituições.

Nesse sentido, dimensionando a importância política e jurídica que os textos constitucionais passaram a ter para o tema, Souza explica que as normas constitucionais possuem decisivos valores materiais compartilhados pelas sociedades, sendo que “ao legislador infraconstitucional não é dada a prerrogativa de descumprir ou mesmo ignorar tal

¹⁵⁴ GIULIANI, Emília Merlini. **O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal**. 119 f. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Também Habermas, Gomez Benitez, Otto, Mir Puig são tidos como autores ligados às teorias sociológicas.

¹⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 44.

¹⁵⁶ Sobre os problemas das teorias sociológicas, Prado explica que “impõe reconhecer a necessidade de se evitar o exagero de uma postura puramente normativista, despida de cunho social, como também de uma espécie de totalitarismo sociológico (funcionalista) – prescindindo de qualquer juízo normativo – altamente nefasto”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 45)

quadro de valores abrigado pela Constituição”¹⁵⁷. Trata-se de uma nova e decisiva fase para o direito penal.

Também muitas críticas surgiram no sentido de questionar os motivos de se ter as normas constitucionais como parâmetros diante de sua característica aberta, já que ao tutelar vários bens poderia permitir até mesmo contradições no processo de criminalização¹⁵⁸.

Outra abordagem importante foi trabalhada no sentido de que poderia ser até desnecessário discutir uma teorização dos bens jurídicos diante do fato de que a própria constituição já trazia o que deveria interessar ao legislador nos processos de criminalização. Ocorre que, reconhecendo a importância da existência de barreiras supralegais, e enfatizando a importância da matriz constitucional como elemento decisivo ao legislador na seara penal, D’avila sustenta que as incriminações devem respeitar os espaços de liberdades trazidos pelas constituições, servindo como decisivas referências não para definir o que deve ser criminalizado, mas, sobretudo, para fundamentar aquilo que não pode ser objeto de sanção penal¹⁵⁹.

Portanto, a partir dessa nova realidade, visto no espaço crítico à legislação e sob orientação do movimento neoconstitucionalista, quando o fundamentos morais entram decisivamente na órbita jurídica, compreendendo espaço hermenêutico decisivo para a aplicação da justiça frente aos casos concretos, o bem jurídico ganha contornos nos exatos limites daquilo tido como necessário para que, sob a atuação do Estado penal como *ultima ratio*, sejam respeitados os direitos fundamentais dos indivíduos, mantendo-se a dignidade de todos e o equilíbrio da vida em sociedade. Admitidos, excepcionalmente, os bens jurídicos coletivos quando valores administrados pelo Estado tiverem a finalidade de cumprir finalisticamente esses objetivos.¹⁶⁰

Neste ponto é de se advertir que a conceituação de bem jurídico penal, entretanto, sempre esteve longe de se apresentar como tema decidido no direito penal, haja vista a

¹⁵⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética**. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. op. cit. p. 81.

¹⁵⁸ Dependendo de técnicas de hermenêutica, os valores constitucionais podem apresentar-se em eventual oposição diante de situações concretas, autorizando conclusões tidas até mesmo como inconstitucionais. Por isso a importância de métodos como a ponderação e outros que tais na dinâmica de interpretação das normas constitucionais. Ocorre essa situação foi tida como confusa para o legislador em matéria penal, eis que diante dessa situação as incriminações poderiam apresentar-se contraditórias, portanto.

¹⁵⁹ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. op. cit., p. 67.

¹⁶⁰ “Tal noção de bem jurídico pode ser derivada historicamente da concepção de contrato social desenvolvida pela teoria do Estado do Iluminismo. Segundo o modelo do contrato social, os cidadãos transferem ao Estado um poder de punir somente na medida em que isso seja necessário para uma convivência pacífica, livre e respeitadora de seus direitos humanos”. (ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 241)

abstratividade envolvida na sua delimitação. Definir conceitos e implicações objetivas para descumprimentos acerca das ideias sobre valores culturais de uma sociedade, espiritualizando as estruturas do ramo e invocando muitas vezes princípios metafísicos já rechaçados por conta da chegada do positivismo na segunda metade do século XIX, sempre foi eleita como uma das principais dificuldades de se admitir um direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, argumento que tradicionalmente serve aos opositores da teoria.

Prado comenta as dificuldades de se teorizar sobre o bem jurídico nessa perspectiva, afirmando que os valores culturais para poderem moldar-se dentro das fronteiras do bem jurídico constitucionalizado devem ser vistos como intrinsecamente ligados às necessidades dos indivíduos, o que invoca diversos problemas de ordem metodológica e uma compreensão global das necessidades dos cidadãos e de sua dignidade.¹⁶¹

No início desse período, e buscando orientação objetivista, importante dar relevo às ideias de Welzel, que, com fortes influências da filosofia fenomenológica, característica que se comprova nos espaços de sua teoria finalista da ação, atribuiu importância decisiva aos critérios ético-sociais na definição do bem jurídico. Falava o autor em “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”¹⁶². Para ele o bem jurídico tinha de desempenhar duas funções, servindo como padrão ético-social e também como meio de prevenção. A primeira justificava-se no sentido de que serviria o direito penal para a proteção dos bens da vida de determinada comunidade, estando o Estado autorizado a usar da pena como forma de reprimir resultados reprovados pelo meio social. Quanto à prevenção o autor criou categorias distintas para as pessoas que fossem aptas a se submeter ao convívio da comunidade, para quem a pena serviria como retribuição, e para os incapazes, quando, então, o direito penal deveria proporcionar medidas de segurança. Sustentava que existência de bens jurídicos justificava-se apenas na medida preventiva negativa, mas que a característica primeira do direito penal devia ser a atuação positiva, posicionando a pena como a afirmação ético-social dos valores fundamentais de uma consciência jurídica.¹⁶³ Em síntese, Welzel defendia que a missão primeira do direito penal era estabilizar valores ético-sociais das ações dos indivíduos, encontrando limites nos bens jurídicos. Por essa posição sofre críticas que contestam a vagueza de significados do seu critério ético-social, haja vista que antes mesmo da definição de padrões comportamentais para um núcleo social há limites de atuação estatal já conquistados por conta de movimentos

¹⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 46.

¹⁶² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4 ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 15.

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 47.

de laicização e democracia.

Roxin, mais uma vez no sentido de trabalhar que as concepções iluministas justificam mais os referenciais constitucionais de valorização das liberdades individuais do que as concepções penais daquela época, mostra que suas definições se apoiam em convicções de outros importantes nomes da segunda metade do século XX. Nesse sentido indica Schünemann, Wohlers e Hefendehl como autores que delimitam o bem jurídico sobre as estruturas necessárias à manutenção do contrato social, indicando Sternberg-Lieben como um dos primeiros a invocar a característica de lesionabilidade que deve ter o bem jurídico: “dado real e lecionável... que se mostra, numa situação histórica, como pressuposto e condição de desenvolvimento pessoal”¹⁶⁴. Suas noções enfatizam sua posição quanto às condições de o bem jurídico servir para a realização e funcionamento dos sistemas que garantam o desenvolvimento dos indivíduos e referencia outros autores de quem compartilha conceitos: “Ela (referindo-se à sua concepção de bem jurídico) leva a um conceito pessoal de bem jurídico, como é defendido também por Marx, Hassemer e Hohmann.”¹⁶⁵ Nas palavras de Roxin a sua própria síntese ao afirmar que “apenas ali onde for comprovável um dano real podem estar lesionadas as condições de existência e desenvolvimentos dos seres humanos”¹⁶⁶. Roxin entende que em certos momentos históricos há um conjunto de valores tidos como absolutamente necessários para a vida em comum e, por isso, o direito penal teria aí legitimidade para agir amparado por parâmetros constitucionais de onde se devem extrair as referências quanto à real importância desses bens. E reconhece que é dado aos estados modernos a possibilidade de contar com o direito penal para a punição de condutas que ataquem bens para além das questões individuais, ou seja: quando couber ao Estado administrar situações tendentes à paz e ao equilíbrio social poderá haver criminalizações que possam comprometer a respectiva atuação estatal e, mediamente, os direitos de cidadãos.

Por sua vez, Hassemer, exaltando o que identificou como conceito pessoal de bem jurídico, situando a discussão sobre olhares a atender especialmente os interesses dos indivíduos na relação com as demais instituições sociais e o próprio Estado, diz que o direito penal só pode estender-se até onde encontre como justificativa a proteção das pessoas. Fala em bens jurídicos enquanto interesses humanos que são identificados como merecedores de

¹⁶⁴ Sternberg-Lieben, in: Die Rechtsgutstheorie, p. 67 *apud* ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 242.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 243.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 243.

proteção penal e defende que o conceito “tem que ser, ao menos, aberto o suficiente para permitir decisões discricionárias do legislador penal”¹⁶⁷.

Figueiredo Dias também expôs seu conceito ao enfatizar que o tema trata de “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso”¹⁶⁸.

Ocorre que para além de outros importantes nomes a conceituar e defender um direito penal de proteção de bens jurídicos, é certo que o tema, como já dito, encontra diversos espaços de tensão. Espaços esses que são ocupados por aqueles que chamam a atenção para as dificuldades atreladas às definições do bem jurídico-penal como fator impeditivo para que essa teoria possa ocupar satisfatoriamente o centro da dogmática do direito penal. Os questionamentos enfatizam, sobretudo, o fenômeno da “espiritualização” do bem jurídico, referindo-se ao grau de abstração que podem assumir os conceitos.

Nessa toada, como um dos mais destacados opositores ao papel do bem jurídico enquanto restrição aos processos de criminalização, Stratenwerth justifica sua opção crítica à teoria sob o fundamento de que seus conceitos são obscuros e sequer relacionam-se entre si. Para compor argumentos a justificar sua posição, o autor parte da premissa de que um conceito de bem jurídico satisfatório ao direito penal só teria lugar se fosse capaz de fornecer legitimidade a todos os tipos penais a partir de uma mesma base não questionada. É nesse sentido que, então, busca argumentos para mostrar que a teoria do bem jurídico, desde Birnbaum, ainda não conseguiu agir nesse sentido.¹⁶⁹

Então, organizando seus argumentos acerca do bem jurídico difundido enquanto valor, esclarece que comportamentos contrários à valores não produzem lesão ao respectivo valor. A ideia de bem jurídico assim posta invoca tamanha abstração que proporciona a conclusão de que “não diz mais do que a trivialidade de que o bem jurídico é algo socialmente qualificado como merecedor de proteção e, portanto, um bem. Não há nada que um tal conceito não possa enquadrar.”¹⁷⁰ Segue afirmando que a única opção para salvar a concepção de bem jurídico seria a determinação de seu substrato de modo mais preciso de tudo aquilo até então

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004, p. 114.

¹⁶⁹ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 132.

¹⁷⁰ STRATENWERTH, Günter. **Sobre o conceito de bem jurídico**. op. cit., p. 138.

produzido nesse sentido, indicando que uma possível solução depende de se negar a necessidade de um “bem”, optando-se por proteger a relação dos seres humanos com um interesse.

Especificamente quanto à essa última questão levantada por Stratenwerth, Amelung, de outro norte, expõe que a “transformação do ambiente do sistema jurídico em um ‘mundo de bens’ é necessária porque o sistema jurídico só pode receber e processar informações do mundo exterior se as traduzir para a sua própria língua”¹⁷¹.

As críticas ao direito penal de bens jurídicos também encontram eco em outro importante autor, que propõe suas colaborações à discussão ao centrar o direito penal como importante ramo a atuar na função de proteção da vigência norma. Jakobs, criticando a noção de que o direito penal necessita materializar-se em regras que protejam apenas bens jurídicos, explica que não devem ser os bens o objeto de tutela penal, mas sim a noção que deve ser transmitida pela lei de que não se pode violá-los. Sintetiza-se, com as palavras do autor, que se referindo à questão de que o direito penal não pode se preocupar com a noção global da importância de bens, ensina que o direito penal deve sim estar apto para agir “contra determinadas agressões, e só enquanto objeto dessa proteção é que os bens se tornam visíveis às lentes do Direito, isto é, bens jurídicos”¹⁷². E a partir daí Jakobs adverte que o direito não serve à proteção de bens, mas sim para estruturar as relações entre as pessoas e entre essas e o Estado¹⁷³, protegendo a força que as normas devem ter para estabilização de um verdadeiro sistema jurídico a proteger e regular as relações sociais.

¹⁷¹ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 156. Segue explicando que “O especial valor do conceito de bem jurídico está em que ele realiza esta função em todo os planos de argumentação relevantes para o direito penal: no da interpretação do direito penal e da determinação de suas relações com outros setores do Direito, no do controle de sua compatibilidade com a constituição, em especial com o princípio da proporcionalidade, e também no da discussão político-jurídica”.

¹⁷² JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 210

¹⁷³ “O conceito de “bem jurídico” também não nos fornece uma medida para o juízo de valor necessário nem diz quem deve fazê-lo em definitivo ou ainda quais consequências jurídicas dele decorrem. Isto possui uma explicação muito simples: se algo é denominado de “bem”, a atribuição da qualidade “bem” é o resultado da aplicação de um conjunto de critérios ou parâmetros àquele objeto. Logo, não é o conceito de “bem jurídico” em si que tem o condão de criticar as opções legislativas, mas os critérios intrínsecos a ele que, assim se espera, fazem parte de uma teoria abrangente, como uma teoria sobre a sociedade e o Estado e a posição do indivíduo nesse contexto” (STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico**. op. cit., p 7). Segue o mesmo autor reconhecendo que apesar das diversas imprecisões que diagnostica nos conceitos que tentam delimitar o tema, “Não restam dúvidas de que a *Rechtsgutslehre* é bem-intencionada, baseada numa motivação louvável de ter uma política racional em matérias criminais e de contribuir na elaboração de um direito penal humano e liberal. Não há controvérsia sobre como tais fins são desejáveis, e sim sobre a utilidade da *Rechtsgutslehre* para alcançá-los”.

Portanto, para ele, dizer que o direito penal deva se preocupar com bens jurídicos, significa dizer, no máximo, “que uma pessoa, materializada em seus bens, é protegida das agressões de outra pessoa”¹⁷⁴. E o autor justifica que tal preocupação não se trata de uma diferente forma de sustentar a mesma ideia, pois, caso fosse assim, não se avançaria em nada no debate. O que advoga está justamente na concepção de que os bens jurídicos são irrelevantes ao direito penal porque é apenas a norma que consegue criar obrigações e, portanto, determinar proteção. Nas suas palavras: “O bem se manifesta jurídico-penalmente tão-só como pretensão do titular de que os demais respeitem o bem”¹⁷⁵.

Nesse sentido, Renzikowski, reforçando que a teoria do bem jurídico mostra-se incapaz de cumprir o papel ao qual se propõe (estabelecer limites ao legislador), enfatiza que diante da ausência de padrões concretos a guiar “determinados interesses fáticos que possam ser considerados legitimamente como juridicamente protegidos, qualquer preferência das instancias legislativas é suficiente para produzir bens jurídicos”¹⁷⁶.

Stuckenberg também deduz importante crítica à teoria do bem jurídico, acusando-a daquilo que intitula como “desdém democrático”. Fundamenta que em uma democracia os parlamentares é que são os responsáveis pela composição das leis e não os estudiosos do direito, já que estes não foram eleitos para essa função. Logo, determinar quais interesses da sociedade merecem penas é importante tarefa que está adstrita aos legisladores, que também devem gozar de liberdade para “divagar dentro dos limites estabelecidos pela Constituição”¹⁷⁷. Aos penalistas, então, devem restar os estudos no sentido de que possam desenvolver conceitos mais claros possíveis, o que colaboraria sobremaneira para que pudessem ser concretizados, mas, também ressalta o autor, sem que se perca de vista os espaços de autorização constitucional para os processos de criminalização.

Nessa toada, promovendo importante debate sobre a alegada insuficiência dos parâmetros fornecidos pela teoria do bem jurídico para o direito penal, Roxin rebate as críticas

¹⁷⁴ JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?** op. cit., p. 210.

¹⁷⁵ JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?** op. cit., p. 211. E segue com o seguinte questionamento: “Noutras palavras, jurídico-penalmente o bem não é um objeto externo ou algo similar, mas a norma, enquanto expectativa garantida, e tudo mais seria deveras espantoso: como poderia o Direito, enquanto estrutura da relação entre pessoas, ou seja o Direito enquanto espírito normativo, ser representado por um objeto externo?”

¹⁷⁶ Renzikowski, para enfatizar a crítica quanto à ausência de conteúdo crítico da teoria do bem jurídico, propõe a seguinte questão: “não representa uma ironia da história da teoria do bem jurídico o fato de que um conceito desenvolvido precisamente no positivismo, como é o caso do ‘bem jurídico’, seja atualmente utilizado para limitar o legislador penal por meio de critérios externos?” (RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 39)

¹⁷⁷ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico.** op. cit., p 11.

que especialmente destinam-se à indeterminação de seus conceitos, justificando que as objeções nesse sentido são equivocadas (e refere-se especificamente a Stratenwerth e Frisch), pois suas construções não se destinam a formular conceitos que possam colaborar com essas possíveis variações limitativas, já que promovem conceitos metodológicos para justificar processos de criminalização, aceitando que qualquer finalidade definida pela lei possa ser um bem jurídico. E afirma: “É natural que disso só possa resultar uma definição de alcance indeterminado”¹⁷⁸.

Aliando-se à defesa do bem jurídico enquanto decisivo padrão crítico do direito penal contemporâneo, D’Avila sustenta que o desenvolvimento de justificativas atinentes às possibilidades de corporização desses valores tidos como bens é questão a colaborar decisivamente para reduzir as alegadas abstrações que embasam tantas críticas. Segue o autor a justificar que não pretende negar a característica de valor do bem jurídico, mas sim que se deve pensá-lo a partir de uma “exigência de corporização, deve necessariamente encontrar projeção e concretização no mundo fenomênico, assumindo corpo em realidades suscetíveis de ofensa”¹⁷⁹. Tal situação incorre em que essa possibilidade de concretização torna-se decisiva para seu potencial crítico, haja vista, repisa-se, que um valor por si só analisado não apresenta possibilidade de ofensa, quando, então, se pode também concluir que sem capacidade de ofensa a delimitar o grau de lesão (ou até mesmo a existência dela) não se pode fundamentar um direito penal de bens jurídicos, pois que se a demonstração da ofensa torna-se desnecessária, logo o objetivo de tutela perde razão. Em outras palavras: dizer que se tem um direito penal de bens jurídicos quando não se exige a corporização da lesão ao bem protegido é o mesmo que dizer que não se tem um direito penal de bem jurídico, eis que tudo passa a se justificar independentemente do padrão crítico que se pretendeu criar.

Roxin, então, defende que a delimitação do conceito material de crime, nos termos do que deve ser visto como bem jurídico-penal, apresenta alta relevância e decisivas justificativas ao se levar em conta espaços políticos democráticos e de valorização das liberdades¹⁸⁰, pois exclui sim o moralismo e o excessivo paternalismo do Estado dos interesses de criminalização. Admite que o direito penal deva ter uma espécie de função social, o que provoca que aquilo que esteja para além dessa realidade não possa ser objeto de tutela do

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 244.

¹⁷⁹ D’AVILA, Fábio Roberto. **Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo**. op. cit., p. 20.

¹⁸⁰ “Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos” ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. op. cit., p. 17.

ramo e, materializando sua visão funcionalista, ensina que “A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”¹⁸¹.

Neste ponto vale a ressalva de que apesar de Roxin e Jakobs poderem ser lidos como dois autores a justificar um direito penal funcionalista¹⁸² suas visões acerca das funções que o ramo deve desempenhar, entretanto, apresentam importantes distinções a estabelecer recortes dogmáticos absolutamente inconciliáveis em determinados aspectos, sendo um deles a própria importância do bem jurídico para a teoria do crime.

Assim, pode-se dizer que para Roxin a teoria do delito fundamenta-se político-criminalmente na proteção de bens jurídicos, enquanto “Jakobs toma um caminho diverso e entende por fim do Direito Penal a estabilização do conteúdo da norma. Não se trata de proteção a bens jurídicos, mas manutenção e confirmação da vigência da norma”¹⁸³. É de se consignar que Jakobs não nega referência à categoria bem jurídico, mas lhe atribui diversa posição e conceituação quando lhe define como as próprias expectativas normativas “essenciais à configuração social e estatal frente às violações das normas (...) a proteção de bens jurídicos (na concepção corrente) se constitui em um resultado meramente mediato da função da pena de asseguramento da vigência da norma”¹⁸⁴. Por isso, para Jakobs o crime não pode ser visto como um problema entre dois indivíduos quando um deles agride valores penalmente protegidos do outro, mas sim como “um questionar a ordem jurídica instituída, de maneira que a compreensão do delito deve transcender a concepção intersubjetiva para uma concepção suprassubjetiva e do psicológico para o sociológico”¹⁸⁵.

Para Roxin, de outra monta, o bem jurídico possui, ratifica-se, posição de pedra angular no processo de criminalização, podendo ser definido como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema para esses

¹⁸¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. op. cit., p. 16.

¹⁸² “O funcionalismo é considerado uma nova revolução paradigmática do Direito Penal que não pode ser atribuído a um só autor. Não se pode falar, assim, em apenas um funcionalismo no Direito Penal, sendo diversas as vertentes dessa corrente de pensamento. Entretanto, dois autores são apontados como principais defensores desse paradigma: os alemães Claus Roxin e Günther Jakobs”. (CALLEGARI, André; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da teoria geral do delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 100).

¹⁸³ CALLEGARI, André; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. op. cit., p. 137.

¹⁸⁴ CALLEGARI, André; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. op. cit., p. 137.

¹⁸⁵ CALLEGARI, André; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. op. cit., p. 139.

objetivos”¹⁸⁶. E aqui vale uma importante ressalva feita pelo o próprio autor, que justifica a ideia da proteção incidir não apenas sobre dados reais, já existentes, mas também na busca por finalidades a serem alcançadas, tendo em vista que diversos bens até podem ser criados pelo legislador quando certo que tenham a finalidade de colaborar decisivamente com o desenvolvimento livre e equilibrado da sociedade, como na hipótese dos crimes tributários, por exemplo.

Logo, é a partir dessa definição que o contraponto começa a ganhar corpo e a se estruturar em relação às posições de Jakobs, pois entende ser a partir dessa delimitação de bem jurídico centrada nos valores destinados ao sadio desenvolvimento humano que se pode resistir à possibilidade da criminalização da homossexualidade, por exemplo. E isso porque condutas assim compreendem-se em conteúdo de cunho eminentemente moral, que não guardam relação com a possibilidade de outras pessoas sentirem diminuição no seu espectro de liberdade. Não se é possível, assim, justificar a legitimidade da pena apenas quando parte da sociedade se sinta ofendida em seus valores morais, pois “Não pertence às condições de desenvolvimento da pessoa que ela não seja molestada em suas convicções pessoais de valor moral. Em nossa sociedade pluralista tais perturbações anímicas têm de ser suportadas”¹⁸⁷.

Portanto, partindo-se da premissa da necessidade de um critério que possa de fato vincular o legislador em uma perspectiva de comprometimento com o desenvolvimento humano, reconhecendo-se abstrações, mas entendendo que seus processos cognitivos partem de um ponto determinado, revelando-se passíveis de contorno diante de situações concretas, é de se exortar a necessidade de um direito penal para a proteção subsidiária de bem jurídico, haja vista que uma total renúncia dessa teorização poderia levar a abstrações e conflitos de interesses ainda maiores, descaracterizando as finalidades preconizadas pela virada constitucional de metade do século passado.

Para tanto, valendo-se da doutrina de Prado, importa também justificar a relevância metodológica dos parâmetros do bem jurídico-penal nas funções que desempenha nos variados contextos da teoria do crime. São elas: de garantia, exegética, individualizadora e sistemática¹⁸⁸. A primeira esclarece que o bem jurídico é o conceito a impor limite material às

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. op. cit., p. 19.

¹⁸⁷ Sternberg-Lieben, in: Die rechtsgutstheorie, p. 74 *apud* ROXIN, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. op. cit., p. 245. Roxin segue afirmando que “Tampouco são bens jurídicos os objetos de proteção de grau de abstração impalpável, como a figura da idoneidade para perturbar a paz pública, que aparece em diversos dispositivos penais. Leis penais simbólicas, que são aquelas que, primeiramente, não previnem danos, mas querem demonstrar um compromisso do legislador com determinados valores ou finalidades, não punem lesões a bens jurídicos”.

¹⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 61.

normas penais. É a caracterização de muito do que já foi trabalho até aqui, confirmando-se a noção de que o Estado “não pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais”¹⁸⁹. A segunda função serve como meio para se interpretar os casos concretos a partir do referencial obtido pelo bem jurídico protegido, tornando-se possível identificar se a situação topicamente analisada apresenta relevância penal a partir da noção de ter havido ou não lesão ou perigo de dano ao valor que justifica a intenção criminalizadora. A função individualizadora, por sua vez, justifica os reflexos penais proporcionais ao nível de ofensa ao bem jurídico, enquanto a sistemática tem caráter organizacional, pois serve para a classificação e agrupamento dos tipos conforme o bem protegido. Em outras palavras, serve essa última função como meio de organização da lei penal, tornando-a mais inteligível.¹⁹⁰

O direito penal justifica-se, de fato, como a *ultima ratio* do Estado, face fundamental do princípio da intervenção mínima¹⁹¹, justificando-se tão somente nas hipóteses de reconhecida ofensividade aos bens jurídicos penalmente previstos quando diagnosticado que nenhum outro ramo, com características menos ofensivas, possa tutelar a situação que se julga danosa e/ou perigosa.

E neste ponto vale enfatizar, abordando-se a crítica de Stuckenberg quanto ao caráter antidemocrático da teoria do bem jurídico, a importância de se observar os limites constitucionais oferecidos para os espaços de criminalização. Em estados constitucionalizados, na esteira do já analisado na primeira parte desta pesquisa, quando se tratou de visitar as diferentes formas de organização política até a formação do Estado Socioambiental de Direito, a soberania tem fundamentação democrática e a implementação de condições para que todos possam gozar da situação de cidadão é premente. Sendo assim, é de se conceber que se trata de tema fundamental para os penalistas debater e compreender o alcance dos institutos constitucionais intimamente ligados à fruição de direitos e, conseqüentemente, aos poderes do Estado de limita-los para que seja possível, democraticamente, estabelecer diálogos que se tornem proveitosos quanto à crítica ao

¹⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 62.

¹⁹⁰ Também sobre as funções que deve desempenhar o bem jurídico-penal como critério de criminalização, vide ZAFFARONI, Eugênio Raúl; e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 465.

¹⁹¹ Abordando premissas para um exame de proporcionalidade em matéria penal, Luciano Feldens explica que “(...) o Direito Penal, se contrastado com os demais, é o meio mais valioso de que pode se valer o Estado para restringir as liberdades individuais, na medida em que lhes reserva as restrições mas incisivas. (...) subsidiariedade como diretriz político-criminal, havendo de informar a totalidade da atividade do legislador penal”. (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal. A constituição penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 130)

legislador. Por isso, pensa-se não ser correta a assertiva de que a teoria do bem jurídico deva respeitar incondicionalmente as opções daqueles que compreendam o corpo da legislatura do Estado, pois se é verdade que em um Estado democrático e livre os parlamentares personificam a necessária dialética que conduz à democracia, também é verdade que devem estar intimamente ligados aos espaços constitucionais, justificando neles suas intenções de criminalização.

Logo, partindo-se dos aspectos já delineados como característicos de Estados voltados à valorização dos seres humanos, entendendo-se as Constituições como marcos normativos indispensáveis ao processo de efetivação desses direitos, e reconhecendo-se que muitas vezes evidenciam-se complexas discussões sobre as melhores políticas para se atender os interesses constitucionais, tem-se que os bens jurídicos, confirmando a visão de Roxin, traduzem-se em condições de igualdade, liberdade e fraternidade, delimitando o poder de punir nos moldes daquilo tido como indispensável ao desenvolvimento das pessoas.

Assim, o direito penal parte do chamado conceito pessoal, ao invocar a necessidade de se proteger o cidadão como missão de qualquer ramo estatal¹⁹². Claro que esse ponto apresenta-se bastante estratégico para a pesquisa que se propõe, haja vista que, como analisado no primeiro capítulo, há novas formas de organização política que passam a estabelecer a natureza como sujeito de direitos para além da real demonstração de sua pontual utilidade ao ser humano, como é o caso do novo constitucionalismo latino-americano ao prever o estado de bem viver desde uma referência que pressupõe total integração dos humanos com a *pachamama*. Mas, por ora, ainda pensa-se ser importante fundamentar a justificativa constitucional dos contornos do bem jurídico-penal, até que se possa avançar aos bens supraindividuais e a posterior contextualização do bem ambiental.

2.2 BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

É certo que o direito penal e as normas constitucionais apresentam intrínseca relação, já que “o discurso sobre a legitimação constitucional do Direito Penal é, sobretudo, o discurso acerca de sua adaptação material à Constituição”¹⁹³. Tal ideia provoca a noção, por assim

¹⁹² “Numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar”. (BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal *apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 129)

¹⁹³ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 59.

dizer, de que a existência do direito penal depende absolutamente dos fundamentos e dos limites constantes nos preceitos constitucionais, podendo-se, nesse aspecto, falar-se até mesmo em Constituição Penal como “o conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição as quais compreendem os princípios e regras gerais respeitantes à matéria criminal positivados na ordem constitucional”¹⁹⁴.

Portanto, servem as constituições como referências irrenunciáveis à atividade punitiva do Estado, podendo-se concluir que estão nelas os valores inerentes ao compromisso ético a ser implementado pela organização política e que, reafirma-se, contam com o direito penal como importante ramo a sustentar o caminho de sua instrumentalização.¹⁹⁵

Entretanto, adverte-se, desde já, a fim de se afastar as críticas outrora ressaltadas de que as teorias constitucionais do bem jurídico poderiam fazer com que ele não se justificasse para além das premissas das próprias teorias constitucionais, que “a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de coerência, interação ou efeito recíproco, o que conduz a uma necessária interpretação do Direito Penal conforme a Constituição”¹⁹⁶.

Portanto, os valores tidos como estruturantes das intervenções penais devem ter estreita referência constitucional, estando o legislador vinculado a essa realidade, na esteira de que “o Estado de Direito é mais do que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na ideia de justiça material”¹⁹⁷. Justiça material a dar corpo ao conceito de Estado Material diante da certeza de que esse só poderá ser assim denominado quando instrumentalizar mecanismos de eficácia de seus compromissos éticos, mostrando-se, para além de meras previsões formais sem efetividade jurídica, como corpo político tendente à satisfação dos anseios sociais e democráticos. Neste ponto, Figueiredo inclui importante “pensamento problema”, quando questiona sobre o equilíbrio que devem apresentar a intenção de criminalização para a garantia de direitos com pertinência constitucional com a própria valorização das liberdades, que também tem na Constituição sua justificativa enquanto mote político. E a resposta, embora a concretização da questão de fato corresponda

¹⁹⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 60.

¹⁹⁵ “Para la concepción constitucional actual el Derecho penal no es ya um sistema encerrado em sí mismo, que deba desarrollar sus propios limites. Lo determinante en este sistema son, por el contrario, los preceptos constitucionales em su totalidad”. (BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos em la sociedad de la información. In: Hefendehl, Roland (Ed.). **La Teoría del bien jurídico**. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? op. cit., p. 165)

¹⁹⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 62.

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 66.

a um dos mais complexos obstáculos da justiça criminal, deve ter como referência o fato de que a legalidade (*nullum crimen sine lege*) é uma das mais cruciais garantias a constituir a política criminal de Estados democráticos¹⁹⁸. Assim, pode-se afirmar que todas as intenções de criminalização devem estar necessariamente orientadas teleologicamente com as referências constitucionais, assumindo o legislador os compromissos decorrentes do Estado de Direito e toda a carga axiológica que isso traz consigo nesta modernidade.

E dentro desse norte, enfatizando as funções do bem jurídico antes comentadas, pode-se dizer que a Constituição deve funcionar como limite de garantia ao processo de criminalização quando com suas normas exclui do rol de opções do legislador determinadas condutas. Também permite uma valoração entre os bens a fim de, por meio da proporcionalidade, definir a necessidade de previsão penal, assim como, eventualmente, pode até deixar o legislador sem liberdade quanto à não criminalização.

Quanto à proibição de intervenção penal, quando, então, deve-se operar omissão do legislador em relação aos espaços de liberdade determinados pela Constituição, chama-se a atenção para a crucial importância dos direitos fundamentais. Em situações envolvendo esses direitos deve-se entender que movimentos criminalizadores que possam de alguma forma obscurecer o exercício daqueles valores tidos como fundamentais ao compromisso ético democraticamente estabelecido descaracterizariam por completo todo o fundamento teleológico constitucional, tornando-se real empecilho à efetivação da já comentada justiça material. Seria o contrassenso máximo, em resumo, definir direitos que se entendem irrenunciáveis à tutela da dignidade das pessoas e ao mesmo tempo prever penas para o seu exercício. Por consequência, “na medida em que a atuação do agente venha a situar-se no âmbito de proteção de uma posição jurídica ativa, ou seja, de um direito individual ou coletivo, reconhecido ao cidadão ou à cidadania, estará proscria a intervenção do legislador penal”¹⁹⁹.

Os direitos fundamentais, vale dizer, correspondem à estrutura moral do direito de um Estado, pois delimitam os pontos fundantes das políticas de diversas espécies que, por consequência, acabam restringindo objetivos e encaminhando a sociedade para determinado fim. Correspondem aos princípios que, como já visto na primeira parte da pesquisa, são a expressão do movimento identificado como positivismo-ético, consubstanciando-se no padrão interpretativo das regras para que, ao contrário do positivismo jurídico em seu estágio

¹⁹⁸ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal**. op. cit., p. 26.

¹⁹⁹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 66.

originário, seja dada a possibilidade ao julgador de adaptar os fatos reais às regras positivadas sem que se perca de vista os valores éticos que suportam todo o sistema jurídico-político.

E como marco desse sistema que acaba por vedar a incidência do direito penal, consubstanciando-se num típico limite modal do ramo, tem-se a dignidade da pessoa humana como carro chefe. E aqui, mais uma vez referenciando-se a primeira parte desta pesquisa, é de se lembrar que a virada pela qual passou o constitucionalismo na segunda metade do século passado evidenciou a necessidade de que leis, ainda que produzidas por métodos legalmente previstos, devessem ser tidas como injustas se não tivessem em sua estrutura o respeito ao mínimo existencial necessário aos seres humanos.

Dignidade vista como qualidade a que pode usufruir qualquer ser humano, independentemente de suas posturas políticas, religiosas, sexuais, no sentido de que deve o Estado lhe reconhecer como ente dotado de liberdades e que, por isso, necessita de atenção política para essa garantia.

Sarlet, nesse sentido, ensina que a dignidade faz de qualquer ser humano “merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais”. E complementa indicando que a dignidade assegura às pessoas “as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”²⁰⁰.

Habermas trabalha com a dignidade enquanto uma espécie de “sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática - isto é, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política têm de se conceder a si mesmos”²⁰¹. Com isso justifica que viver com dignidade impescinde de regras que garantam que os indivíduos possam se respeitar em um espectro comunitário pautado por liberdades de condições políticas e sociais permeadas por igualdade. A dignidade humana, portanto, redimensiona a expressão cidadão, dando-lhe conteúdo material e invoca específicos cuidados.

Nesse sentido, a partir da filosofia kantiana, importante assentar que sob um postulado ético a dignidade é característica básica de todo ser humano, pois “todo ser racional existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”²⁰². Constitui-se o ser humano, assim, em fim a ser alcançado

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: Unesp, 2012, p. 12.

²⁰² KANT, Immanuel. **Fundamentos para a Metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005, p. 33.

também por meio das garantias legais de sua dignidade. E essa visão marcante do pensamento de Kant tem especial relação com o direito penal quando se conclui que as previsões de tipos penais se relacionam para além da reprovação do indivíduo agressor, também com a prevenção.

Mas, acentuando-se a visão aqui se pretende alcançar com a dignidade humana, ainda que se reconheça a importância deste princípio para a limitação de praticamente todos os institutos de direitos penal a instrumentalizarem o tratamento penal dado às pessoas que forem postas sob a força do ramo, ratifica-se que a carga axiológica enfatizada evidencia-se nas balizas a limitarem os processos de criminalização. Logo, dignidade humana vista enquanto importante critério de (não) escolha de condutas para tipificação.

Outro decisivo princípio a indicar atividade estatal criminalizadora proscria encontra-se na intervenção mínima. Desse extrai-se que o direito penal apenas deve atuar diante de bens tidos como “imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais severas restrições aos direitos fundamentais”²⁰³. É de se dizer que a intervenção mínima não tem expressa previsão no ordenamento constitucional brasileiro, por exemplo, entretanto, “impõem-se ele ao legislador e ao interprete da lei como um daqueles princípios que possui compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais dotados de positividade”²⁰⁴, sendo dele possível ler o direito penal como *ultima ratio* e também como fragmentário. Fragmentariedade essa definida tendo-se em vista a necessidade de atuação penal diante de caso concreto quando, a partir de determinados elementos, for considerada desproporcional a resposta penal²⁰⁵.²⁰⁶

A fragmentariedade, assim, leva em conta para a efetiva atuação da justiça penal as formas de ofensa e os resultados causados pela conduta, o que serve de filtro a selecionar apenas os casos mais graves de ataques a bens jurídicos, não se evidenciando proporcional a criminalização de qualquer forma de ataque ao bem jurídico, mesmo que com dignidade

²⁰³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. op. cit., p. 86.

²⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 83.

²⁰⁵ Nilo Batista, referenciando Bricola, tem a fragmentariedade como “oposição ‘a uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção, seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa’”. (BRICOLA, Franco. *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*. 1984, p. 14 apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 84)

²⁰⁶ “Ora, se a intervenção penal deve ser mínima, segundo uma valoração racional quanto à importância e à necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, é preciso, então, que o universo das incriminações somente incida de modo fragmentário, isto é, sobre apenas alguns daqueles bens (jurídicos). E não só, que incida apenas quando se tratar de danos de maior gravidade, na medida em que a própria intervenção penal é também, por ela mesma, igualmente grave”. (PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. op. cit., p. 88)

penal. O que não se deve confundir com outro importante princípio, o da insignificância, caracterizado pela lesão que não se mostra relevante a ponto de invocar os reflexos penais. Nesses casos tem-se que a conduta, ainda que formalmente típica, pois praticada nos moldes da previsão legal, não entra no escopo de proteção idealizado pelo tipo abstratamente imaginado, eis que não lesiona ou põe em perigo o bem de modo significativo, restando, assim, atípica sob o ponto de vista material²⁰⁷.

Em sequência, também o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos exerce, por lógico, acentuada atividade restritiva na escolha das condutas a serem criminalizadas por parte do Estado. E essa questão, neste ponto, coloca-se como problema e resposta ao mesmo tempo. É assim porque se se está a reconhecer os princípios constitucionais que exercem força impeditiva de criminalização, constituindo os chamados espaços de liberdade, partindo-se da premissa de que é legítima a atuação apenas quando pautada na proteção de bens jurídicos, poderia tratar-se de redundância teórica alocar a questão aqui novamente. O ponto, entretanto, que faz a questão merecer aqui destaque centra-se na já comentada exigência que esse princípio gera no sentido da ofensividade. “O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos abrange, portanto, a ideia de ofensividade ou lesividade, visto que esta última é conata ao delito que necessariamente há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem”²⁰⁸. Ou seja, deve-se ter também a ofensividade como importante princípio decorrente das normas constitucionais como decisiva questão a ser enfrentada na legitimação das incriminações, eis que, ratifica-se, a se considerar um sistema de proteção subsidiária de bens jurídicos, “a conduta, para que adquira o que os penalistas denominam dignidade penal, haveria de retratar uma hipótese de ofensa (dano ou perigo) a um bem, interesse ou direito alheio”²⁰⁹.

Cientes desses ditos princípios é também de se ressaltar que há, para além desses valores genéricos a orientar diversas questões, outras vedações constitucionais que se mostram incisivas em determinados pontos, retirando qualquer possibilidade escolha do legislador. É o que acontece, por exemplo, no art. 3^a, IV, da Constituição federal do Brasil, quando se tem previsto que a igualdade entre os cidadãos é afirmada, assim como encontram-

²⁰⁷ “Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidade es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid; Civitas, 1997, p. 66.)

²⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. op. cit., p. 84.

²⁰⁹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 67.

se vedadas quaisquer formas de preconceitos que se originem em questões de raça, sexo, cor, idade, entre outras formas de discriminação.²¹⁰

Vistos princípios que vedam a atuação penal, e a importância que têm os seus reflexos para os espaços onde o legislador e a atividade judicial devem respeitar os espaços de liberdade dos indivíduos, outra questão ganha proporcional importância: se é verdade que as constituições têm espaços de liberdades que não podem ser ocupados por normas incriminadoras, também é de se reconhecer, de outro norte, que há importante liberdade conferidas ao legislador para que, instrumentalizando a democracia e os poderes que lhes são inerentes dessa função, opte por invocar ou não a proteção penal na defesa de bens jurídicos. O ponto do debate está focado aqui numa espécie de autorização que recebe o legislador para a criação de tipos, permissão essa que deve, logicamente, seguir os parâmetros necessários de atenção aos preceitos que compõem os complexos modelos políticos de garantias determinados pela implementação dos direitos humanos nas pautas políticas.

E essas autorizações não podem ser interpretadas, bom que se repise, apenas em razão de o bem ter qualquer sustento constitucional, assim como em razão de não existir vedação tácita ou expressa para a atuação penal no sentido pretendido. Ou seja, o legislador não pode criminalizar condutas apenas por não haver barreira expressa no texto constitucional frente ao que imagina necessário, e nem deve agir apenas por constatar resguardo constitucional quanto ao bem que pretende proteger. E assim deve ser em razão de que as constituições podem ter diversos temas abordados em seus textos, questões que por motivos diversos das intenções penais se justifiquem presentes na norma constitucional para atender fins políticos de outras ordens. Imaginar que só porque o constituinte levou determinado bem ao Texto Maior se terá a respectiva necessidade da atividade penal é descumprir o próprio fim político que os estados com tradição romano-germânica, em linhas gerais, assumiram no segundo pós-guerra.

É aqui que as já comentadas fragmentariedade e também a subsidiariedade justificam seus espaços de incidência²¹¹, determinando que a noção de correspondência constitucional do

²¹⁰ “(...) a Corte Constitucional italiana, tendo por base a aplicação do princípio da igualdade dos cidadãos sem discriminação de religião, declarou a inconstitucionalidade do art. 402 do Código Penal, o qual punia o vilipêndio tão somente da religião católica, evocada da fórmula religione dello Stato. Também sob essa perspectiva, e dentre outras razões, estaria vedada a criminalização do homossexualismo” (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal.** A Constituição penal. op. cit., p. 66). Mais uma vez Roxin a sustentar o argumentado, quando sustenta: “(...) é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos. A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da igualdade, respectivamente. Esses dois princípios estão contidos na Constituição alemã e são também reconhecidos internacionalmente, isto é, obrigam o legislador”. (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** op. cit., p. 20)

bem jurídico com o direito penal seja confirmada a depender do bem a que se quer tutelar (*ultima ratio*) e da forma de tutela que se imagina pertinente quanto a ele (fragmentariedade). A subsidiariedade, nesse sentido, refere-se à necessidade de tutela penal, também tida como carência de proteção penal nas palavras de Figueiredo Dias, e evidencia que a agressão a um bem jurídico por si só não é suficiente para a intervenção penal, “antes se requerendo que seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”²¹².

Trata-se de uma implicação do princípio constitucional da proporcionalidade, tido, nas palavras de Sarmiento, como um dos mais importantes mecanismos de hermenêutica constitucional, que tem como função “a contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos”. Destaca-se a proporcionalidade como umas decisivas técnicas a instrumentalizar as dificuldades de concretização da inserção dos aspectos morais no ambiente jurídico com a chegada do positivismo ético (já comentado), apresentando-se, assim, como “verdadeiro cânone de interpretação da Constituição, sendo empregada no equacionamento de colisões entre normas constitucionais, no contexto da ponderação de interesses”²¹³, cabendo, portanto, nas exatas características da relação jurídica estabelecida entre as normas constitucionais e o direito penal, haja vista que este fornece, num espectro das consequências legais em um Estado de Direito, respostas inegavelmente atentatórias ao direito individual tido como base dos estados contemporâneos: a liberdade.

Portanto, é de se concluir que quando não se identificar proporcionalidade entre o bem jurídico que se pretende proteger e as consequências atentatórias ao direito de liberdade trazidas pelo direito penal por meio de suas penas, haverá violação da subsidiariedade, averiguada por critérios hermenêutico-constitucionais de proporcionalidade (por meio de subprincípios como a adequação e a necessidade), o que configurará excesso de atuação estatal e evidenciará a necessidade de adoção de outros meios de controle. Em síntese, a conduta estatal apenas cumpre sua função de assim proceder conforme a proporcionalidade

²¹¹ “A análise quanto a um efetivo respaldo da Constituição para a penalização deve sempre tomar em conta a liberdade afetada, observada a adequação e a necessidade (proporcionalidade em sentido amplo) da intervenção jurídico-penal, por definição fragmentária e subsidiária”. (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 69)

²¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. op. cit., 128.

²¹³ SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 382. Ainda nas lições de Sarmiento, é de ressaltar que “No cenário brasileiro, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade vem ocorrendo após o advento da Constituição de 88, sob forte influência da teoria constitucional germânica. (...) Na Constituição de 88, não existe previsão expressa do princípio da proporcionalidade. O STF tem fundamentado o princípio — tratado pela Corte como idêntico ao princípio da razoabilidade — na cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva (art. 5º, XXXIV, CF)”.

quando preenchidas duas condições: intervenção idônea e necessária para um determinado fim, operando-se, para tanto, meios adequados.

Ainda dentro desse ponto, outra questão a suscitar decisiva importância reside na interrogação sobre ser a Constituição o exclusivo referencial a ser adotado pelo legislador. Figueiredo Dias defende que entre a ordem constitucional e as previsões jurídico-penais há de existir “relação de mútua referência”, quando justifica que essa conexão ocorra sob um prisma de “analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir quadro obrigatório de referência (...)”²¹⁴. Ademais, sintetiza o autor que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações de valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica”. E esse processo, atrelado ainda à subsidiariedade, pode-se dizer que redundava na chamada dignidade penal dos bens com suporte constitucional, fazendo nascer a autorização para que haja sua reverberação no direito penal, o que resulta no aparecimento do específico termo “bem jurídico-penal”.

Nessa toada, Feldens analisa posições bastante críticas quanto à seleção de bens jurídico-penais se darem apenas com estrita vinculação constitucional, argumentos que se estruturam (a) sobre a alegada dificuldade de se concretizar um bem com características penais a partir do fato de que as previsões constitucionais apresentam possibilidades variadas de interpretação e instrumentalização; e (b) acerca de que, paradoxalmente, condicionando as normas constitucionais a ponto de se tê-las como referentes exclusivos, “se desprezaria o princípio do pluralismo político e a separação de poderes, de modo a conferir ao bem jurídico, em consequência, um caráter estático”²¹⁵.

O contraponto começa a ganhar razão quando se ressalta que a dita abertura das normas constitucionais justifica-se precisamente na intenção de se privilegiar o mesmo pluralismo jurídico tido como argumento de ataque. Imaginando-se que textos constitucionais lançam-se ao futuro, dotados de numerosa e complexa carga principiológica justamente para atender demandas e problemas ainda não imaginados, quando vinculam normativamente o horizonte para garantir a impossibilidade de retrocessos acerca de pontos demasiadamente importantes ao seio social (estabelecendo pontos de não retorno e instrumentalizando o princípio de direitos humanos da vedação ao retrocesso), é certo que se ter noções acerca de objetivos éticos é essencial e balizador da atividade penal. Assim, permite-se também ao

²¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. op. cit., 120.

²¹⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 71.

legislador, conforme a perspectiva histórica e a realidade social de cada comunidade, escolher as formas de criminalização que entende indispensáveis, desde que protetoras de bens com sensível conotação constitucional, ainda que, na esteira de Figueiredo Dias, apenas implicitamente lidos²¹⁶.

Logo, a natural abertura das normas constitucionais não pode ser vista como fator a confundir o legislador na escolha dos bens jurídicos a tutelar penalmente, eis que, como antes dito, permite a atuação democrática do parlamento, com a liberdade política típica das democracias, para atender, conforme a subsidiariedade e a fragmentariedade, as necessidades prementes que decorram das diferentes formas de tutela que podem ser escolhidas a depender do momento político e das mudanças sociais diagnosticadas. Ademais não representa a vinculação constitucional uma injustificada limitação do legislador quando não permite qualquer intento criminalizador, pois é necessário se ter como pressuposto que o direito penal das democracias deve necessariamente, a todo tempo, conviver com a realidade de que só pode atuar quando legitimado em função de métodos claros e que, logicamente, permitam a dialética a consubstanciar-se de modo eminentemente crítico.²¹⁷

Na sequência, após analisar os espaços permitidos e aqueles proibidos ao direito penal quanto às orientações emanadas das constituições, há que se reconhecer que também existem imposições para que atue. São os casos dos típicos mandados de tutela penal, evidenciando aquilo que se pode identificar como intervenção constitucional necessária, e que encontram razão na chamada teoria dos deveres de proteção. A constituição, nesses casos, torna-se o próprio e decisivo fundamento da necessária justificativa das incriminações.

A esse respeito, Figueiredo Dias trabalha que, ao contrário do que ocorre com os chamados bens constitucionais implícitos, frente os quais a tutela penal terá que se justificar por meio de suas próprias técnicas, aqui “tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por

²¹⁶ “Por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que preexiste ao ordenamento jurídico-penal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. op. cit., 120).

²¹⁷ Nesse sentido, também Prado se posiciona, afirmando que “(...) não se propugna o engessamento do legislador infraconstitucional no estabelecimento (elaboração e conformação) da proteção penal constitucionalmente determinada, como erroneamente se afirma. Tem-se claro, nesse sentido, que a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um dever de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos, não retira daquele a sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização – como se enfatizou anteriormente – e, sobretudo, quando à definição das condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, de um modo certo e taxativo, em atenção aos princípios penais fundamentais. Dessa forma, não há que se falar em engessamento do legislador infraconstitucional ou, tampouco, em contrariedade aos postulados do Direito Penal mínimo”. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. op. cit., p. 144)

omissão”²¹⁸. Adverte também que apesar de a imposição constitucional, deve-se reconhecer que é dado ao legislador a possibilidade de selecionar formas de ofensa que melhor se adaptem à proteção determinada. Trata-se, em outras palavras, de uma reconhecida liberdade que lhe é resguardada para que possa atuar na escolha das condutas que devam ser criminalizadas na intenção de proteger os bens em relação aos quais a Constituição obriga a tutela. Ademais, tal liberdade também se materializa na apuração das respectivas sanções que devem ser reconhecidas como pertinentes e proporcionais a cada conduta tida como indispensável no processo de criminalização.

É de se frisar que diversos textos constitucionais trabalham com mandamentos de criminalização, conforme se constata das redações das constituições italiana, alemã, francesa, portuguesa e espanhola, por exemplo.

Especificamente quanto à Constituição brasileira de 1988 merece destaque o art. 5º, XLI, que enfatiza que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, mandamento bastante aberto, nos moldes dessa característica já discutida acima e que determina enfaticamente que o legislador tome providencias penais nesse sentido. Segue o texto constitucional brasileiro ao prever expressamente a necessidade de proteção penal do racismo no inciso XLII, quando não permite escolha ao legislador ao impor que “a prática do racismo constitui crime”. E, fechando esta questão, ainda é desse ressaltar que a Constituição nacional também resolveu estabelecer que constitui um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.²¹⁹

Outro mandamento constitucional de incriminação encontra-se no inciso XLIII do art. 5º, onde consta que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”, impondo ainda que “por eles respondendo os mandantes,

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. op. cit., 129.

²¹⁹ “A determinação constitucional de criminalização da prática do racismo veicula, assim, um nítido propósito protetivo daquele direito que, haja vista sua transcendência, mereceu incorporação constitucional: o direito fundamental a não ser discriminado em razão de raça. Sob tal perspectiva, revelam-se odiosas todas as formas de discriminação pautadas nas características conformadoras da condição humana, sejam históricas ou biológicas. Essa garantia foi implementada pela Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Posteriormente, a Lei nº 9.459/97, ampliou o objeto da tutela, fazendo inserir, no âmbito da proteção da lei, discriminações atentatórias à etnia, religião ou procedência nacional, com similares implicações sobre o art. 140, §3º do CP”. (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 76)

os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Da mesma forma ocorre com os incisos XLIV do art. 5º²²⁰, X do art. 7º²²¹ e do §4º do art. 227²²².

Especial destaque merece a previsão do §3º do art. 225, que dispõe que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. E por conta desse mandamento é que se incorporou à legislação brasileira a Lei 9.605/98, que operacionalizando a tutela penal do meio ambiente, para além das polêmicas dogmáticas sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, serve de instrumento à efetivação do bem ambiental descrito pela Constituição no *caput* do mesmo art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Fundamental ressaltar que o ambiente e enquadra como bem jurídico de natureza supraindividual, categoria que será melhor definida à frente, ainda neste capítulo. Já quanto aos contornos do bem jurídico-penal ambiental, importante sublinhar que serão tratados na terceira e última parte desta pesquisa, eis que configuram o ponto central da temática estudada.

As determinações constitucionais de atuação, como se é possível concluir, não preenchem os requisitos necessários à pronta efetividade do ideal criminalizador, reservando apenas o bem jurídico que deverá gozar de tutela penal. Torna-se necessário, portanto, que a lei assuma decisivo papel ao estabelecer os limites das condutas que provocarão imposição de penas, o assumindo o legislador conduta positiva por conta do mando constitucional, quando serão definidos os elementos objetivos e subjetivos que formarão os tipos para que se possa, de fato, dar efetividade à ordem positivada pelo constituinte.

E tal situação, quanto à realidade brasileira, é facilmente extraída de outra norma constitucional: O art. 5º, XXXIX, estabelece os contornos do denominado princípio da legalidade e, assim, define ser imprescindível para qualquer tratamento penal idealizado pelo Estado que se opere uma união da reserva legal com a anterioridade: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, interpretada a legalidade como clara limitação do poder estatal, por meio da qual se assegura aos cidadãos a

²²⁰ “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

²²¹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

²²² “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

plena garantia e juridicidade aos direitos fundamentais, importa ressaltar que essas características decorrem do cenário neoconstitucional que, como já visto, se instaurou a partir do segundo pós-guerra.²²³

Portanto, pode-se concluir que uma das principais missões do princípio da legalidade encontra-se centrada na proibição de se confeccionar incriminações vagas, indeterminadas e imprecisas, visto que, na eleição dos elementos objetivos do tipo penal incriminador é fundamental a existência de definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, por consequência, a criação de tipos que contenham conceitos vagos e imprecisos.²²⁴

Consequentemente, num Estado de legalidade, há total liberdade ao cidadão para a prática de condutas que não tenham sido previstas pelo legislador nos moldes necessários para as incriminações, salientando-se que “A lei é, pois, fonte exclusiva do Direito Penal incriminador, o que leva a considerar que as normas constitucionais que impõem a criminalização de determinadas condutas não são dotadas de eficácia *per se*”²²⁵.

Aqui também vale enfatizar a preocupação que deve ter o legislador, quando do cumprimento da imposição constitucional de criminalizar, de atender ao princípio da proibição da proteção deficiente, que decorre de uma das formas de entender a proporcionalidade, quando se constata a necessidade de atuação positiva do Estado para a satisfação dos direitos fundamentais²²⁶. Pode-se dizer que tal princípio decorre do fato de que após o aparecimento do Estado Social, “o Estado deixou de ser concebido como um mero

²²³ Além da previsão constitucional, a legalidade, por ser consequência de um movimento de humanismo jurídico, também consta expressamente no art. 11, 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e também no art. 22 do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

²²⁴ Pode-se dizer que o princípio da legalidade desdobra-se nos postulados da reserva legal, da taxatividade e da irretroatividade. O primeiro não permite o uso de analogia como fonte do direito penal; o segundo estabelece que as leis sejam claras, certas e precisas, a fim de reduzir o grau de discricionariedade do juiz; o último exige a atualidade da lei, impondo que seja aplicada apenas a fatos ocorridos depois de sua vigência.

²²⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 82.

²²⁶ Sarmento também comenta que a necessidade de atuação positiva do direito penal já foi enfrentada pela Suprema Corte brasileira quando “A Corte empregou esta faceta do princípio da proporcionalidade em julgamento em que se discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. Foi rejeitada, no caso, a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, aludiu-se a ideia de um “garantismo positivo”, que obrigaria o Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, que atentassem gravemente contra bens jurídicos relevantes, como aquela ocorrida no caso. De acordo com o voto, se o garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 393)

adversário dos direitos, que deveria ser limitado ao máximo, em proveito da liberdade individual, como se afirmava no contexto do liberalismo burguês”²²⁷.

Por conta da proibição da proteção deficiente é dada ao Estado também a função de atuar positivamente no sentido de preservar direitos, devendo o direito penal, enquanto ramo necessário e previsto pelo Texto Maior como mecanismo indispensável nessa missão, encontrar os melhores e mais adequados instrumentos dogmáticos para que se atenda à ordem constitucional de tutela, sem que se olvide em perceber que a atividade penal deve sempre encontrar equilíbrio sob pena de outros preceitos, também constitucionais, restarem consideravelmente ofendidos, isso no intuito de agir no sentido de outro importante princípio: a proibição de excesso.²²⁸ A busca pelo equilíbrio na laboração penal frente a garantia da liberdade enquanto direito fundamental de qualquer ordem política que tenha assumido o compromisso com a dignidade humana é, portanto, uma das preocupações perenes daqueles que das Ciências Criminais se ocupam.

Ainda com relação a obrigação de criminalizar, outro ponto importante pode ser identificado quanto à possibilidade daquilo que se pode nomear de obrigações constitucionais implícitas. Neste ponto extrai-se de doutrina de Figueiredo Dias a enfática conclusão de que “não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização”, pois quando “inexistirem injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização”.²²⁹

De outro ponto, Feldens sustenta a possibilidade de mandatos constitucionais tácitos de penalização e assim o faz a partir da conclusão de que se o constituinte fez previsão de tutela penal sobre determinado bem acaba tornando necessária também a proteção em relação a outros que, sob pena de ofensa à proporcionalidade, apresentam-se numa análise axiológica de igualdade ou inferioridade. É o caso da situação do art. 7º, X, da Constituição brasileira, pois quando determina o Texto que haja criminalização do empregador que agir retendo dolosamente a Carteira de Trabalho do empregado acaba infringindo a conclusão de

²²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. op. cit., p. 392.

²²⁸ “(...) la clausula de Estado de Derecho, em conjunción com los derechos fundamentales, sienta limites a la potestade estatal de limitar la libertad mediante la definición de ciertas conductas como delito: em tanto parte integrante del ordenamento protector estatal, el Derecho penal tiene como única función servir a la evitación de conductas socialmente dñinas que dificultan de manera relevante la vida em común. De otro modo, la reacción estatal sería desproporcionada al perjuicio causado por la criminalización”. (STERNBERG-LIBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In: Hefendehl, Roland (Ed.). **La Teoría del bien jurídico**. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? op. cit., p. 107.

²²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. op. cit., 129.

que também sobre o bem jurídico vida há que se instrumentalizar proteção penal, apesar de a redação constitucional nada mencionar quanto a obrigação de proteção penal deste²³⁰.

²³⁰ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A Constituição penal. op. cit., p. 95.

3 A LEGITIMIDADE DAS INCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS

É certo que desde a redefinição dos meios de produção a partir das revoluções industriais, já exaltadas na primeira parte desta pesquisa, diversas questões intrinsecamente ligadas ao modo de vida das comunidades foram drasticamente alteradas. Em variadas áreas pode-se dizer que as inovações tecnológicas provenientes dos estudos para se otimizar a atividade industrial iniciaram novos processos para o estabelecimento de políticas destinadas ao conhecimento e ao controle de novos problemas a ameaçar a vida em sociedade, agora oriundos de decisões racionais tomadas pelos seus próprios membros sob o pretexto da necessária evolução. Repisa-se com esta introdução que se está a falar do movimento identificado como sociedade de risco, também denominada reflexiva, quando as sociedades foram postas frente a frente com os resultados danosos, até então desconhecidos, dos seus próprios processos evolutivos.

Meios de maximização da exploração de matrizes energéticas para aumento da produção industrial, questões de segurança alimentar, bélica, informática, informacional, dentre outros decisivos temas oriundos dessa nova realidade, expuseram diversas fragilidades das ciências jurídicas para a prevenção, contorno e solução de problemas emanados desses novos tempos. E nesse contexto, o meio ambiente natural apresenta-se como um dos principais tópicos a ser analisado, visto que de diferentes formas foi, e vem sendo, drasticamente alterado e suprimido, o que tem forçado uma constante reanálise acerca de sua necessária proteção normativa.

Nesse cenário, o direito, instrumento que dá conteúdo à estrutura política das soberanias, que estabelece formas e mecanismos de alcance dos objetivos traçados por políticas de administração dos interesses éticos declinados nas constituições, viu-se chamado a novos desafios metodológicos, tantos que até mesmo se permitiu questionamentos acerca de suas próprias estruturas dogmáticas. O direito, em suas várias áreas de atuação, por consequência natural das alterações sociais implementadas pelas novas ordens mundiais²³¹, teve de se redimensionar (e busca constantemente novos parâmetros), revisitando conceitos e formar novas estruturas, tudo em função do fato que revela que suas clássicas visões passaram a mostrar incompatibilidade com alguns dos contemporâneos objetivos sociais. E isso porque,

²³¹ Ainda que, conforme Kissenger, “Jamais existiu uma ‘ordem mundial’ que fosse verdadeiramente global. A ordem que conhecemos hoje foi concebida na Europa Ocidental há quase quatro séculos numa conferência de paz realizada na região alemã de Vestfália, sem o envolvimento ou sequer o conhecimento da maioria dos outros continentes ou civilizações”. (KISSENGER, Henry. **Ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, p. 13)

na esteira de Miguel Reale, “O Direito é uma projeção do espírito, assim como é momento de vida espiritual toda experiência ética”²³².²³³

Especificamente ao que interessa a esta pesquisa, no intuito de delimitar as intersecções desta questão com o direito penal, os problemas podem ser estabelecidos de pronto quanto a própria legitimidade da proteção penal. Conforme visto no segundo capítulo, os critérios a justificar as criminalizações em uma perspectiva histórico-normativa foram absolutamente reavivados após os movimentos de secularização, quando se estabeleceram novos padrões críticos sobre a proteção dos direitos individuais e, por consequência, do contrato social.

Enfatiza-se que sob esse processo evolutivo a compreensão de direito penal como mecanismo de proteção subsidiária de bens jurídicos pode ser tida como uma das maiores heranças da revolução liberal, o que, ao mesmo tempo que representa decisiva limitação do poder punitivo estatal em espaços políticos de valorização das variadas formas de liberdades humanas, também promove entraves à processos de criminalização que tenham valores supraindividuais como objetivo. Um direito penal estruturado sobre padrões críticos de proteção de bens individuais encontra naturais barreiras quando se posta a oferecer também proteção a bens de titularidade difusa.

O meio ambiente, conforme toda sua importância a permitir o desenvolvimento sadio e digno do próprio ser humano, não se travando neste momento discussões sobre os diferentes comportamentos éticos a (re)dimensionar a importância que tem (o que se fará a frente), representa um desses espaços de legítima preocupação penal, quando se torna necessário discutir de que forma os valores ambientais necessitam ser compreendidos para que possam ser admitidos num espaço de discursividade penal.

A mais, dentro do contexto político-jurídico brasileiro, conforme já mencionado no capítulo anterior, é de se ressaltar que a Constituição Federal, no art. 225, §3º, define o meio ambiente como bem jurídico a invocar necessária proteção penal, questão que, sob olhar estritamente positivista, até afastaria do tema discussões acerca dos processos de justificação da subsidiariedade, mas que ainda assim permite outros decisivos debates para a definição do modo fragmentário por meio do qual se deve implementar a construção dos respectivos tipos penais.

²³² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 700.

²³³ “Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, com uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos”. (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. op. cit. p. 701).

Logo, tendo sido oferecidas até este ponto da pesquisa bases para a compreensão sobre a necessidade da formação de um Estado Socioambiental de Direito, assim como elementos para que seja possível compreender a teoria do bem jurídico-penal como caminho de importância singular no controle acerca do poder punitivo do Estado, chega-se ao nível no qual se evidencia necessário conhecer os contornos a delimitar as possibilidades de admissão dentro desse contexto de bens jurídicos supraindividuais, sem que se perca a essência da teoria e seu papel quanto às garantias. Isso para que, após, possa-se trabalhar com as concepções de meio ambiente e as teorias que lhe permitem proteção jurídica para além ou nos exatos limites de sua utilidade para o ser humano.

Importante frisar que definir o bem jurídico-penal ambiental é revisitar as estruturas da própria teoria que lhe dá suporte, quando se é possível discutir as necessárias adaptações a partir de compreensões que (re)dimensionem a importância dos temas ambientais no dia a dia dos seres humanos e o papel ético desses na proteção da fauna e flora para além de suas utilidades imediatas às necessidades das pessoas.

A proteção penal do meio ambiente, fundamental asseverar, possui o desafio de valorizar e prevenir as diferentes dimensões que revelam a importância da natureza, sem que deixe de respeitar, de outro ponto, as conquistas de um direito penal democrático cunhado como vitória de movimentos pela valorização das liberdades individuais. É por isso que faz parte desse processo que as normas destinadas à criminalização, imputação e sanção de condutas contra o meio ambiente estejam intimamente centradas na obediência da fragmentariedade (quando se justifica o bem jurídico-penal), do necessário estabelecimento da culpabilidade como mecanismo a evitar a responsabilidade penal objetiva, e da proporcionalidade a permitir penas equivalentes e equilibradas no contexto sistemático dos tipos.

3.1 REFERENCIAIS ÉTICOS PARA A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

É chegado o momento de trabalhar com as principais correntes éticas dentro da temática ambiental, movimentos que contribuíram de modo decisivo para o estabelecimento de categorias ligadas ao direito do meio ambiente, o que se mostra metodologicamente importante para este trabalho. A partir do instante no qual se pretende analisar padrões instrumentalizadores das balizas do bem jurídico-penal ambiental torna-se fundamental ter em mente os principais contornos das teorias que culminaram com um novo pensar ecológico,

que promoveram reflexões acerca da necessária e efetiva inserção do ser humano como parte integrante e indissociável da natureza. Isso, enfatiza-se, porque grande parte da legitimidade das incriminações deve levar em conta o interesse social despertado para o tema.

No primeiro capítulo desta pesquisa houve a preocupação em demonstrar o processo evolutivo normativo da formação de Estados que passaram a incluir em seus objetivos políticos a tutela das questões ambientais. A formação dos chamados Estados Socioambientais de Direito, ratifica-se, é conquista bastante importante no sentido da garantia de condições sustentáveis e sadias de vida para os seres humanos e também para a manutenção dos ecossistemas compreendidos autonomamente em suas complexidades biológicas, também tidos como indispensáveis para a viabilização das gerações futuras.

Nessa esteira, deve-se ter em vista que a contemporaneidade passa por momento chave quanto à adoção de estratégias voltadas ao meio ambiente, pois tornam-se necessárias novas bases epistemológicas que, a partir de um senso ético ecologizado, possam reorganizar as formas do pensar frente os problemas e as ameaças causados em nome das transformações compreendidas com objetivo no progresso²³⁴. E essa é a questão central no debate ambiental, pois para além da criação de mecanismos formais (políticos) destinados à tutela do meio ambiente, é indispensável que os seres humanos cheguem à conclusão de que as crises ecológicas devem servir como desencadeadores de um padrão ético a provocar a normalização de uma cultura de proteção e manutenção do meio ambiente, redefinindo-se a noção que os indivíduos têm como parte integrante do meio ambiente natural.

Em busca de conceitos a organizar a análise crítica do bem jurídico-penal ambiental, é de se asseverar que os debates sobre as diversas questões que surgem da discussão sobre o meio ambiente compreendem espaços em relação aos quais muitas vezes a própria ciência encontra demasiada dificuldade em atuar por conta dos referenciais epistemológicos ordinários não se encaixarem neste contexto quando não se mostram aptos a resolver os problemas apresentados diante de suas cruciais peculiaridades. Fala-se especificamente da dificuldade que os padrões científicos de ordem cartesiana²³⁵, que revolucionaram a forma de

²³⁴ “(...) o progresso científico por si só, ou seja, a criação ou mesmo aprimoramento técnico-científico não nos transporta automaticamente para um novo estágio de evolução moral e bem-estar existencial (individual, social e ecológico)”. (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 117).

²³⁵ “René Descartes criou o método de pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir da propriedade de suas partes. Descartes baseou sua concepção da natureza na divisão fundamental de dois domínios independentes e separados – o da mente e o da matéria. O universo material, incluindo os organismos vivos, era uma máquina para descartes, e poderia, em princípio, ser entendido completamente analisando-o em termos de suas menores partes”. (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Uma compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 35)

pensar a partir do século XVI, demonstram em trabalhar com as noções e fundamentos que se interseccionam em matéria ambiental. A natureza, um sistema vivo, apresenta variáveis incalculáveis sob as experiências científicas tradicionais e se organiza e se redefine por meio de relações versáteis entre as inúmeras formas de vida que mitigam ordem e desordem no mesmo contexto em busca de equilíbrio²³⁶.

Para enfrentar esse cenário, é importante recordar que a compreensão do ser humano acerca das coisas da natureza encerra uma das questões perenes do pensamento, conforme metodologicamente trabalha Baumer ao abordar a história das ideias por meio de assuntos que compuseram e, na sua óptica, sempre irão compor, os interesses fundamentais das pessoas (natureza, Deus, homem, história e sociedade). Ensina que “Como resultado sobretudo do crescimento da ciência, o quadro da Natureza mudou drasticamente, pelo menos três vezes, desde a época de Galileu”²³⁷, isso porque de uma compreensão aristotélica-cristã, com viés muito mais simbólico do que prático, foi-se em direção às leis newtonianas e, depois, às formas desenvolvidas pela revolução científica do século XX. Baumer sustenta que “a tendência principal foi no sentido de um quadro cada vez mais matemático e abstracto, compreensível talvez apenas para cientistas e computadores”. A ideia do ser humano era partir em busca do desenvolvimento de condições que lhe permitisse entender as leis por meio das quais os fenômenos naturais se desenvolviam, numa forma de aumentar seu controle sobre a natureza, “manipulando-a e arrancando-lhe os segredos mais profundos da vida”²³⁸. Uma desumanização do pensar ecológico que foi fortemente contrastada pelo Movimento Romântico do século XIX e que, agora, tendo perdido força para este, dá lugar às teorias e conclusões a incluir o ser humano como integrante, como parte, e não como dominador do espaço que lhe cerca, invocando novas formas de análises.

Sem pretender proceder à maiores detalhamentos históricos diante dos objetivos desta pesquisa, avança-se nesse resgate de tempo para concluir que desde o começo do pensamento científico inúmeros problemas foram (re)inaugurados com o aparecimento das sociedades

Baumer colabora ao fazer constar que Descartes foi sempre duramente acusado de excessiva abstração ao idealizar a natureza, pois para todos os seus estudos propunha formas de isolar elementos que pudessem ser quantificados e medidos, desconsiderando sistemas imprescindíveis para as respostas diante do fato de que não cabiam na sua metodologia. (BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. op. cit., p. 69).

²³⁶ “(...) há questionamentos e inquietações que a ciência moderna não consegue responder, tendo em vista que a racionalidade clássica está pautada em um pensamento linear e cartesiano. E o Direito Ambiental é um grande questionador por excelência, o que demanda um diálogo profundo com todas (sim, todas!) as ramificações do Direito, inclusive suas bases epistemológicas, bem como outras áreas do saber. E por que? Porque ele tutela bens, valores e interesses jurídicos que cuidam da vida em suas mais variadas formas, de caráter transindividual”. (LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Manual de direito ambiental**. op. cit., p. 31)

²³⁷ BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. op. cit., p. 29.

²³⁸ BAUMER, Franklin. **O pensamento europeu moderno**. op. cit., p. 30.

industriais e, mais tarde, com as características das sociedades de risco, quando formas simplistas de tratar sistemas altamente complexos passaram a ir de encontro às instabilidades concretas que proporcionavam. “Não há como ‘encaixotar’ todos os problemas a partir de um silogismo. É por isso que a ciência pós-moderna se abre, se reinventa e se constrói a partir de uma racionalidade complexa”²³⁹. Essa racionalidade complexa, pode-se dizer, que deve ser entendida como a evolução de um pensar sistêmico, que por sua vez pode ser caracterizado pela “crença segundo a qual em todo sistema complexo o comportamento do todo pode ser entendido inteiramente a partir das propriedades de suas partes”²⁴⁰, algo tido como vital para modelos cartesianos.

Ocorre que, como já enfatizado em diversos contextos deste trabalho, os problemas desta contemporaneidade trouxeram outras realidades, não podendo ser assim analisadas (a partir de partes menores a demonstrar conclusivamente o todo), pois dizem respeito a questões as quais pontos isolados devem ser lidos diante da possibilidade de serem causas e efeitos de resultados paralelos que proporcionam. Ou seja, a forma de pensar que tem por base ideias unicamente sistêmicas, montadas a partir de lineamentos concebidos sob determinadas racionalidades estruturadas para outros problemas, advindos de outros tempos, por vezes desconsidera que há variadas dimensões dentro de um só tempo, que existem diferentes realidades que se manifestam de variadas maneiras a propiciar muitas percepções e necessidades, tal como num caleidoscópio. É necessário compreender e qualificar de que forma cada uma delas impacta a outra para que seja possível, então, atingir a real noção sobre o todo.²⁴¹

E por isso vale aqui chamar a atenção para a importância que tem Edgar Morin para o tema da epistemologia a ser aproveitada para a compreensão dos problemas entre direito e meio ambiente, pois quando define a complexidade e sugere princípios para a formação do pensamento complexo, com os quais pretende eliminar incertezas e quebrar os clássicos paradigmas científicos, contribui de maneira imprescindível para a questão.

A complexidade é para o autor um plano de acontecimentos e interações fenomênicas que constituem a realidade, devendo ser vista como a rede de questões heterogêneas que são

²³⁹ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Manual de direito ambiental**. op. cit., p. 35.

²⁴⁰ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Uma compreensão científica dos sistemas vivos. op. cit., p. 41.

²⁴¹ “O paradigma cartesiano de explicação da realidade mostra-se ineficiente para responder à moderna problemática ambiental pois: a) está preso à evolução linear dos fatos e à relação causa-efeito (determinismo); b) concebe o universo como sendo uma máquina (mecanicismo); e, sobretudo, c) utiliza uma visão fragmentada de seu objeto de estudo (reducionismo)”. (SOUZA, Rafael Speck de. **Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da constituição federal de 1988**. 211 f. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

por essência inseparáveis e que se apresentam intrinsecamente ligadas, portanto, absolutamente conectadas. E para tratar de sistemas dessa ordem, sugere sete princípios a viabilizar o pensamento complexo: o princípio sistêmico aparece quando defende indispensável que se conheça as partes que constituem o todo, não sendo suficiente avaliar consequências do todo sem compreender o que lhe integra, assim como não se mostra produtivo conhecer as partes do todo sem que se saiba como todas as partes juntas se relacionam em resultado conjunto. A ideia aqui é ter em mente que o todo pode ser mais do que aquilo que se imagina do somatório de suas partes; o segundo é o princípio hologramático, o qual revela que a parte pode ser encontrada no todo, assim como há sempre reflexos do todo na parte²⁴²; como terceiro princípio lista o que chamou de circuito retroativo, do qual se extrai a conclusão de que não se pode desejar compreender os resultados a partir de uma causalidade linear, pois é se admitir que a causa produz efeitos, mas que também efeitos tem atuação direta sobre causas; depois o princípio tido como circuito recursivo, que ensina que os sistemas possuem auto-organização e autoprodução; já o princípio da autoeco-organização revela que os seres acabam produzindo naturalmente as condições necessárias para a sua existência, sendo que acabam até mesmo se organizando dentro dessa lógica; como sexto princípio aparece o dialógico, quando se deve compreender que a ordem e a desordem de um sistema fazem parte de sua constituição, pois é a partir das definições de desordem que se pensa em ordem, pois a “ordem e a desordem são princípios interligados desde a origem do universo”²⁴³; por último o princípio da reintrodução do conhecimento em si mesmo. Dele extrai-se a noção de que “todo o conhecimento é uma reconstrução/tradução por um espírito/inteligência em uma cultura e em um tempo determinados”. Ou seja, o ser humano produz frutos nos moldes daquilo que lhe constitui.²⁴⁴

É a partir dessas noções que se pode ter a consciência de que as questões que envolvem os problemas diagnosticados a partir dos temas imanentes ao meio ambiente suscitam a participação de diferentes campos do conhecimento a trazer para o debate inúmeros pontos a serem considerados. A lógica do pensamento complexo, ainda na esteira de Morin, conjuga os sistemas por meio da ideia estrutural de que aquilo que é complexo deve

²⁴² “Assim, cada célula é uma parte de um todo (o organismo global), mas o próprio todo está na parte: a totalidade do patrimônio genético está presente em cada célula individual; a sociedade está presente em cada indivíduo no que diz respeito ao todo, por meio da sua linguagem, da sua cultura e de suas normas”. (SOUSA, Rafael Speck de. **Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da constituição federal de 1988.** op. cit., p. 66)

²⁴³ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Manual de direito ambiental.** op. cit., p. 36.

²⁴⁴ MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. In MENDES, Candido (Org.). **Representação e complexidade:** Garamond, 2003, p. 69-77.

ser compreendido no nível da complexidade que encerra, não se coadunando com processos simplificadores que apenas pretendam separar partes de um todo para unicamente por elas compreendê-lo²⁴⁵. Aqui a razão encontra lugar na identificação das partes, nas características que o todo revela e na distinção que essas partes estabelecem entre si para a produção de variados resultados²⁴⁶. Eis a realidade do meio ambiente, quando sistemas de variadas ordens passam a se relacionar para a formação de um equilíbrio ecossistêmico e sobre o qual o direito, com seus variados contextos deve ter condições de também oferecer contribuição, sendo indispensável, para tanto, que tenha em mente com o que se relaciona. E é assim porque não pode interessar ao direito apenas o conceito e as circunstâncias típicas sobre o que representa “uma árvore, por exemplo, mas a complexa relação dos ecossistemas, porque um influencia o outro, e assim se tem uma grande cadeia e influxos”²⁴⁷.

O direito deve ver-se dentro das possibilidades transdisciplinares a tratar do meio ambiente quando precisa entender as várias dimensões de uma mesma realidade sem que isso signifique abandono das técnicas adstritas a cada um dos ramos que instrumentalizam as ciências jurídicas, mas sim a possibilidade de que novos padrões possam ser levados em consideração e, até mesmo, constituir novas orientações dogmáticas. É essa a realidade, já enfatizada aqui, que incide sobre o direito penal, quando a epistemologia ambiental baseada na análise de sistemas complexos redimensiona institutos penais clássicos, provocando intensa discussão, como, na hipótese desta pesquisa, sobre o bem jurídico-penal.

Como visto, a crítica ao pensamento cartesiano ocupa decisivo espaço no conteúdo das abordagens a serem trabalhadas quando a intenção é a busca pela origem de todo o problema ético com o meio ambiente, mas é de se ressaltar que também outras decisivas questões se relacionam com essa realidade, compondo o que se pode chamar de um movimento de construção de uma nova ética ambiental²⁴⁸.

²⁴⁵ “A complexidade exige outro tipo de racionalidade e de ciência. A ciência clássica se orientava pelo paradigma da redução e da simplificação. (...) Esse paradigma encontrou na física e na matemática sua realização ideal. (...) O pensamento ecológico, baseado nas ciências da Terra, não recusa os méritos do método reducionista-simplificador, mas reconhece-lhes os limites poderosos. Não se pode isolar seres, organismos e fenômenos do conjunto dos inter-retro-relacionamentos que os constituem concretamente. Por isso devemos distinguir sem separar”. (BOFF, Leonardo. **Ecologia. Grito da terra, grito dos pobres**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 50)

²⁴⁶ MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. In MENDES, Candido (Org.). **Representação e complexidade**. op. cit., p. 75.

²⁴⁷ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Manual de direito ambiental**. op. cit., p. 37. Ademais, segue o autor ao explicar que “o processo de interação física, química e biológica está em constante transformação e movimento, não há como ser estanque, e o Direito, de acordo com sua visão tradicional busca dar estabilidade social”.

²⁴⁸ Amartya Sen, propondo análise sobre as questões do desenvolvimento como condições de liberdade, enfatiza que mesmo sem demonstrar preocupação com as questões ambientais por conta de sua importância ao ser humano, e muito menos por valor autônomo, Adam Smith já falava em regulações por parte do Estado quanto ao

Um dos mais importantes certamente foi a *Deep Ecology*, referenciado de igual forma pelo termo ecologia radical, desenvolvido por Arne Naess e bastante discutido também por outros diversos filósofos no início da segunda metade do século XX²⁴⁹. Naess propôs iniciar discussões sobre a ecologia para além de sistematizações científicas, suscitando para suas análises questões até mesmo de cunho espiritual quando “propunha uma nova abordagem ética para a questão ecológica com o intuito de integrar a Natureza (ou os elementos naturais individualmente) na mesma ‘comunidade moral’ constituída pelo ser humano”²⁵⁰.

A *Deep Ecology* caracterizou-se por difundir os valores da natureza para além das necessidades dos seres humanos, reconhecendo sua autonomia enquanto sistema, quebrando radicalmente como os modelos antropocêntricos dominantes. O movimento trazia tal nome em razão de outro contrário às suas estruturas, o *Shallow Ecology*, que, também atuando em favor de causas ambientais, defendia as suas ações como indispensáveis nos exatos termos das necessidades do saudável desenvolvimento humano. Trata-se, como se vê, do início das discussões sobre a relação antropocentrismo e biocentrismo. Por meio das concepções da *Deep Ecology*, “o homem perderá o duplo privilégio de ser a fonte exclusiva do valor e o seu fim. A medida de todas as coisas alarga-se, com efeito, ao universo inteiro”²⁵¹.

Outra decisiva contribuição para um repensar ecológico adveio dos trabalhos de Jonas²⁵², sobretudo naquele em que propõe a criação de uma ética para a civilização tecnológica por meio de condutas pautadas pelo o que chamou de princípio da

tema quando tratava de questões sobre desperdício. Sen conclui que “o desenvolvimento da ética ambiental pode fazer parte do trabalho que a regulamentação impositiva se propõe a fazer”. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. op. cit., p. 306)

²⁴⁹ “Este movimento não é apanágio da filosofia acadêmica. Se tem, hoje, os seus pensadores doutorados, como A. Naess, B. Devall ou G. Sessions, é igualmente alimentado pelos trabalhos de poetas, como o precursor H. D. Thoreau ou G. Snyder (que obteve o prêmio Pulitzer, em 1975, para sua obra *Turtle Island*, reunindo, no modo poético o budismo zen, a tradição ameríndia e a deep ecology), jornalistas e ativistas como J. Muir (que declarou um dia: se ocorresse uma guerra entre as espécies punha-me d lado do ursos!), naturalistas como A. Leopold, cientistas como R. Carlson e J. Lovelock, juristas como Ch. Stone, teólogos, cristãos como os fundadores do Movimento Um Décimo Mandamento (que se enunciaria da seguinte forma: a terra pertence a Deus; não a poluirás e não destruirás a vida que nela se desenvolve), zeladores das religiões orientais e utopistas como A. Huxley, ou P. Shepard”. (OST, François. **A natureza a margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 175)

²⁵⁰ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 126.

²⁵¹ OST, François. **A natureza a margem da lei**. op. cit., p. 178.

²⁵² Jonas enfatiza que até início da segunda metade do século XX “A significação ética dizia respeito ao relacionamento direto de homem com homem, inclusive o de cada homem consigo mesmo; toda ética tradicional é antropocêntrica” (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2006, p. 35)

“A proposta de Jonas não trata da transformação do homem pela transformação das relações sociais, mas sim, da preservação da essência humana diante dos percalços desmedidos do seu próprio poder”. (ALENCASTRO, Mario Sérgio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 19, p. 13-27, jan./jun. 2009. Editora UFPR, p. 15)

responsabilidade. Jonas afirma que a revolução da ciência deveria ser acompanhada pela proporcional responsabilidade dos cientistas com as desconhecidas consequências de suas práticas, haja vista o potencial destrutivo que a tecnologia apresenta. Sustenta que o ímpeto inventivo do ser humano, em razão das condições tecnológicas das quais passou a desfrutar em função de a ciência e a tecnologia terem alargado sobremaneira as possibilidades de ação, pôs em xeque todos os limites morais até então conhecidos, sejam eles religiosos, aqueles concebidos por meio das leis e, até mesmo, os do amor²⁵³.

O princípio da responsabilidade de Jonas deve ser considerado no sentido de orientar um novo agir que se mostre capaz de considerar o futuro, quebrando com as tradicionais éticas do imediato, quando filósofos e cientistas só se mostravam capazes de gerenciar aquilo com o que sentiam a possibilidade instantânea de relacionamento. E pensar para o futuro é ter mente o certo compartilhamento de efeitos de determinadas práticas, é ter a exata noção de que as modificações tecnológicas dizem respeito até mesmo a quem com elas não concorda, quem não anui formas de progresso desse calibre. A ética da responsabilidade funda-se, assim, em problematizar que tipo de legitimidade possui um grupo de pessoas que decide, por seus próprios critérios, apostar condições de vida de todo um conjunto humano e não humano em práticas que comprometem até mesmo a existência do ambiente onde todas as interações acontecem, pois, de acordo com o entrelaçamento das consequências nas sociedades tecnológicas, “arriscar aquilo que é meu significa sempre arriscar também algo que pertence a outro e sobre o qual, a rigor, não tenho nenhum direito”²⁵⁴. Por isso, Jonas adverte que a responsabilidade com todo, com as consequências que podem ser sentidas para além daqueles que aderem a seus efeitos, deve ser orientada pela precaução, quando devem ser considerados sempre os piores efeitos sobre o que se pretende implementar. Seria esse um subprincípio diante da consideração da possibilidade de ocorrência dos piores prognósticos como forma de orientar escolhas arriscadas.

E Jonas segue advertindo que a revolução tecnológica não se justificaria, a mercê de seus resultados danosos a todo o planeta, em nome de melhorismos, como numa conta de

²⁵³ “Todos os mandamentos e máximas da ética tradicional, fossem quais fossem suas diferenças de conteúdo, demonstram esse confinamento ao círculo imediato da ação. ‘Ama teu próximo como a ti mesmo’; ‘Faze aos outros o que gostaria que eles fizessem a ti’; ‘Instrui teu filho no caminho da verdade’; ‘Almeja a excelência por meio do desenvolvimento e da realização das melhores possibilidades da tua existência como homem’; ‘Submete o teu bem pessoal ao bem comum’; ‘Nunca trate os teus semelhantes como simples meios, mas sempre como fins em si mesmo’; e assim por diante. Em todas essas máximas, aquele que age e o ‘outro’ de seu agir são partícipes de um presente comum. (...) O universo moral consiste nos contemporâneos, e o seu horizonte futuro limita-se à extensão previsível do tempo de suas vidas”. (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** op. cit., p. 36)

²⁵⁴ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** op. cit., p. 84.

custos *versus* benefícios, pois apostas totais, ou frente as quais não se tem a exata dimensão dos seus efeitos, não podem ocorrer em nome do futuro quando comprometem a existência dele próprio. Apostas científicas que se dão a margem das realidades ambientais muitas vezes põe em jogo a própria existência do ser humano: “A humanidade não tem direito ao suicídio”²⁵⁵.

E por isso não se diga que Jonas tem pensamento estruturado em diretrizes antropocêntricas. Ao contrário, sua proposta de uma nova ética é biocêntrica quando tenta fundar padrões em torno dos valores que as variadas formas vida representam para um sistema no qual tenham total autonomia frente aos seres humanos. Propõem, com isso, pode-se dizer, uma espécie de metafísica da vida que pode ser sintetizada nas referências que sua obra utiliza para idealizar a resposta da seguinte questão: “E se o novo modo de agir humano significasse que devêssemos levar em consideração mais do que somente o interesse do homem, pois nossa obrigação se estenderia para mais além, e que a limitação antropocêntrica de toda ética antiga não seria mais válida?”²⁵⁶.

Também Michel Serres, com *O Contrato Natural*, de 1990, representou decisivamente para o processo de discussão sobre os paradigmas ambientais. Propondo uma releitura da clássica estrutura social montada a partir do contrato social, quando é dado aos indivíduos o respeito aos direitos da comunidade, Serres defende que ao ser humano cabe devolver para a natureza, em forma de proteção e reconhecimento, toda a forma de benefícios que ela projeta. Propõe dinâmicas de novos equilíbrios globais a redefinir práticas inventadas pelo direito, política e religião ao justificar que em cima desses sistemas tradicionalmente foram formadas culturas que não permitem a conexão dos seres humanos com o mundo que lhes cerca.²⁵⁷

²⁵⁵ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** op. cit., p. 85.

²⁵⁶ Sobre a questão, Jonas pondera: “Ao menos deixou de ser absurdo indagar se a condição da natureza extra-humana, a biosfera no todo e em suas partes, hoje subjugadas ao nosso poder, exatamente por isso não se tornaram um bem a nós confiados, capaz de nos impor algo como uma exigência moral – não somente por nossa própria causa, mas também em causa própria e por seu próprio direito. Se assim for, isso requereria alterações substanciais nos fundamentos da ética. Isso significaria procurar não só o bem humano, mas também o bem das coisas extra-humanas, isto é, ampliar o reconhecimento de ‘fins em si’ para além da esfera do humano e incluir o cuidado com estes no cuidado do bem humano. Nenhuma ética (além da religião) nos preparou para tal papel (...)”. (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** op. cit., p. 41)

²⁵⁷ “Poderia dizer-se que o reino do direito natural moderno começa ao mesmo tempo que as revoluções científica, técnica e industrial, com o domínio e a posse do mundo. Imaginamos poder viver e pensar entre nós, enquanto as coisas obedientes estavam adormecidas, esmagadas sob o peso da nossa autoridade: a história dos homens deleitava-se consigo própria, num acosmismo do inerte e dos outros seres vivos. Podemos fazer história de tudo e tudo se reduz à história”. (SERRES, Michel. **O contrato natural.** Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 67)

O contrato natural significaria trazer ao contrato social cláusulas de simbiose e reciprocidade para que a relação dos seres humanos com a natureza possa evoluir para além de ideias de propriedade, domínio, possessão, diante da conclusão de que “O direito de dominação e de propriedade reduz-se ao parasitismo. Pelo contrário, o direito de simbiose define-se pela reciprocidade: aquilo que a natureza dá ao homem é o que este lhe deve dar (...)”²⁵⁸. Logo, para Serres cabe aos seres humanos a viabilização de um sistema político e cultural que permita a reflexão sobre o que podem oferecer ao mundo, sobre qual deve ser a maneira por meio da qual a simbiose se deve se formalizar.

E nesse sentido o autor pondera sobre como compreender a linguagem falada para além daquela praticada pelos seres humanos, propõe o questionamento sobre como poder sintetizar em cláusulas as expressões de compromissos sem que se possa ter certeza do que a outra parte deseja e necessita nessa relação. E, então, parafraseando o contrato social, Serres lembra que também esse não foi escrito, não havendo quem tenha lido seu original ou que mesmo tenha guardado dele uma cópia: “(...) desconhecemos a língua do mundo ou apenas conhecemos dela as diversas versões animista, religiosa ou matemática”.

Diante disso, defende que é preciso ter em mente que as coisas do mundo se comunicam pela força com a qual promovem interações, e que a natureza, portanto, não pode ficar adstrita às leis da física e da matemática, definidas por seus números, letras e códigos conforme as concepções que lhe determinaram objetivos estritamente antropocêntricos. Mas para isso, frisa, é fundamental viabilizar um novo formato do humano político. Eis para Serres a necessidade de uma nova ética a considerar plano político totalmente reorganizado.²⁵⁹

Outro personagem que também merece destaque nesse sentido é o brasileiro Leonardo Boff, com a ética do cuidado, que apresenta decisivos fundamentos espirituais, inclusive, para acusar a ética dos comportamentos socialmente dominantes como utilitarista, pois antropocêntrica. Guardando similitude com a estrutura das correntes antes citadas, as ideias de Boff sugerem alteração nos princípios que pautam a relação entre os seres humanos e o mundo natural por meio de uma virada comportamental a rejeitar condutas de dominação daqueles quanto a estes. Afirma a existência de uma ecologia mental a justificar que o estado do mundo está intimamente ligado ao estado da mente humana: “Há agressões contra a natureza e vontade de dominação porque dentro do ser humano funcionam visões, arquétipos,

²⁵⁸ “Um contrato de armistício na guerra objectiva, um contrato do hospedeiro, enquanto o parasita – o nosso actual estatuto – condena à morte aquele que pilha e o habita sem ter consciência de que, a prazo, se condena a si mesmo ao desaparecimento. O parasita agarra tudo e não danada; o hospedeiro dá tudo e não agarra nada”. (SERRES, Michel. **O contrato natural**. op. cit., p. 66)

²⁵⁹ SERRES, Michel. **O contrato natural**. op. cit., p. 68.

emoções que levam a exclusões e a violências”²⁶⁰. Isso porque o modo pelo qual o ser humano conduz a vida nessa onda tecnicista “gera uma subjetividade coletiva assentada sobre o poder, o *status*, a aparência e uma precária comunicação com os outros”²⁶¹.

Assegura que a ética a pautar os movimentos das revoluções industrial e tecnológica entendem os seres humanos como ápice do processo evolutivo, a ponto de permitir que esse se relacione com tudo o mais que lhe cerca como se a natureza estivesse ali para unicamente lhe servir. De outro ponto, “Ético seria desenvolver um sentido do limite dos desejos humanos porquanto estes levam facilmente a procurar a vantagem individual à custa da exploração de classes, subjugação de povos e opressão de sexos (...) ético seria reconhecer a autonomia relativa dos seres”²⁶². O cuidado para Boff é um *ethos* humano, é um conjunto de agir que dimensiona a preocupação, a responsabilização e as formas de interação com os outros. Mas deve ser visto até mesmo para além porque configura a característica essencial do ser humano, é, referenciando Heidegger, a raiz primeira do modo de ser: “É uma dimensão frontal, originária, ontológica, impossível de ser totalmente desvirtuada”²⁶³. E a partir disso o cuidado pode ser analisado sob diferentes instancias de concretização, sendo uma das mais importantes aquela que diz respeito à práxis com planeta, com os nichos ecológicos, com a sociedade sustentável: “Para cuidar do planeta precisamos todos passar por uma alfabetização ecológica e rever nossos hábitos de consumo. Importa desenvolver uma ética do cuidado”²⁶⁴.

Com base nesses posicionamentos apresentados sobre um novo pensar sobre a natureza a justificar as razões filosóficas para a formação de um Estado com matrizes ecologizadas, haja vista ser “necessária a construção de uma epistemologia socioambiental em que os problemas da sociedade sejam considerados no plano ambiental”²⁶⁵, pretendeu-se justificar a importância metajurídica do tema. Não se deseja com isso que as construções apresentadas devam ser incorporadas pelo direito em sua totalidade argumentativa,

²⁶⁰ BOFF, Leonardo. **Ecologia. Grito da terra, grito dos pobres**. op. cit., p. 22.

²⁶¹ BOFF, Leonardo. **Ecologia. Grito da terra, grito dos pobres**. op. cit., p. 23.

²⁶² BOFF, Leonardo. **Ecologia. Grito da terra, grito dos pobres**. op. cit., p. 23.

²⁶³ Segue o autor explicando que: “Um modo-de-ser não é um novo ser. É uma maneira do próprio ser de estruturar-se e dar-se a conhecer. O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano”. (BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 38)

²⁶⁴ Segue Boff: “O cuidado com a terra representa o global. O cuidado com o próprio nicho representa o local. O ser humano tem os pés no chão (local) e a cabeça aberta para o infinito (global). O coração une chão e infinito, abismo e estrelas, local e global. A lógica do coração é a capacidade de encontrar a justa medida e construir o equilíbrio dinâmico. Para isso cada pessoa precisa se descobrir como parte do ecossistema local e da comunidade biótica, seja em seu aspecto de natureza, seja em sua dimensão de cultura”. (BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. op. cit., p. 155)

²⁶⁵ TARREGA, Maria Cristina. O direito ambiental no contexto democrático: o paradigma ecossocial no constitucionalismo democrático latino-americano. In DERANI, Cristiane; SCHOLZ, Mariana Caroline. (orgs.). **Globalização e as novas perspectivas do direito ambiental econômico**. Curitiba: Multideia, 2015, p. 146).

concebidas sem que se façam as necessárias adaptações para que a proteção jurídica possa se instrumentalizar sem comprometer as bases de um direito criado para a proteção das liberdades humanas. Mas, de fato, as teorias sobre novos comportamentos éticos ambientais fundamentam a necessidade de o direito também integrar-se na causa da virada cultural que passa a entender o ambiente como objeto indispensável de tutela nos termos de sua preservação e equilíbrio.

3.2 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL

De início, importante contextualizar este tópico esclarecendo que a nomenclatura utilizada para identificar bens jurídicos tidos como individuais ou supraindividuais tem como parâmetro a titularidade dos valores que se quer proteger. E é justamente nesse ponto que residem questões demasiadamente complexas, pois quando se pretende legitimar a atuação penal frente a bens em relação aos quais não seja possível identificar o seu titular a problemática qualifica-se em importância, especialmente no que diz respeito à já discutida excessiva espiritualização da teoria do bem jurídico.

Como trabalhado até aqui, é de se sublinhar que a construção histórico-normativa das noções de bem jurídico-penal estruturou-se sobre a valorização das liberdades individuais, tanto assim, relembra-se, que no início da secularização o padrão crítico do processo de criminalização passou a ser a proteção dos direitos de terceiros. Ratifica-se que o direito penal laicizado veio para proteger os indivíduos e seus direitos de condutas capazes de comprometer o equilíbrio da vida em comunidade. Logo, era importante demonstrar, para legitimar a atuação penal, que a conduta analisada danificava ou punha em perigo certo valor individual tido como decisivo para uma vida pautada no gozo das liberdades.

Encontrar meios para movimentar as bases de um direito penal criado para efetivar esse equilíbrio da satisfação dos direitos individuais afim de atender bens para além da titularidade de uma só pessoa ou grupo pode-se dizer que tem sido tarefa complexa que, naturalmente, invoca reanálises e adequação conceituais.²⁶⁶ E a primeira delas pode-se dizer que reside na compreensão de que enquanto os bens individuais encontram-se na base das estruturas que definem a convivência entre os indivíduos, os supraindividuais aparecem como indispensáveis à criação de condições para que essa realidade se efetive, mostrando-se

²⁶⁶ “Os bens supraindividuais são definidos, em contraposição aos individuais, como sendo aqueles que atendem de todos e cada um dos membros da comunidade”. (BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D’Placido, 2017, p. 183)

necessária a tutela penal em razão de que viabilizam o desenvolvimento social e econômico de uma generalidade de pessoas.

Nesse sentido, primando pelo espaço racional do bem supraindividual na dogmática penal, ressalta-se que a definição daquilo que pode encerrar os contornos de um bem supraindividual, permitindo diferenciações quanto àqueles tidos como individuais, possui importante consequência na formação da própria estrutura típica das incriminações quando se deve definir nas suas composições a escolha de verbos caracterizadores de condutas certas, assim como técnicas de ofensa a justificar o padrão crítico penal. Ademais, a correta identificação do bem jurídico protegido pelo seu respectivo tipo fornece condições para que institutos como o consentimento, a legítima defesa e o estado de necessidade, por exemplo, possam também ser dogmaticamente construídos, discutidos, o que viabiliza e confirma um direito penal de bases críticas.

E assim, uma questão preliminar surge quando se pretende definir a nomenclatura com a qual se vai a partir deste ponto trabalhar quanto aos bens com titularidade não identificada apenas em um indivíduo. Ratifica-se a escolha pela expressão supraindividual a despeito de outras, como, por exemplo, bens coletivos, difusos ou, ainda, transindividuais, tendo-se em vista que a noção de supraindividualidade permite compreender os bens jurídicos sob a ideia de que realmente estão acima do referencial determinado apenas pelos direitos individuais, compreendendo-se em valores autônomos, mas que, ainda assim, reportam-se às pessoas finalisticamente, eis que apenas se justificam a partir das noções inerentes à proteção das condições de desenvolvimento desses indivíduos.²⁶⁷ Com isso já se adianta a opção por um referencial teórico a justificar a aceitação de bens jurídicos penais para além de sua estrita utilidade aos direitos fundamentais individuais dos membros de uma comunidade, desde que entendidos sob a visão finalística frente a qual seja possível compreender os processos de criminalização para a proteção dos indivíduos. E este ponto revela-se decisivo nos exatos termos em que permite identificar a relação teórica que deve ser estabelecida entre as estruturas do bem individual e a daqueles tidos como supraindividuais, pois compreende questão de ordem metodológica que traduz um dos pontos mais conturbados da teoria do bem jurídico.

²⁶⁷ “O termo supraindividual, portanto, surge de uma ponderação que tende à superação do indivíduo e, portanto, ganha significação quando se deseja acentuar que se parte da pessoa como eixo de valoração e alicerce que sustenta a sociedade, mas não se quer necessariamente limitar-se a ela em matéria de proteção”. (GIULIANI, Emília Merlini. **O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal**. op. cit. p. 25)

Dentro dessa questão, mantendo uma visão clássica do bem jurídico, identificam-se as teorias de ordem antropológica, com cunho pessoal, que se colocam a traçar fundamentos que discutem a necessidade de os limites do processo de criminalização não avançarem para além da proteção de elementos atrelados em linha reta aos direitos fundamentais do indivíduo. Sob esse enfoque a legitimidade penal só encontraria espaço sobre condutas atentatórias às expressões de interesses vistos sob a óptica individual²⁶⁸. Um dos grandes entusiastas dessa vertente de pensamento é Hassemer, quem sustenta que “A concepção pessoal consiste, em primeiro lugar, em um conceito de bem jurídico que exprime uma clara opção dentro da esfera de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado: bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal”²⁶⁹. É de se ressaltar que o autor não nega, entretanto, a possibilidade de se admitir bens aos quais dá o título de coletivos, mas insiste que esse conceito deve pressupor que eles estejam funcionalizados diretamente a partir do referencial estabelecido sobre o bem-estar do ser humano: “somente pode aceita-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”^{270 271}.

Como decorrência dessa concepção monista, há corrente que admite certa relativização do conteúdo pessoal do bem jurídico, assumindo que mesmo bens que não tenham imediata relação com o ser humano possam ser penalmente protegidos quando seja possível identificar que ainda assim (indiretamente) guardem referencial pessoal. “De acordo com essa teoria, o direito penal, a exemplo de um átomo, deve preservar um núcleo em conexão visível com o indivíduo (...) O bem supraindividual, como elétron, orbitaria em torno do núcleo”²⁷², pois

²⁶⁸ “Para a teoria monista-pessoal, teoria calcada no paradigma antropocêntrico e originada com o surgimento do Estado liberal clássico, os tradicionais bens jurídico-penais individuais (vida, saúde, liberdade, patrimônio etc.), supra-individuais institucionais (por exemplo, fé pública, administração da justiça, segurança do Estado etc.) e supra-individuais coletivos (por exemplo incolumidade pública, saúde pública, etc.); assim como os novos e modernos bens jurídicos-individuais relativos ao meio ambiente, à economia etc. – estes surgidos principalmente a partir do Estado social e democrático de direito (Estado de direito material) -, têm como sujeito passivo predominante o indivíduo”. (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Orgs.). **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255)

²⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

²⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** op. cit., p. 18.

²⁷¹ “A referência de bens jurídicos aos cidadãos não constitui nada de novo. Há muito é uma pretensão da ‘teoria pessoal do bem jurídico’ derivar todos os bens jurídicos dos interesses das pessoas individuais. Assim, interesses da coletividade somente são reconhecidos na medida em que servirem ao bem dos indivíduos”. (RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas**. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. op. cit., p. 65.)

²⁷² GIULIANI, Emília Merlini. **O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal**. op. cit. p. 58.

“Para esta concepção os objetos de tutela têm em vista como titulares o Estado e a coletividade como um todo indivisível”²⁷³.

Vale chamar a atenção para o fato de que a esse respeito a crítica se estabelece no sentido de que haverá situações nas quais as ligações do interesse de criminalização só encontram referencia nos indivíduos de maneira bastante remota, para além de padrões a orientar a própria estrutura monista que esta vertente teórica adota. Dito de outra forma, se a estrutura do processo de criminalização é assentada sobre diretrizes de ordem monista, há que se manter, mesmo que de forma relativizada, ligações claras com interesses individuais, situação que se mostra por vezes muito difícil, o que naturalmente afasta a lógica estrutural da ideia que lhe teoriza. Ou seja, pode-se dizer que aqui estaria perdido o referencial pessoal por conta de sua dificuldade prática, a ponto de se aproximar a ideia até mesmo de concepções com caráter não mais monista, mas sim dualista, quando já se passa a admitir valor emancipado dos bens supraindividuais.²⁷⁴

De modo geral, a crítica quanto às teorias de base monista justifica-se no fato de que se negam trabalhar conceitos e técnicas que possam limitar o bem supraindividual alegando sua excessiva abstração e dificuldade frente ao estabelecimento dos necessários contornos teóricos. Desse modo, quando pretendem ter os direitos individuais como força gravitacional imediata nas tarefas de criminalização, fazendo crer que há demasiada dificuldade de delimitação dos bens supraindividuais, o que afastaria o caráter crítico da teoria do bem jurídico e deixaria aberto espaço para tipos de mera desobediência, deixam de perceber que exercitando esforços para a definição de bens para além da ideia pessoal também seria possível avançar satisfatoriamente na questão. A mercê da manutenção das ideias liberais, desconsiderando a necessária evolução dos contextos que diretamente dizem respeito às políticas de administração dos interesses sociais, as teorias pessoais estariam negando a essência do processo evolutivo que deve ser seguido de perto, e até incentivado em certos casos, pela ciência. É necessário ter em mente que transformar é da essência das sociedades, constituindo-se em ônus das ciências a promoção de adequações em suas áreas de interesse para que prática e teoria corriqueiramente harmonizem-se em busca de compromissos éticos que se estabeleçam necessários.²⁷⁵

²⁷³ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In **Direito penal secundário**. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. op. cit., p. 258.

²⁷⁴ GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do direito penal**. Revista jurídica do Ministério Público do Mato Grosso, ano 2, nº 3, p. 249-276, jul/dez. 2007.

²⁷⁵ “Perante as dificuldades apontadas, traduzidas nas aporias que a tutela dos novos riscos parece apresentar ao direito penal, há quem sustente que o direito penal não deve nem pode avorar-se em instrumento de tutela dos

E sob essa perspectiva é que as consequências da sociedade de risco, fenômeno de alterações sociais de proporções fundamentais para a compreensão das condutas em sociedade nesta contemporaneidade, passam a ser sentidas de maneira bastante sensível pelo direito penal. Diante dos novos cenários científicos e políticos a redefinir o conceito dos riscos, agora tidos com capacidades destrutivas que desafiam até mesmo a própria ciência que lhes dá origem, projetam-se questões sobre a dogmática penal aptas a (re)discutir diversos pontos estruturais das Ciências Criminais.²⁷⁶ Um deles, a exemplificar essa questão, diz respeito às dificuldades oriundas sobre o conceito que o bem jurídico deve assumir para que se apresente legítima a sua proteção diante do fato de que grande parte dos intentos de criminalização decorre da ideia de contenção desses novos riscos. Se já constitui tarefa complexa a definição de bens jurídicos atrelados apenas aos valores imediatamente vistos sob a concepção dos interesses individuais, encontrar parâmetros para o estabelecimento dos bens supraindividuais, característicos da temática que envolve os riscos, é desafio ainda maior, haja vista a importância de não se permitir que o conceito de bem jurídico possa assumir feição poliformica, tão somente por conta de questões político-criminais, permitindo tamanha elasticidade ao instituto a ponto de desnaturar a sua origem e função.

Ainda assim, o cenário político-social contemporâneo sugere que o padrão crítico do bem jurídico necessita remodelar-se sem que perca, repisa-se, sua essência de limitação do poder punitivo, permanecendo apto a oferecer padrão discursivo em realidades democráticas ao aceitar também como legítima a proteção penal de valores supraindividuais e, para além disso, com natureza não diretamente vinculada aos seres humanos, numa espécie, ratifica-se, de concessão de autonomia desses bens jurídicos.

Claro, de outro norte, que muitas críticas aparecem, pois pensar em um direito penal nesse contexto, sobretudo para as questões do meio ambiente, tipicamente inseridas no contexto dos riscos, poderia significar a aceitação de um direito penal do risco a gerar intensa funcionalização da tutela, promovendo profundas mudanças em um ramo estruturado para a proteção de bens jurídicos entendidos sob aspecto pessoal. Seria como se o direito penal passasse a ter como novo fundamento a manutenção de estados de segurança, funcionalizado

novos e grandes riscos próprios da sociedade presente e, ainda mais, da sociedade do futuro”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. op. cit., p. 137)

²⁷⁶ “A questão do papel do direito penal na protecção das gerações futuras constitui um problema novo e controvertido. Ele põe em causa não aspectos parcelares e de pormenor das concepções político-criminais estabelecidas, mas nada menos que os fundamentos e a legitimação da intervenção penal, a idoneidade dos seus instrumentos, os caminhos do labor jurídico-científico que sobre ela se exerce”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acessado em 27/08/2017, p. 1)

em torno da criada necessidade de atender a emergência dos riscos implementados, devendo materializar-se essencialmente sob caráter preventivo, o que, em razão da nova compreensão sobre suas estruturas dogmáticas, forçaria a releitura de conceitos clássicos, desnaturando-o²⁷⁷. Exemplo disso configura-se na decisiva importância que passam a ter as consequências de condutas, numa espécie de abandono dos fundamentos ontológicos, essenciais sob o prisma finalista, por exemplo, normatizando-se todo e qualquer instituto integrante dos estratos da definição analítica de crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade). O direito penal do risco passaria a justificar-se apenas na sua função simbólica, apresentando-se como instrumento com missão salvacionista a ser inserido em qualquer contexto: “O crime já não é visto como uma ruptura da norma, mas como uma ameaça à segurança”²⁷⁸. E essa função simbólica, que passa a definir o direito penal pela importância das penas que inflige, recorre ordinariamente à composição de tipos destinados à evitação de perigos, eis que essa constituiu-se a sua destinação principal. Aí uma das grandes características do direito penal do risco: os crimes de perigo abstrato, onde a redação típica dispensa a ocorrência de específica situação perigosa decorrente da conduta, relativizando o princípio da culpabilidade ao aproximar o direito penal da responsabilidade objetiva, situação que, no campo do processo penal, também promove importante consequência diante do fato de que acaba permitindo uma inversão do ônus da prova: o acusado passa a ter que procurar meios de demonstrar a impossibilidade de sua conduta gerar o perigo constitutivo do respectivo tipo.

Por isso, pensar as políticas de controle dos riscos não deveria, como sustentado por parte da doutrina, ser tarefa do direito penal, quando se sabe que, nas palavras de Figueiredo Dias, “É à filosofia que cabe pensar os caminhos necessários de superação dos paradigmas da modernidade. É às políticas, nacionais e internacional, que pertence implementar os paradigmas pós-modernos”. E não só, pois também “É sobre os líderes das comunidades intermédias que pesa o dever de promoverem a interiorização individual das novas ideias e dos novos valores”²⁷⁹.

²⁷⁷ Sobre as principais características de um direito penal do risco, Buergo explica: “(...) sus características primordiales son la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación a la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos. El debate al que se hace referencia es, por tanto, considerablemente vasto, ya que se extiende a muchas cuestiones que, globalmente, pueden caracterizarse como un aumento de la intervención penal para la prevención de riesgos, a costa de cambios importantes tanto estructurales como de garantías en el ámbito estrictamente penal.” (BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 24.)

²⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais. op. cit., p. 146.

²⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acessado em 27/08/2017, p. 1.

Mas fundamental enfatizar que o mesmo autor não nega que o direito penal possa colaborar com esse cenário, sobretudo diante do fato de que dentre todos os ramos do direito à disposição desse tema não há dúvida de que é da tutela penal a força mais incisiva na estabilização das expectativas normativas. Gloeckner, comentando Silva Sánchez, afirma que na visão do autor “(...) é impossível frear os processos de modernização, seria ilógico manter estruturas tradicionais que não dessem conta dos riscos daí provenientes. O direito, juntamente com a modernização, encontra-se em expansão”²⁸⁰. Discutir meios para uma modernização da dogmática penal, ainda na visão de Figueiredo Dias, acaba reforçando o intento liberal assentado na ideia de que os compromissos para uma vida em comunidade devem ser seguidos por todos que dela participam a ponto de, em contrário, ver-se autorizada a intervenção do ramo com imediatos reflexos sobre as próprias liberdades individuais edificantes do Estado. É preciso desenvolver a possibilidade que o direito penal possui de participar da proteção das gerações futuras na tutela de valores que não estão diretamente ligados ao exercício de direitos individuais, não se negando que reconhecer essa condição “implica que vejamos com a justeza e a modéstia possíveis o que dele pode e deve esperar-se”²⁸¹.

O tema acerca das (re)definições de bem jurídico certamente, repisa-se, aloca-se nessa questão, pois com a evolução do modelo de Estado em direção à objetivos com delineamentos sociais é certo que diversos interesses para além das necessidades fundamentais dos membros das comunidades passaram a compor as pautas políticas, situação que se tornou ainda mais aguda com os contextos de seguridade trazidos pela sociedade de risco²⁸². E essa questão permitiu até mesmo se conjecturar sobre o fim do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos diante do que se afirmou ser um novo tempo de necessidades penais a serem definidas nos moldes das exigências políticas para a administração dos reflexos da sociedade de risco. Um direito penal que dispensa sua legitimidade atrelada à ofensa de bens jurídicos acaba evidenciando-se, nesse cenário, uma alternativa necessária frente à “evolução”, seduzindo os olhares daqueles que se postam preocupados com os riscos que desafiam a racionalidade destes tempos. Logo, o discurso de quem suplanta a manutenção da teoria do

²⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais. op. cit., p. 153.

²⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acessado em 27/08/2017, p. 5.

²⁸² “La introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos es reconocida como una característica del Derecho penal actual, que surge con el Estado social, pero que se há acentuado y agravado en el derecho penal próprio de la sociedade del riesgo”. (BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. op. cit., p. 69)

bem jurídico como critério imperativo nos processos de criminalização parece, diante das emergências da sociedade de risco, contrário ao avanço, quando, em verdade, trata-se de tentativa de não permitir que o direito penal sucumba à falta de cuidados típica das sociedades onde a velocidade acaba ditando as regras do pensar e do agir.

Ademais, ainda na esteira de Figueiredo Dias, mesmo não se podendo negar atenção às realidades desses tempos, os quais sugerem inéditas prioridades, assim já se enfatizou, também “não se pode aceitar-se uma revolução do paradigma penal que passe por pôr em perigo a defesa consistente dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização”²⁸³. Isso para que não se percam as conquistas que restaram como importantes heranças dos movimentos de revoluções liberais ao se negar as bases que definem o direito penal da modernidade²⁸⁴. A admissão da supraindividualidade do bem jurídico como referencial autônomo, quando por consequência se aceita sua natureza dualista, reforça a intenção primeira das construções dogmáticas acerca do bem jurídico, com o que se pretende aperfeiçoar os limites do poder de punir ao se debruçar esforços científicos para que seja possível estabelecer balizas contendoras de bens que se justificam por serem muitas vezes indispensáveis à manutenção e proteção daqueles (bens) eminentemente individuais numa espécie de relação indireta.²⁸⁵

Sendo assim, a construção de metodologia apta a arquitetar a emancipação do bem jurídico supraindividual coloca-se como importante proposta harmonizadora desses interesses que demasiadamente implementam pontos de tensão entre a teoria clássica do direito penal e as contemporâneas intenções de criminalização²⁸⁶. Buscar e desenvolver técnicas para um legítimo bem supraindividual guarda fundamental relação com a admissão dos interesses contemporâneos de criminalização, agindo-se no importante intento de não se admitir que o conceito de bem jurídico possa ser definido casuisticamente, como se apenas critérios de

²⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. op. cit., p. 145.

²⁸⁴ “Por isso deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. op. cit., p. 146).

²⁸⁵ “(...) a teoria dualista afirma que os bens jurídico-penais possuem natureza tanto individual como supra-individual, ou seja, os objetos jurídicos de tutela penal podem ter como titulares, respectivamente, o indivíduo (individual), assim como a coletividade, o Estado, e, no âmbito do direito penal internacional, a própria humanidade”. (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. op. cit., p. 259)

²⁸⁶ (...) convém observar que o mais importante aqui não é a questão da existência ou não do conceito de bem jurídico coletivo ou difuso, mas sim sua exata delimitação (mais exata possível) de seu conteúdo substancial. Ou seja: a fixação de critérios específicos que permitam individualizá-lo de forma clara, determinada e objetiva, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais do Direito Penal”. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 106)

política criminal fossem suficientes para o estabelecimento do conceito material de crime. Um direito penal unicamente centrado na tentativa do contorno de riscos, destinado a atender os anseios político-criminais, configura, pode-se dizer, mais um dos decisivos riscos oriundos destes tempos. Seria como se o direito penal fosse posto em risco pelo próprio direito penal, passando a constituir, paradoxalmente, mais uma espécie de risco social. Abandona-se, perigosamente, a noção de que o direito penal fora arquitetado para o controle e limitação do poder de punir, ligado fundamentalmente à aspectos adstritos àquilo que necessita definir vontade e consciência humanas em uma perspectiva da proteção da comunidade a partir da possibilidade de concretização dos valores que pretende proteger, tornando possível, por consequência, as definições ligadas à ofensividade: “a constante ingerência do direito penal nas relações sociais é capaz de promover a destruição do direito pelo próprio direito”²⁸⁷. Seguindo-se as justificativas de Figueiredo Dias, é de se afirmar, assim, que a supraindividualidade guarda legitimidade e necessidade²⁸⁸.

É legítima a tutela supraindividual dos bens jurídicos a partir da constatação de que, como visto na primeira parte desta pesquisa, a chegada do Estado social redefiniu a importância de variados valores para a vida em sociedade²⁸⁹. É exemplo decisivo nesse contexto a questão econômica, entendida sob aspectos de valorização da mão de obra e da possibilidade de concessão de oportunidades para que todos possam fazer parte dos meios produtivos, tornando-se aptos a receber a proporcional atenção do Estado diante do fato de que o capital define rumos políticos. Também os temas culturais, e, ao que mais interessa para este trabalho, os temas ambientais ganharam notabilidade a chamar a atenção de todos. Este último em razão, ratifica-se, de sua importância para a qualidade de vida dos seres humanos e para a viabilidade das gerações futuras.

Já definida no capítulo anterior a íntima relação dos bens jurídicos com os valores constitucionais, é de se justificar, também, que “estruturas político-normativas desse quilate enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público

²⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais. op. cit., p. 173.

²⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. op. cit., p. 150.

²⁸⁹ “La tesis de que todos los bienes jurídicos colectivos son ilegítimos no precisa un análisis detenido, ya que ni siquiera se sostiene coherentemente”. (HEFENDEHL, Roland. **El bien jurídico como eje material de la norma penal**. In Hefendehl, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* op. cit., p. 182).

“Com a ultrapassagem do modelo rigidamente individualista do Estado liberal dá-se passo para a concepção social e democrática do Estado de direito, e, conseqüentemente, a uma nova concepção do direito penal. Atualiza-se, por conseguinte, a noção monista-personalíssima do bem jurídico”. (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais*. In **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. op. cit., p. 255).

consistente na funcionalização do sistema, o interesse do indivíduo (...)”²⁹⁰. Então, ao se estabelecer incriminações referentes a esses bens é possível que se mantenha o tratamento teleológico que dá alicerce à teoria do bem jurídico individual, já que ao fim e ao cabo destinam-se à valorização das liberdades das pessoas, sendo necessário repisar a circunstância de que com isso “não significa que o legislador esteja dispensado de encontrar, em cada passo da atividade criminalizadora (tipo penal), a necessária referência entre conduta incriminada e a hipótese de dano ao bem jurídico que pretende tutelar”²⁹¹.

Já a necessidade de proteção dos bens supraindividuais aparece quando se raciocina a partir de ideias de prevenção, negativa e positiva, o que ratifica a importância que o direito penal apresenta no sentido de manter os cidadãos fiéis às expectativas geradas pelas suas normas, devendo caracterizar-se decisivamente pela subsidiariedade na escolha dos bens a tutelar.

Desse modo, justificada a terminologia e a possibilidade de que os bens supraindividuais possam ter autonomia nas intenções de criminalização, é preciso chamar atenção para uma das questões mais palpitantes sobre o tema: o alegado excesso de abstração nos requisitos a defini-los. Conforme antes trabalhado, um dos pontos mais controvertidos no tema teoria do bem jurídico diz respeito à alegada dificuldade de se concretizar aquilo que se mostra representativo de um valor. Já foi dito que apesar de os bens jurídicos representarem valores intimamente relacionados com o desenvolvimento sadio e, portanto, equilibrado das comunidades que pretendem harmonizar, torna-se indispensável que possam ser concretizados para que a proteção penal possa legitimar-se, o que, repisa-se, fomenta o desenvolvimento de técnicas de ofensa aptas à justificação da própria teoria do bem jurídico.²⁹²

Em síntese, as questões ligadas às origens da proteção de valores individuais que deram origem à teoria do bem jurídico e sua debatida abstração quanto à elementos que lhes são estruturantes compreendem questões demasiadamente importantes a justificar a importância do tema para esta pesquisa. E é por isso que discutir quais contornos devem encerrar os limites do bem supraindividual mostra-se decisivo neste momento, quando

²⁹⁰ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal. A constituição penal.** op. cit., 72.

²⁹¹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal. A constituição penal.** op. cit., 72.

²⁹² “Diferentemente dos bens jurídicos individuais, cuja proximidade ou mesmo identidade com sua expressão fenomênica torna, não raramente, imperceptível o processo de corporização, os bens supraindividuais dizem respeito à níveis de abstração muito mais elevados e complexos, de expressão fenomênica invariavelmente multiforme, e que, ao buscar uma representação única, acaba por assumir, em um inevitável afastamento do mundo fenomênico, uma feição generalizante, perdendo-se, por vezes, de sua concreta expressão e induzindo a uma leitura típica em termos exclusivamente formais, nos inadmissíveis termos de um ilícito de mera desobediência”. (D’AVILA, Fábio Roberto. **Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo.** op. cit., p. 20)

pretende-se fornecer elementos para a melhor compreensão dos pontos definidores do bem jurídico-penal ambiental.

Não basta, por assim dizer, que exista mera referência constitucional para que esteja demonstrada a dignidade penal do valor penalmente protegido, sendo indispensável que se estabeleça parâmetros a permitir diferenciar os bens quanto àqueles a que se pode chamar de aparentemente supraindividuais, pois “*El dato de que siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización*”²⁹³.²⁹⁴

A partir dessa realidade é de se compreender necessária uma sistematização dos bens jurídicos supraindividuais e a consequente definição de parâmetros para a exclusão daqueles com aparente legitimidade penal, que acabam fraudando técnicas de criminalização quando travestem-se de supraindividualidade, revelando-se, em essência, em bens puramente individuais ou, até mesmo, em valores sem qualquer dignidade penal.

Sob esse aspecto, contextualiza Hefendehl que só podem ser entendidos sob a chancela da supraindividualidade aqueles bens cujo o gozo não seja possível ser estabelecido apenas quanto a uma pessoa, tratando-se de valores de não-exclusividade²⁹⁵. Nesse sentido também Figueiredo Dias trabalha quando estabelece que “A verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo”, complementando o autor que “nesta possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico colectivo”²⁹⁶.

Hefendehl também utiliza como critério definidor o fato de que um bem supraindividual, conceitualmente, não oferece condições de divisibilidade, ao que denomina de critério da não-rivalidade de consumo, o que, importante salientar, não permite concluir que esses bens não possam ter consumo irregular, pois “também o bem coletivo é vulnerável a

²⁹³ HEFENDEHL, Roland. **El bien jurídico como eje material de la norma penal**. In: Hefendehl, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* op. cit., p. 182.

²⁹⁴ “Uma justiça que funciona, uma estrutura de funcionários públicos isenta de corrupção, uma moeda intacta, um sistema de tributos justo e um meio ambiente não-destrutivo têm importância essencial para as possibilidades de desenvolvimento do indivíduo na sociedade, de modo que eles de maneira alguma contradizem o conceito pessoal de bem jurídico”. (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. (Org. Alaor Leite). 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57.

²⁹⁵ “A segurança externa seria um caso claro de bem coletivo, porque ninguém pode ser excluído de gozar deste bem e porque o fato de que A dele goze em nada afeta ou impede que B também o faça. (...) Não é possível, portanto, atribuir o bem coletivo ou a uma parcela dele a uma determinada parte da sociedade. Todos podem se beneficiar de igual maneira da segurança da moeda e da segurança do Estado. O fato de que os bens coletivos tenham em parte uma importância diversa em nada modifica o que acaba de se dizer”. (HEFENDEHL, Roland. **O bem jurídico como pedra angular da norma penal**. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83)

²⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. op. cit., p. 150

um consumo irregular e, por isso, passível de redução e de destruição”²⁹⁷. O que pretende com a classificação é estabelecer que os bens supraindividuais permitem que todos possam dele se beneficiar, caracterizando-se esses, por consequência, pela não distributividade, pois deve ser impossível que apresentem condições de serem divididos em partes para que possam ser individualmente aproveitados. E dessa questão da não-consumibilidade Hefendehl reporta três espécies de bens: a) aqueles que estão dispostos à organização e manutenção do Estado, constituindo-se em bens que não chegam a ser diretamente aproveitados pelos membros da sociedade; b) os que sustentam as incriminações de condutas contra o meio ambiente e; c) aqueles que tem que admitir serem criados em função de ordem social para a efetivação da vida em comunidade, como, por exemplo, a fé pública no crime de falsa moeda.

E diante dessa sistematização, o autor determina que os bens supraindividuais podem ser divididos em categorias. A primeira leva em conta os bens jurídicos de confiança (*Vertrauensrechtsgut*), que são justamente aqueles de relevância para determinado grupo social quanto à aspectos de convivência. Assinala que “Essa particularidade do bem jurídico de confiança, a saber, a fragilidade de suas condições de subsistência, é uma razão adicional para a sua autonomia conceitual”²⁹⁸. A segunda encerra os bens consumíveis, pois teriam como objetos materiais recursos capazes de desaparecerem, o que evidencia o caso da necessária proteção penal do meio ambiente. Esses bens diferenciam-se daqueles ditos de confiança em razão de que não gozam de auto reprodução como aqueles. Depois a categoria dos bens de proteção das condições intrínsecas ao funcionamento do próprio Estado. E, por fim, alguns bens que estariam em uma categoria intermediária entre natureza individual e supraindividual, como é o caso da saúde pública, dos delitos de transito, por exemplo.

E é com tal sistematização e estrutura dos bens supraindividuais que se tornará possível, por consequência, afastar a incidência penal sobre aqueles que apenas aparentemente invocam tratamento dessa natureza²⁹⁹. Fundamental sublinhar que essa compreensão fornece

²⁹⁷ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 84.

²⁹⁸ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85.

²⁹⁹ Muitas vezes a questão dos bens aparentes denuncia o esquecimento do conteúdo liberal que deu azo à teoria do bem jurídico, identificando processos de criminalização de meras violações de comportamentos impostos pelas normas. Tais condutas penalmente previstas denunciam que “esses conceitos não designam qualquer objeto específico por trás da norma de comportamento penalmente sancionada, mas apenas consequências hipostasiadas decorrentes da vigência fática de toda norma desta espécie” (AMELUNG, Knut. **El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos**. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 184).

condições para que seja possível formalizar críticas sobre as necessárias condições de legitimidade das criminalizações, pois a necessidade de fundamentação e compatibilização constitucional de um bem jurídico-penal deve variar conforme o local que ocupe nessa organização estrutural. Sendo assim, deveras importante a assertiva de Hefendehl quando sustenta que “Sempre que um bem jurídico é desmascarado em sua qualidade de bem aparente, modificam-se as condições de legitimação”.

Logo, é de se dizer que essa é certamente uma das mais importantes utilizações da teoria do bem jurídico, posto que “é neste espaço que a teoria mostra a sua força crítica, permitindo a verificação de legitimidade de cada tipo penal sob o ângulo do bem jurídico cuja ofensa se encontra no cerne da incriminação”^{300, 301}

Mas também é de se reconhecer que a sistematização e as categorias a identificar o bem supraindividual ganham contornos ainda mais complexos quando se constata que não se mostram capazes de detalhar com os proporcionais enquadramentos penais bens que, em razão da demasiada abstração e por conta do fato de proporcionarem efeitos negativos sobre muitas pessoas, parecem supraindividuais, quando em verdade não os são. Há nessa questão dificuldade de se estabelecer sobre qual realidade se está trabalhando, quando se torna fundamental, então, que se identifique se o grau da ofensa tem potencial de atingimento de interesses que ultrapassem questões individuais. É o exemplo de Hefendehl quanto aos crimes falimentares, quando sustenta que mesmo que possa ser grande o número de pessoas a serem atingidas por crimes dessa natureza, a questão sinaliza, ao fim e ao cabo, prejuízos que acabam mesmo é prejudicando patrimônio de credores e não valores difusos a justificar técnicas de criminalização próprias de bens supraindividuais.³⁰²

Com esses elementos e diretrizes, justificada a legitimidade e necessidade do bem jurídico supraindividual, assim como sua indispensável autonomia frente às definições do bem tido apenas sob aspectos individuais, conclui-se este tópico no sentido de reforçar que todos os argumentos aqui dispendidos visam a manutenção das justificativas primeiras da

³⁰⁰ GIULIANI, Emília Merlini. **O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal.** op. cit. p. 74.

³⁰¹ “A teoria do bem jurídico tem, primeiramente, uma tarefa de grande importância na crítica à hipostasia de bens jurídicos coletivos aparentes naqueles setores em que na verdade se trata apenas de uma classe de bens jurídicos individuais. Com isso, a teoria pode contribuir já no campo da simples exegese legal com argumentos decisivos para uma redução adequada do campo do punível, sem a penosa hipoteca de ter de afirmar a inconstitucionalidade de uma lei”. (SCHUNEMAM, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 56.)

³⁰² HEFENDEHL, Roland. **El bien jurídico como eje material de la norma penal.** In Hefendehl, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* op. cit., p. 186.

teoria do bem jurídica, qual seja a de limitar o poder de punitivo com barreiras de racionalidade que não permitam um aviltamento das sanções penais.

Reconhecer o bem supraindividual é, ao contrário do que possa parecer em certas situações, reforçar o caráter crítico das criminalizações, sem descuidar dos novos interesses sociais que, para além das visões clássicas do direito penal em seu berço liberal, devem se apresentar conectados com estes tempos e com os ideais de preservação do futuro das próximas gerações. Por isso a importância de não se conceber o bem jurídico apenas sob o aspecto das teorias de ordem pessoal, quando se mantém radical antropocentrismo e desconsidera-se a importância decisiva que o ramo pode oferecer no sentido de preservação de valores supraindividuais. Diante disso, é preciso admitir a fundamentação dualista no seio da teoria do bem jurídico-penal, ratificando-se, entretanto, que o interesse penal de ordem supraindividual deve sempre apresentar-se apto a de alguma forma justificável (subsidiariedade e fragmentariedade) preservar interesses ligados aos seres humanos.

3.3 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL E TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

Com o suporte de tudo até agora exposto, é chegado o momento de definir os fundamentos que tornam possível a proteção penal do valor meio ambiente, haja vista sua importância para a sociedade e para o desenvolvimento das pessoas, assim como aquilo que representa para além da órbita humana quando entendido no equilíbrio de seus próprios sistemas.

Essa importância, por conseguinte, provoca grande interesse social na sua tutela jurídica, realidade indispensável para que seja despertada a preocupação penal acerca de determinado valor, pois a teoria do bem jurídico, enfatiza-se, caracteriza-se justamente pela proteção de bens de elevada relevância para a coletividade. Dito de outra forma: a partir da teoria do bem jurídico não há legitimidade no interesse penal sobre condutas que nada digam ao contexto da comunidade! Diante disso, o meio ambiente restará aqui reconhecido, já se adianta, como bem jurídico autônomo que torna desnecessária a caracterização de outros bens com caráter eminentemente pessoal para a legitimação dos processos de criminalização que visem a sua proteção, configurando exemplo clássico de bem jurídico-penal supraindividual.

Para construir essa conclusão já antecipada, o primeiro passo é definir o que resta abrangido pela expressão bem jurídico ambiental. Ou seja, torna-se fundamental ter mente a

partir daqui qual o conjunto de significados para o direito, sobretudo para o direito penal, que deve ser possível extrair do tema meio ambiente conforme a realidade que permite concluir pela sua característica poliformica. Como visto no tópico anterior, quando se delimitou a análise sobre a ética ambiental em função de sua perspectiva natural, é de se conceber a multiplicidade de conceitos e conclusões que podem ser extraídos das definições do meio ambiente, mas é indispensável delimita-las sob a óptica jurídica para que possam ser traduzidas à realidade instrumental do direito, no intuito de se providenciar efetividade à proteção almejada.

Fazem-se necessários conceitos estruturantes da temática, sendo indispensável, desde já, enfatizar que justamente por conta das variadas formas de análise que os conceitos aqui oferecem, haja vista a complexidade dos pontos que abrigam, a sua grande maioria apresenta diferentes ramificações a depender da ciência ou campo que pretende o estudo. Ademais, também é de se reconhecer que a linguagem ambiental, porque muito praticada em diversos meios sociais nos últimos tempos, tudo por conta de um crescente sobre a importância do debate ecológico, apresenta “uma tendência à homogeneização de significados conceituais que são cada vez mais apropriados pelo senso comum, bem como uma diversidade de interpretações vazias de significados coerentes”³⁰³.

O primeiro dos conceitos centra-se nos contornos do termo ecologia, compreendido enquanto ramo da biologia que se destina ao estudo das relações estabelecidas entre os seres vivos e entre esses e o meio ambiente que habitam.³⁰⁴ Em razão de apresentar diversas possibilidades de discussão e enfoques, há ramos da ecologia que se arquitetaram para o estudo ordenado de determinadas áreas, como os que deram origem à ecologia humana, também à ecologia social, e até mesmo à chamada ecologia urbana. Pode-se dizer que a ecologia firma-se em outro conceito importante: natureza. Esta é tida como uma abstração, variável de acordo com o período histórico que se vive, pois depende do que se idealiza de sua composição, origem e objetivos. De todo modo, natureza é o nome que se atribui ao conjunto de tudo que existe, tudo aquilo que pode ser percebido: “Trata-se de uma realidade

³⁰³ RIBEIRO, Job Antônio Garcia; CAVASSAN, Osmar. Os conceitos de ambiente, meio ambiente e natureza no contexto da temática ambiental: definindo significados. **Góndola, Enseñanza y aprendizaje de las Ciencias**. Vol. 8, n. 2, Julio-Diciembre 2013, p. 62 -76.

³⁰⁴ “O termo ecologia foi cunhado em 1866 pelo biólogo e médico alemão Ernst Heinrich Haeckel (1834-1917), em sua obra *Morfologia geral dos seres vivos*, como proposta de uma nova disciplina científica, a partir dos radicais gregos *oikos* (casa) e *logia/logos* (estudo). Ecologia é, assim, o ‘estudo da casa’, compreendida em sentido lato como o local de existência, o entorno, o meio. É um ramo da moderna biologia, com foros de ciência, e dado como sinônimo de Mesologia”. (MILARÉ, Édis. **Direito ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138)

oferecida ao conhecimento e passível de pensamento, mas que dele independe. Constituída por elementos que podem não estar diretamente e imediatamente em reação com um organismo”³⁰⁵.

Já o termo ambiente pode ser visto de tantas maneiras em virtude de que faz referência à todas as condições por meio das quais os seres e os objetos se relacionam, o que compreende aspectos químicos, físicos, biológicos e estruturais que fazem parte originalmente dos espaços onde essas interações acontecem ou que tenham sido ali inseridos artificialmente pelos seres humanos. Em visão ampla, “abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos”³⁰⁶, sendo, portanto, o espaço entendido pelos elementos solo, água, ar, fauna, flora (elementos bióticos e abióticos), mas também por tudo aquilo criado pelo ser humano, como todas as edificações, condições estruturais das paisagens urbanas que refletem utilidades ou que apenas expressem ideias culturais³⁰⁷.

A Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 1972, ratificou essa dupla dimensão do conceito ambiente, quando enfatizou que suas perspectivas natural e artificial “são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma”³⁰⁸. Nessa linha, o direito brasileiro também concebe ao ambiente conceito amplo, o que se constata da leitura do art. 3º, I, da Lei da Política nacional do Meio Ambiente, que fala em “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”.

É de se advertir que ao encontro das lições de Cavassan e Ribeiro, em definições com caráter metajurídico, há diferença na conceituação de meio ambiente e ambiente. Não se desconhece que há quem entenda até mesmo que meio ambiente constitui-se em expressão pleonástica, quando meio e ambiente estariam ligados ao em torno de onde algo se localiza, se situa. Não obstante, os autores defendem que a natureza sentida, frente a qual se pode pensar, refletir, constitui o ambiente: “Pode ser entendido como o que da natureza é conhecido pelo

³⁰⁵ RIBEIRO, Job Antônio Garcia; CAVASSAN, Osmar. **Os conceitos de ambiente, meio ambiente e natureza no contexto da temática ambiental: definindo significados**. op. cit., p. 71.

³⁰⁶ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. op. cit., p. 143.

³⁰⁷ “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. (SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.)

³⁰⁸ “O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma. (Preâmbulo, item 1, da **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano - 1972**)

sistema social, o que está no horizonte perceptível humano”³⁰⁹; constituindo o meio ambiente o espaço próprio, o nicho de determinadas espécies ou indivíduos, a parte da natureza que se conhece, onde se dão as interações entre os seres, mas, para além disso, com a qual eles se relacionam imediatamente.

É certo que essas diferenciações revelam-se, sob aspecto científico, em importantes questões a definir padrões metodológicos do que se pretende investigar. Aqui, a partir de agora, quando se pretende trabalhar justificativas jurídico-penais a fundamentar os motivos pelos quais cabe também ao direito e ao direito penal a preocupação com a temática, pretende-se utilizar a ideia do ambiente sob o seu aspecto natural, dissociada de suas caracterizações artificiais, ainda que se reconheça que ambas apresentam pontos inseparáveis em determinados contextos. Na esteira do conceito estabelecido pela Associação Internacional de Direito Penal em seu XV Congresso, admite-se, então, o meio ambiente natural como termo que “engloba todos os componentes do planeta, bióticos e abióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, a água a terra, incluindo o solo e os recursos minerais, a flora e a fauna e todas as inter-relações ecológicas entre estes seres”³¹⁰.

Diante dessa orientação conceitual, enfatiza-se que ao se considerar a realidade nacional operada na Lei nº 9.605/98, quando da elaboração dos tipos penais de proteção do meio ambiente, tem-se, assim se pode dizer, que o legislador optou justamente por considerar como objeto de tutela penal as relações que se estabelecem no âmbito do meio ambiente natural, tido nos elementos ar, solo e água, mas também aquelas que se instrumentalizam no contexto da proteção da fauna e da flora. Pelo que se pode extrair a intenção de proteção de um verdadeiro equilíbrio ecológico entre tais elementos a manter híginas as características do ecossistema.

Definido esse importante padrão metodológico para a análise da legitimidade da tutela penal, é de se enfatizar que a proteção penal do meio ambiente, na esteira da abordagem constitucional praticada no primeiro capítulo desta pesquisa quanto à formação de estados socioambientais de direito, assim como nos referenciais teóricos levantados acerca das

³⁰⁹ “Uma construção humana historicamente construída. Faz alusão ao conjunto dos meios ambientes conhecidos pelo homem e é constituído de fenômenos que podemos representar e que são capazes de entrar em reação com um organismo, mas que ainda não foram chamados a fazer. Inclui aqueles fenômenos que não são imediatamente utilizados, mas que estão em condição de serem empregados operacionalmente pelo organismo”. (RIBEIRO, Job Antônio Garcia; CAVASSAN, Osmar. **Os conceitos de ambiente, meio ambiente e natureza no contexto da temática ambiental: definindo significados**. op. cit., p. 71)

³¹⁰ Revue Internationale de Droit Penal 66/75 (1995) *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. op. cit., p. 248.

construções constitucionais que justificam a teoria do bem jurídico-penal (segunda parte desta pesquisa), encontra suporte certo e indiscutível na realidade brasileira.

Nesse ponto vale recordar a conclusão já obtida no sentido de que a Constituição nacional relaciona-se com o direito penal a estabelecer espaços de criminalização obrigatórios; também campos de liberdade que, de modo contrário, não permitem a atuação penal sob nenhuma condição; assim como valores em relação aos quais não há qualquer vedação ou determinação positiva de tutela penal, cabendo ao parlamento, num típico exercício de democracia, a escolha da incidência do direito penal, respeitando-se, evidentemente, critérios dogmáticos indispensáveis (subsidiariedade e fragmentariedade). E aqui é de se reprimir o mandamento da Carta Magna constante no parágrafo terceiro do artigo 225, que prevê que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Diante do que se lê, não resta dúvida de que a tutela penal do meio ambiente no contexto do direito nacional resta autorizada e, por isso mesmo, necessita de lúcidos padrões de criminalização a legitimar sua incidência sob aspectos liberais na delimitação que esse bem ambiental deve apresentar a ponto de justificar sua dignidade penal.

Em consequência, a questão que surge vai no sentido de evidenciar fundamentos que demonstrem que a proteção do meio ambiente deve operar-se nos moldes de um bem autônomo, reconhecendo-se sua independência frente a outros valores, o que afasta por completo a ideia de construir-se em um falso bem supraindividual. É de se enfatizar, conforme análise já feita no primeiro tópico deste capítulo, que a visão sobre o bem jurídico-penal deve encontrar aqui foco a partir de fundamentações dualistas, ou seja, por meio de teorias que consigam conceber a autonomia de determinados bens tidos como supraindividuais. O meio ambiente, por certo, encaixa-se nessa perspectiva, traduzindo-se em um típico bem que deve ser compreendido autonomamente, mas que não deve perder de vista seu referencial ligado ao ser humano, pois não possui titulares que possam ser concretizados, já que evidenciados num contexto coletivo, mas se constitui, como dito, em decisivo interesse dessa coletividade no que diz respeito ao seu funcionamento equilibrado e adequado.

Repisando-se os requisitos antes trabalhados a partir de Hefendehl para a distinção dos bens supraindividuais daqueles com aparente natureza difusa, agora focando-se atenção especial sobre o bem ambiental, é de se enfatizar, de início, que como critério de grande importância no espectro dessa metodologia, não restam dúvidas de que o meio ambiente

natural está sob as noções de não-exclusividade, eis que do gozo das questões relacionadas a ele ninguém pode excluído. Não há por parte de uma pessoa, ou de grupos determinados, direito subjetivo às questões ambientais, como se o direito acerca dos bens ambientais pudesse receber uma espécie de proteção *erga omnes*. Todos podem dele fazer uso, obrigando-se, entretanto, ao gozo equilibrado que não comprometa a possibilidade de também ser aproveitado por outros indivíduos e por outras gerações, inclusive. O meio ambiente gera uma possibilidade de aproveitamento que se reverte, ato contínuo, em obrigação de preservação: “Sobre o meio ambiente não há um mero direito subjetivo à exploração, em verdade, há uma expectativa de direito ao uso sustentável de seus elementos (...)”³¹¹.³¹²

Também o critério da não-rivalidade é reconhecido no bem ambiental, eis que não suporta ser dividido para que possa ser consumido em partes distribuídas a determinados indivíduos, gerando ao Estado a obrigação de estabelecer regulamentações para a sua proteção no sentido de reconhecer a sua não-distributividade. Nesse ponto, adverte Caetano, encontra-se grande parte dos equívocos cometidos por alguns penalistas que acabam confundindo o bem ambiental com questões como saúde e incolumidade públicas, que se situam no âmbito dos bens individuais por natureza. Como afasta-se dessa realidade pessoal, o bem jurídico ambiental, visto de forma autônoma, invoca consequências dogmáticas decisivas, pois, não estando o bem ambiental ligado diretamente a interesses individuais, não pode ser admitido no âmbito da teoria de exclusão da ilicitude que se justifica no consentimento do ofendido, assim como nas questões atreladas à imputação objetiva, especialmente a autocolocação em risco. Portanto, pode-se concluir que não há titularidade individual do meio ambiente que permita o chamamento desses institutos.³¹³

E nesse contexto, estabelecida a característica supraindividual do bem ambiental e tido como valor que permite sua assunção no debate penal como legítimo bem autônomo, é preciso enfrentar as questões que restam expostas do debate entre os modelos jurídicos de tutela antropocêntrica e ecocêntrica, diante do que se pretende justificar opção por posição intermediária às duas construções jurídicas. Isso tendo em vista a não adoção de um puro biocentrismo a desnaturar as estruturas jurídico-penais idealizadas de forma crítica para o asseguramento de um direito penal democrático, reconhecendo-se, de outro norte, ao meio ambiente um valor intrínseco quando se constata na dignidade humana também sua

³¹¹ CAETANO, Matheus Almeida. **Os delitos de acumulação no direito penal ambiental**. op. cit., p. 189.

³¹² “A peculiaridade do meio ambiente está em ser esse bem consumível devido ao caráter limitável e não renovável de alguns recursos naturais o que impõe limitações a sua fruição pela generalidade”. (BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. op. cit., p. 217)

³¹³ CAETANO, Matheus Almeida. **Os delitos de acumulação no direito penal ambiental**. op. cit., p. 189.

“dimensão ecológica”³¹⁴, o que representa uma decisiva relativização do antropocentrismo clássico.

As teses antropocêntricas assumem postura no sentido de que o meio ambiente não representa bem jurídico autônomo a ponto de autorizar legítima a criação de tipos aptos a proteger formas de ofensa ligadas ao seu dano ou exposição a perigo. Defendem os filiados a essa forma de pensar que aquilo que de fato deve ser levado em consideração são as questões ligadas às formas e situações nas quais as agressões contra o meio ambiente revelam-se diretamente ofensivas à qualidade de vida dos seres humanos, pois resta admitido apenas enquanto condição necessária para o saudável desenvolvimento das pessoas. O antropocentrismo penal, nas palavras de Souza, “não considera o meio ambiente um ‘fim e si mesmo’, entendendo que a sua proteção tem em vista a tutela de bens jurídicos estritamente antropocêntricos, sejam eles individuais ou supraindividuais”, sintetizando o autor que “Não são reconhecidos, portanto, autônomos bens jurídicos ambientais ou ecológicos, mas sim bens jurídicos humanos”³¹⁵. O meio ambiente deve ser penalmente protegido sob essa perspectiva naquilo que se mostra necessário ao asseguramento de seus recursos naturais para a viabilização das condições de vida e de bem estar dos seres humanos³¹⁶.

Alejandro Figueroa chama a atenção para o fato de que para os antropocentristas o meio ambiente não constitui um bem autônomo porque deve ser concebido “*como un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas*”³¹⁷. Ou seja, tudo que no meio ambiente possui relevância penal deve estar intimamente ligado às condições de vida das pessoas, mantendo-se o puro caráter liberal da teoria do bem jurídico, não se podendo aceitar a proteção de outras formas de vida como objeto penal: “*Por tanto, para que pueda afectar al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea*

³¹⁴ Sarlet e Fensterseifer, admitindo visão antropocêntrica ao bem jurídico ambiental, enfatizam que “Não um antropocentrismo clássico de matriz filosófica cartesiana, calcado numa rígida relação de sujeito (ser humano) e objeto (Natureza), com nítido caráter instrumental e dicotômico”. Trata-se de um antropocentrismo jurídico ecológico (...)” (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral.** op. cit., p. 142)

³¹⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** op. cit., p. 270.

³¹⁶ “La protección ambiental debe ocuparse entonces no sólo de la existencia humana sino que puede venir también exigida en orden al mantenimiento de la calidad de la vida”. (ESER, Albin. **Temas de Derecho penal y procesal penal.** Lima: Idemsa, 1998, p. 128)

³¹⁷ FIGUEROA, Alejandro Ochoa. Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.ª Época, n.º 11 (enero de 2014), págs. 253-294, quando faz referência ao antropocentrismo de Bustos Ramírez.

de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas”^{318, 319}.

Mas o antropocentrismo também pode ser reconhecido na necessidade de proteção dos seres humanos do futuro, sem que se perca a referência fundada diretamente na qualidade de vida das pessoas. Em função disso, teses antropocêntricas também admitem possível o aproveitamento dos recursos naturais e da qualidade de vida gerada pelo meio ambiente pelas gerações futuras. Funciona como uma espécie de solidariedade “*con las generaciones siguientes, quien se da cuenta de que el agotamiento de recursos y la sobreexplotación por la civilización actual de potencial regenerativo amenaza las bases de nuestra descendência*”³²⁰. É de se recordar que a Constituição brasileira torna expressa essa solidariedade, ao determinar, como acima visto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também deve levar em consideração as gerações futuras, com o que não se pretende afirmar ter optado o constituinte pelo antropocentrismo a ponto de se desconsiderar a autonomia de valores ambientais.³²¹

O antropocentrismo, inviabilizando a autonomia do bem ambiental, também por isso oferece sérias restrições às técnicas de tutela, já que sendo necessário ter sempre os valores indispensáveis à vida humana como mote direto de proteção penal, condutas criminalizadas por meio dos crimes de perigo só encontrariam razão diante da demonstração de um bem pessoal ser claramente ameaçado. Nas palavras de Guilherme Figueiredo, “a afetação do bem jurídico ambiental só conduziria à tipicidade da conduta se fosse possível apreender uma perigosidade da própria conduta para a saúde ou a vida das pessoas”³²².

A concepção biocêntrica, por sua vez, vai em sentido diametralmente oposto, enfatizando a necessidade de se reconhecer o meio ambiente enquanto sujeito de direitos independente de qualquer possível relação com os seres humanos, o que lhe tornaria

³¹⁸ FIGUEROA, Alejandro Ochoa. Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? In **Revista de Derecho Penal y Criminología**. op. cit., p. 283.

³¹⁹ “Por essa razão, o meio ambiente, enquanto bem jurídico, seria instrumental à proteção de bens jurídicos tradicionais ligados à pessoa e o ilícito ambiental se compreenderia, pois, como uma nova forma típica de agressão a esses últimos e não ao meio ambiente em si mesmo considerado”. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. op. cit., p. 140).

³²⁰ ESER, Albin. **Temas de Derecho penal y procesal penal**. Lima: Idemsa, 1998, p. 131.

³²¹ “Claro está que incluso cuando se afirma la protección ambiental en interés de las siguientes generaciones nos movemos todavía en el marco de consideraciones antropocéntricas utilitarias. (ESER, Albin. **Temas de Derecho penal y procesal penal**. op. cit., p. 131)

³²² “Desse ponto de vista, porém, o direito penal ambiental seria constituído por comportamentos típicos construídos como forma especial de comissão das modalidades clássicas de crime”. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. op. cit., p. 142)

merecedor de proteção autônoma, sem que fosse necessário demonstrar sua utilidade ou aproveitamento às pessoas. Seria como um bem jurídico com conteúdo e identidades próprios, com o que se abandonaria de vez teorias pessoais que sempre buscam, em qualquer instância, a proteção dos direitos dos indivíduos.

Tal vertente encontra raízes nos movimentos pela formação de uma nova ética ambiental (sobretudo a já falada *Deep Ecology*), quando, conforme visto, ambientalistas, filósofos e até mesmo juristas passaram a entender a inevitabilidade da composição de uma nova ordem jurídica capaz de conferir ao meio ambiente status de sujeito de direitos compreendido nos seus próprios interesses (conforme viu-se em Serres) diante dos rumos sociais que indicavam (e ainda indicam) a inviabilização dos sistemas naturais a se perpetuarem determinadas práticas industriais e econômicas, por exemplo.

A proteção jurídica de valores ambientais, também por meio da esfera penal, nessa visão, destina-se a reconhecer a natureza como um fim e si mesma, uma entidade com direitos próprios e auto-efetiváveis, realidade frente a qual o meio ambiente se constituiria “em titular exclusivo de determinados bens jurídicos ecológicos, tais como: a limpeza ou saúde da água, do ar e do solo; a vida dos animais, a dignidade dos animais e das plantas; o equilíbrio ecológico; a biodiversidade etc.”³²³. E é justamente aqui que reside um dos maiores problemas relacionados a teoria do bem jurídico ambiental, eis que a partir do momento no qual o direito nasceu com a precípua função de regular os interesses humanos, condicionando ações que pudessem afetar direitos individuais e coletivos, admitir imposição de restrições aos indivíduos sem que as condutas selecionadas se justifiquem nesse cenário seria negar as estruturas da própria ciência jurídica.

Figueiredo Dias enfatiza que o Direito não tem instrumentos que concebam essa visão, pois não foi criado para ela, pois para o biocentrismo “não está qualquer direito positivo preparado, nem, em meu juízo, constitui o Direito (incluído o direito penal) instrumento legítimo e adequado”³²⁴.

³²³ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. op. cit., p. 272.

³²⁴ Segue o autor: “(...) afastar-me, de forma irremediável, de fundamentalismos ecológicos desconhedores da necessidade de constante avaliação de legítimos interesses conflitantes; e que por isso, em última instância, não só desconsideraram totalmente o relevo e as exigências da vida econômica, como acabam inclusivamente por desrespeitar a autodeterminação e a dignidade da pessoa”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente. Um quarto de século depois. In FIGUEIREDO DIAS, Jorge; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Tereza Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (Orgs.) **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: 2001, p. 382)

Diante disso é que a opção que de fato viabiliza a proteção do bem ambiental, pois calcada em fundamentos aptos a providenciar efetiva normatização sem perder os seres humanos do foco, é aquela entendida como antropocêntrica-ecocêntrica, também denominada antropocêntrica relacional, ou até mesmo tida como antropocentrismo alargado. Caracteriza-se por reconhecer a insuficiência de um puro antropocentrismo, posto que inviabiliza a tutela ambiental frente às possibilidades não reconhecidas no imediato alcance das pessoas, desconsiderando equilíbrios ecológicos de importância sequer conhecida pelos seres humanos. O antropocentrismo a impedir que o bem ambiental possa ser visto sob perspectiva autônoma desconsidera, na linha das transformações sociais já analisadas até aqui, a multiplicidade de novas formas de comprometimento dos valores ambientais, que, certamente, para além de uma concreta materialização sobre o ser humano, comprometem a médio e a longo prazo, de formas direta e indireta, a sua qualidade de vida e, até mesmo, a viabilidade dela. Assim como não colabora para a evolução ética dos indivíduos, pois, a par de estudos e comprovações que demonstram a necessidade de o ser humano integrar-se na natureza a ponto de reconhecer nela seu habitat em uma relação de mútua dependência, não fornece padrões adequados de proteção frente ao dinamismo característico dessa relação.

Albin Eser bem afirma que fazer ceder algumas das estruturas do antropocentrismo *“no tiene que significar necesariamente, en absoluto, un olvido de la relación última entre la naturaleza y el hombre, sino más bien supone que el hombre no se considere a si mismo, en un primer plano egocêntrico, como medida y único punto central de toda la naturaleza”*³²⁵. A opção por um antropocentrismo temperado, entretanto, também não significa seduzir-se pela proteção ambiental a ponto de comprometer princípios e sistemas legais arquitetados para a manutenção das liberdades individuais, tal como a adoção de visões ecocêntricas poderia propiciar. Essa forma moderada de encarar o bem ambiental vê possível a sua existência com autonomia frente àqueles caracterizados como individuais, mas não abre mão de que em alguma medida possam se apresentar conectados a interesses dos seres humanos. Aliás, é de se reconhecer que diante da existência de fundamentos normativos puramente ecocêntricos, seria até mesmo comum a utilização de instrumentos destinados à proteção da vida e da dignidade dos seres humanos na tutela das questões ambientais³²⁶. Ou seja, haveria por meio

³²⁵ ESER, Albin. **Temas de Derecho penal y procesal penal**. op. cit., p. 131.

³²⁶ “Por mais que a perspectiva filosófica biocêntrica – em oposição ao antropocentrismo – seja defendida com entusiasmo no discurso ambientalista (jurídico e não jurídico), tal entendimento não reflete as construções jurídicas e respectivos mecanismos normativos dos quais dispomos hoje para promover a tutela e promoção do ambiente” (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 145)

de sistematizações ecocêntricas extremas dificuldades de concretização dos valores ambientais, que protegidos na intenção de sua total valorização, teriam concretude de difícil instrumentalização, o que provocaria pouca efetividade até mesmo em relação aos padrões idealizados por visões com bases antropocêntricas³²⁷. Na esteira de Sarlet e Fensterseifer, a ideia é que a proteção do meio ambiente natural seja compreendida “pela consolidação e efetivação integradora dos direitos fundamentais liberais, sociais e ecológicos, sem o que a proteção do ambiente será mera ficção e tinta no papel”³²⁸.

O antropocentrismo ecológico reconhece que “*No es posible poner como centro de protección al medioambiente sin importar el lado humano y viceversa (...)*”, pelo que o direito não pode negar a importância dos assuntos ambientais, sobretudo pelo tudo já aduzido até aqui quanto aos necessários horizontes éticos já trilhados, quando, então, resta fundamental ter em mente, “*que el medioambiente surge como un bien jurídico colectivo, supraindividual y, que a pesar de ello, no deja de tener en cuenta al individuo, destinatario último de la protección penal*”³²⁹.

Reconhecer o meio ambiente como bem jurídico autônomo é saída também apontada por Albin Eser. O autor enfatiza que a realização de sistemas normativos que criam obrigações e responsabilizam pessoas por condutas deve encontrar mediação humana, mas ressalta que é comum que, no intuito de viabilizar diferentes esferas de direitos que são importantes aos membros das sociedades, também se criam entidades, ficções idealizadas juridicamente que acabam tornando-se detentoras de direitos e obrigações. O Estado é um desses exemplos, quando se arquiteta de modo complexo a viabilizar interesses humanos, devendo ser protegido quando determinada conduta afrontar a sua estrutura, ainda que não demonstrado reflexo explícito ao bem-estar da comunidade, pois, finalisticamente, destina-se exclusivamente a ela. É, segundo o autor, para essas situações que a teoria do bem jurídico admite seu formato dualista, abandonando vertente estritamente pessoal, conforme já assinalado no primeiro tópico deste capítulo. A teoria do bem jurídico possui importância decisiva quanto ao meio ambiente na medida em que, aceitando-o como bem jurídico com

³²⁷ Ost, enfatizando a necessidade de uma preocupação normativa com o meio ambiente natural, frisa que não se pretende fazer com que “as plantas e animais tenham direitos a fazer valer, mas que nós, homens, tenhamos deveres a respeitar. Deveres assimétricos de responsabilidade, justificados simultaneamente pela vulnerabilidade dos beneficiários e pela necessidade de respeitar as simbioses biológicas, no interesse da humanidade inteira”. (OST, François. **A natureza a margem da lei**. op. cit., p. 313)

³²⁸ Os autores ainda sustentam que “O objetivo da abordagem jurídica antropocêntrica ecológica é ampliar o quadro de bem-estar humano para além dos espectros liberal e social, inserindo necessariamente a variável ecológica, somada à atribuição de valor intrínseco à Natureza”. (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral**. op. cit., p. 145)

³²⁹ FIGUEROA, Alejandro Ochoa. Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? **Revista de Derecho Penal y Criminología**. op. cit., p. 286.

dignidade penal para além do pronto interesse humano, reforça o caráter liberal que lhe deu origem e permite-se avançar como critério eficaz diante de novas realidades a distanciar a noção de dano e perigo da figura do ser humano³³⁰: “*Los medios ambientales, individuales, plantas, animales o elementos naturales valiosos constituyen, por la necesidad de su conservación (...) intereses supraindividuales suficientemente delimitables y desarrollados de manera autónoma, lo que podría justificar su reconocimiento como bienes jurídicos independientes*”³³¹.

Assumida a postura de ver o bem ambiental integrado em uma visão antropocêntrica-ecocêntrica diante de uma realidade dualista da teoria do bem jurídico apta a conciliar a importância dos valores ambientais com os indispensáveis limites punitivos construídos para o aprimoramento das liberdades humanas, resta importante definir os contornos que esse bem jurídico ambiental deve apresentar para uma possível proteção penal que possa excluir condutas que se revelem, em verdade, em meras desobediências a serem definidas pelo direito administrativo sancionador. Buergo chama a atenção para a necessidade de se encontrar palpáveis definições para os bens jurídicos-penais com natureza supraindividual como exercício de fortalecimento dos próprios limites do direito penal, já que “*la problemática del bien jurídico en los nuevos ámbitos implica la necesidad de proceder a una labor de precisión por parte de la doctrina, pero no puede constituir un motivo para rechazar la acogida de éstos en Derecho penal (...)*”³³². Portanto, resta absolutamente coerente a conclusão de que a mercê dos interesses de proteção de bens supraindividuais é fundamental que se possa oferecer ao direito penal a possibilidade de atuação que se revele eficaz dentro dos moldes de sua origem de restrição dos intentos punitivos, garantindo que possa justificar-se como mecanismo de tutela a ponto de não significar mais uma danosa consequência da sociedade pautada na (in)gerência dos riscos causados por ela própria.

Conforme já sustentado, um dos maiores problemas enfrentados pela teoria do bem jurídico reside justamente na dificuldade de materialização do interesse protegido pelas incriminações, sendo que quando se delimita o objetivo da norma penal sob aspectos constitucionalmente admitidos (como aqui já se justificou), tornando possível, ainda,

³³⁰ “(...) querer reservar para o direito penal um papel mais modesto na proteção do meio ambiente, em respeito às limitações formais e materiais que se impõem a um instrumento tão drástico de defesa social, em nada contradiz o querer, com o mesmo direito penal, a manutenção de um meio ambiente equilibrado, em benefício das pessoas vivas e das que estão por vir. Simplesmente, ao direito penal não se pode pedir o que a ele não compete, sob pena de se incorrer numa perniciosa ‘bula de etiquetas’”. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. op. cit., p. 142)

³³¹ ESER, Albin. **Temas de Derecho penal y procesal penal**. op. cit., p. 134.

³³² BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. op. cit., p. 76.

concretizar os objetos sobre os quais recaem as condutas, vai-se em direção à tão perseguida legitimidade do Estado penal em ambientes democráticos. Reforça-se que a delimitação dos objetos a constituírem a figura típica mostra-se fundamental para que seja possível manter o caráter crítico das incriminações no momento da averiguação do nível de ofensividade da conduta que se pretenda punir, fator, como já analisado, que dá instrumentalidade à teoria do bem jurídico.

Mas que não se confunda o bem jurídico protegido e o objeto material do delito, já que este representa o elemento típico que encontra necessidade de redação para identificar pessoa ou coisa em relação a qual a atividade narrada pelo verbo do delito se dirige. Por isso, “nem toda coisa ou pessoa sobre a qual recaia a ação do sujeito ativo será considerada objeto material do crime, mas apenas aquelas que integram, explícita ou implicitamente, a descrição típica”³³³. Essa compreensão também já serve para a diferenciação quanto aos instrumentos do crime ou, até mesmo, frente ao corpo do delito, já que marcas de um arrombamento para a subtração de um bem, por exemplo, não podem gerar confusão em relação ao fato de que o objeto do crime é a coisa com valor econômico descrita no tipo em relação a qual o dano a determinado bem se fez necessário.

Pode-se também elencar como importante critério distintivo entre objeto do crime e bem jurídico a conclusão de que o primeiro é sensível aos sentidos, enquanto o segundo assume-se enquanto valor, conceito fluídico que justamente por isso necessita de materialização para que possa evidenciar sua agressão ou exposição a perigo.³³⁴

Assim sendo, entende-se que a melhor forma de compreender o termo meio ambiente natural para efeito da necessária proteção penal deve ser aquela que vise a tutela de todos os elementos que o compõe no nível da necessária manutenção do ecossistema, entendido como o complexo que envolve o ambiente físico (terra, água e ar) e os seres vivos que o habitam. Esses sistemas devem ser tidos como equilibrados quando se permite que cada espécie que o compõe tenha a possibilidade de exercer seu papel para o funcionamento do todo, havendo desequilíbrio nas situações de supressão das condições necessárias para a espontânea relação entre fauna, flora e entre os elementos que os constituem. Por isso, é certo que a pesca desordenada, assim como a caça de animais, o desmatamento, a poluição de rios e mares, assim como os abalos produzidos pela ocupação territorial desenfreada sem os necessários

³³³ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. op. cit., p. 233.

³³⁴ Na lição de Badaró, “o objeto material se diferencia do bem jurídico-penal, principalmente, por desempenhar apenas funções intersistemáticas (interpretação, classificação e individualização da pena), enquanto que o bem jurídico exerce também função transsistemática de limitação da atividade de criminalização”. (BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. op. cit., p. 233)

cuidados ambientais são elementos de grande impacto a comprometer o funcionamento natural dos sistemas ecológicos. Essas alterações a provocar desequilíbrios podem produzir efeitos a curto, médio e longo prazo, o que reforça, portanto, que não se pode entender o bem jurídico meio ambiente apenas na perspectiva da imediata utilidade para o ser humano, eis que em inúmeras situações sequer se terá elementos para definir as gravosas respostas com as quais há de se conviver, assim como falta conhecimento sobre o nível de efetivação desses fenômenos.

Nessa assumida linha de proteção penal do equilíbrio dos sistemas naturais, é de se contemplar a ideia de que também deve-se considerar a existência de uma multiplicidade desses equilíbrios, pois apresentam significativas variações a depender das interações que se estabelecem na natureza, realidade que provoca a conclusão de que se mostra necessário extrair conceitos da mecânica, termodinâmica, fisiologia dos organismos e da própria teoria dos sistemas para que tudo possa ser melhor compreendido. Mas também nas palavras de Serres, é preciso reconhecer que “As culturas inventaram de igual modo um ou diversos equilíbrios de tipo humano ou social, decididos, organizados, defendidos pelas religiões, os direitos ou as políticas”. Por isso, defende Serres que “precisamos de pensar, construir e colocar em prática um novo equilíbrio global entre estes dois conjuntos”.³³⁵

É por isso que se faz necessário que o ser humano compreenda o nível de integração que sua presença deve efetivar na fauna e flora, a ponto de assimilar a interdependência de seus interesses com as questões do meio ambiente natural para que seja possível um equilíbrio contemporâneo que reste traduzido na existência da natureza admitida em seus próprios ciclos e, como isso, pronta a efetivar o bem-estar dos indivíduos. Não se pode mais admitir estruturas de equilíbrios naturais que se amoldem exclusivamente ao usual conceito moderno da evolução tecnológica, como se os recursos da natureza devessem servir apenas ao progresso tecnológico-industrial, eis que, a ilustrar um nítido paradigma, essa forma de conceber a relação ser humano com a natureza se mostra arcaica frente à atual compreensão da ética ambiental.

Equilíbrios naturais e o progresso humano não representam ideias contrapostas, constituindo essa aparente oposição em realidade construída em função do afastamento vivido pelo ser humano da sua essência enquanto parte do meio ambiente natural. O

³³⁵ SERRES, Michel. **O contrato natural**. op. cit., p. 64.

desenvolvimento dos seres humanos sob os aspectos individual e social e a manutenção dos equilíbrios ecológicos compõem, necessariamente, dimensões de uma mesma realidade³³⁶.

Também é de se asseverar, mesmo diante da complexidade que norteia a definição de conceitos que traduzem o equilíbrio ecológico, que resta fundamental que as normas assimilem que os sistemas naturais possuem, no centro de suas relações tendente à sua harmonia, seus próprios pontos de desordem. Os desequilíbrios funcionam como pontos estruturais dos processos naturais, quando a concepção de ordem também admite como sua parte fundante o não-equilíbrio, pois “Nos sistemas vivos, a ordem proveniente do não equilíbrio é muito mais evidente, manifestando-se na riqueza, na diversidade e na beleza da vida em todo o nosso redor. Ao longo do mundo vivo, o caos é transformado em ordem”³³⁷.

É por isso que ao dialogar com a natureza, as leis da física e da termodinâmica acabam por mostrar que para a manutenção dos equilíbrios é indispensável conhecer (ao menos levar em consideração essa possibilidade) os pontos de desequilíbrio que, de forma espontânea, redundam na ordem dos sistemas naturais, devendo o direito oferecer proteção sob essa perspectiva, assimilando que ordem e desordem traduzem-se necessárias.³³⁸

Em síntese, é a preservação dos equilíbrios naturais que torna possível que os variados sistemas que os compõem possam agir na manutenção de um *status* ambiental que providencie a espontânea, livre e autônoma existência das inúmeras espécies que formam a fauna e a flora. E é justamente nesse ponto, reafirma-se, que se intersecciona o interesse humano a justificar a possibilidade de a teoria do bem jurídico-penal tornar legítima a tutela do meio ambiente visto de modo autônomo, já que, mesmo que de forma mediata ao interesse dos indivíduos, a preservação dos equilíbrios naturais evita que a vida e a qualidade existencial das pessoas retem comprometidas.

Como já sustentado, a partir da complexidade dos sistemas naturais, e até mesmo das definições culturais que a ele são estendidas, mesmo que determinada conduta contra equilíbrio ecológico não se mostre sequer de maneira remota ofensiva aos interesses das

³³⁶ “Deverá ficar bem claro, com efeito, que proteger a natureza limitando as nossas subtrações excessivas e reduzindo as nossas emissões nocivas, é trabalhar, simultaneamente, para a restauração dos equilíbrios naturais e para a salvaguarda dos interesses humanos. E mesmo formulando assim esta ideia, continuamos prisioneiros das ideias convencionadas, porque parecemos opor equilíbrios naturais e interesses humanos, enquanto que, precisamente, os interesses humanos assentam, igual e mesmo primeiramente, em equilíbrios naturais” (OST, François. **A natureza a margem da lei**. op. cit., p. 310).

³³⁷ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. op. cit., p. 156.

³³⁸ “Em vez de ser uma máquina, a natureza como um todo se revela, em última análise, mais parecida com a natureza humana – imprevisível, sensível ao mundo circunvizinho, influenciada por pequenas flutuações. Consequentemente, a maneira apropriada de nos aproximarmos da natureza para aprender acerca da sua complexidade e da sua beleza não é por meio da dominação e do controle, mas sim, por meio do respeito, cooperação e do diálogo”. (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. op. cit., p. 158)

peessoas sob determinada metodologia científica, é de se levar em consideração o desconhecimento humano acerca das variadas questões inerentes ao tema. Ou seja, condutas que abalem ou coloquem em perigo equilíbrios naturais agridem verdadeiramente a dignidade humana vista sob a sua dimensão ecológica, o que permite que o direito penal reste também convocado a agir como mecanismo de prevenção e repressão sem que com isso perca seus padrões pessoais que historicamente lhe concederam caráter crítico.

E assim, pode-se afirmar que a ideia do bem jurídico-penal do meio ambiente a partir da manutenção dos sistemas naturais, conforme sustenta Guilherme Gouvêa, “facilita o labor de concreção e individualização do núcleo de desvalor, indispensável para se poder determinar se um comportamento deve ser considerado punível³³⁹”. Com essa importante limitação no intento de criminalização, em que pese o direito penal acabar por negar proteção ao meio ambiente em diversas situações, quando não demonstrado dano ou perigo ao equilíbrio dos sistemas naturais, mantém-se hígida sua característica de tão somente suprimir direitos fundamentais ao ser humano quando condutas digam respeito aos interesses da comunidade, tendo como fim o bem-estar de seus membros. Do contrário, ao se admitir a incidência da norma penal sobre qualquer conduta contra o meio ambiente estar-se-ia funcionalizando a pena, apostando-se apenas numa missão simbólica que, sem conteúdo material, seria incapaz de racionalizar dogmaticamente a proteção pretendida³⁴⁰.

Nesses espaços onde o direito penal restará negado é que se poderia apostar na incidência de normas de cunho administrativo, podendo o direito sancionador exercer papel de elevada importância. E não só diante da ausência de bem jurídico penal se poderia invocar o direito administrativo, mas até mesmo quando não se mostre possível encontrar técnicas de ofensividade que demonstrem a necessidade excepcional do direito penal a se julgar a ofensa que se pretenda oferecer proteção³⁴¹.

³³⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. op. cit., p. 149.

³⁴⁰ “De fato, é uma problemática contradição pretender estruturar a teoria do delito tendo por horizonte a aplicação da pena, que nada mais é do que a consequência de sua configuração, ora, a pena pressupõe o crime. Há, entre esta e aquela, uma relação de prejudicialidade e de dependência. Ela só pode eventualmente incidir se já configurado o delito e não o oposto”. (ESCALCOM, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 78.)

³⁴¹ “(...) acreditamos ser possível concluir que a relação entre o direito penal e o direito sancionador de natureza administrativa, quando considerada a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, perfaz-se em diferentes espaços normativos, entre os quais, ora objeto de nosso interesse, estão o primeiro e o segundo: a) o primeiro espaço normativo vedado ao direito penal em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa; b) o segundo formado por fatores detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal quanto ao administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelo

Aqui, ainda que dessa conclusão outra pesquisa certamente pudesse nascer, se pode invocar como fundamentação de um direito penal contemporâneo a necessidade de que os intentos de criminalização não possam girar em torno de bases teleológicas a indicar um sustento único sobre interesses de política criminal: proteger o meio ambiente é necessário, mas ainda que a ética ambiental mude as ações frente ele, construindo cenário no qual o interesse nessas questões assuma papel central nas organizações políticas, há que se conceber também, reforça-se, a manutenção de uma dogmática penal que tem forte função na racionalização daquilo que se concebeu tratar de direito penal democrático. O que se pretende ver confirmado ao se discutir os contornos do bem jurídico penal-ambiental é justamente a importância que o ilícito, enquanto desvalor da conduta e do resultado que produz, demonstrar, negando-se que a tutela penal se dê por interesses politicamente variáveis que acabam desnaturando estruturas tão caras ao processo evolutivo das sociedades organizadas sobre os direitos individuais.

Apoiado nesse intento, mas dando ênfase à necessidade de se construir normas penais a partir de elementos que digam respeito às características que compõem os seres humanos (ontológicas), sobretudo àquelas que justificam circunstâncias indispensáveis a sua própria existência, é que se estabelece o fundamento onto-antropológico das incriminações, matriz de pensamento penal que por sua base sobre os conceitos de cuidado, admitidos como inerentes aos indivíduos, bem pode oferecer parâmetros a justificar a possibilidade/necessidade das incriminações ambientais. Nas palavras de Teixeira Neto, “O fundamento onto-antropológico do direito penal é um modo de compreender as coisas do direito penal por meio de um olhar ontológico, mais especificamente analítico-existencial, mas também por meio de um olhar antropológico”³⁴².

Por decorrência “a ilicitude material é iluminada pela relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo como dimensão comunicacional primeva do ser do homem em sociedade”³⁴³. Estrutura-se essa perspectiva sobre a ideia de que as ações humanas em sociedade se mostram concebidas por meio de uma relação de cuidado que os indivíduos originalmente, e necessariamente, precisam desenvolver em relação aos outros. É basicamente

interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo”. (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. op cit, p. 103.)

³⁴² “A tarefa de um fundamento onto-antropológico do direito penal é oferecer sentido ao ordenamento jurídico-penal por meio do desvelamento – e, conseqüentemente da descrição – do fenômeno que seria a gênese da juridicidade: a *relatio*. A relação do ‘eu’ para com o ‘outro’ e do ‘outro’ para com o ‘eu’”. (TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais**: Uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 132)

³⁴³ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos**: Compreensão do conteúdo material à luz do conceito Onto-Antropológico. Curitiba: Juruá, 2017, p. 63.

o cuidado (*sorge*) de Heidegger, em o “Ser e Tempo”, constituindo-se em base do ilícito ao centrar a ontologia humana a partir da noção ser-aí. Funciona tal fundamento penal, a partir da construção de Faria Costa³⁴⁴, como um sistema que pretende evitar a geração de perigos que exponham de modo injustificável esse(s) Outro(s) a dano, reconhecendo as fragilidades dos indivíduos e a necessidade que possuem de cuidar do Outro como se cuidassem de si para que o todo possa desenvolver-se com harmonia.³⁴⁵

Na esteira de Fabio D’avila, a relação ontológica de cuidado-de-perigo define o ilícito penal como “nada mais que a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-perigo. Não obviamente qualquer oscilação, mas apenas aquela que aos olhos da comunidade historicamente situada é tida por insuportável”³⁴⁶. Teixeira Neto completa: “Quando, contrapondo a ordem jurídico-penal o ser-aí deixar de cuidar o ‘outro’ romperá a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo”³⁴⁷.

E se deve dar atenção ao fato de que esse cuidado a transformar-se em padrão estruturante da legitimidade penal deve ser admitido em sua visão claramente social, compondo um certo “ontologismo social” que acaba por definir os seres humanos como membros de uma rede, uma forma de teia onde todos, em uma nítida relação de cuidado-para-com-o-outro, acabam por carregar a intrínseca responsabilidade de definir e redefinir constantemente condutas que, a depender dos tempos, refletem-se necessárias para o cuidado de todos: “A relação de cuidado é, pois, uma constante em tal comunidade”³⁴⁸.

Em síntese, o fundamento onto-antropológico define o direito penal sobre uma relação de cuidado-de-perigo porque transfere o cuidado original do ser consigo para um nível capaz

³⁴⁴ A teoria onto-antropológica do direito penal foi desenvolvida por José de Faria Costa por ocasião de sua tese de doutoramento na Universidade de Coimbra. O trabalho intitulado “O Perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e contribuição dogmáticas” foi defendido em 1991, tendo sido, mais tarde, publicado em formato de livro (COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992).

³⁴⁵ Ao comentar a relação que o ser humano deve estabelecer com o cuidado, D’avila, a partir da Fábula de Hígino da obra *Ser e Tempo*, estabelece que “O Cuidado foi o primeiro a formar o homem, tornando-se assim a origem do ser do homem. É nas mãos e pelas mãos do Cuidado que o homem alcança o ser-homem, de modo que por justiça, em uma irremediável vinculação à origem primeira, o cuidado irá possuí-lo enquanto ele viver. Ou, ainda, nas palavras de Heidegger, ‘o ente não é desligado desta origem, mas é preso por ela, é por ela perpassado enquanto este ente está no mundo. O estar-no-mundo possui a marca ontológica do Cuidado’”. (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. op cit, p. 48.)

³⁴⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. op. cit, p. 50.

³⁴⁷ TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais: Uma compreensão onto-antropológica**. op. cit. 134.

³⁴⁸ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. op. cit., p. 110.

de atingir o Outro que no mesmo contexto social habita. É o direito penal refinando suas categorias por meio de critérios metajurídicos, aproveitando da filosofia fundamentos que permitam expandir sua capacidade de lidar com aquilo que interessa ao Estado penal. Ressalta-se que não se trata de admitir que a filosofia se sobreponha ao direito penal, eis que é importante reconhecer o espaço que cada área deve e pode ocupar nas soluções de problemas que digam respeito aos aspectos sociais, mas, repisa-se, significa que o fundamento onto-antropológico busca uma matriz, uma gênese a indicar o sentido em direção ao qual todas as normas penais devam se dirigir.

Em consequência disso, reafirma-se a importância da teoria do bem jurídico como importante referente das incriminações³⁴⁹, eis que a partir do momento no qual apenas autoriza tipos que se mostrem indispensáveis para a salvaguarda de valores indispensáveis ao desenvolvimento dos indivíduos em sociedade, ratifica a medida onto-antropológica que exige a eleição de interesses sobre os quais mostram-se indispensáveis o exercício do cuidado.³⁵⁰

E por tudo dito, não resta dúvida de que a noção de meio ambiente equilibrado pode bem se encaixar nessa teia de cuidado a justificar a incidência das normas penais. Se o ser humano é constituído do cuidado original que transcende ao coletivo e se esse cuidado deve ser lido a partir das necessidades da manutenção da rede social que a todos conecta, o meio ambiente natural como condição de vida e de desenvolvimento sadio dos indivíduos torna-se indispensável nesse contexto, sendo certa a possibilidade de constituir um bem jurídico-penal autônomo. A relação de cuidado aqui é estendida à manutenção dos sistemas naturais, ao equilíbrio ecológico necessário à efetivação da solidariedade no sentido de se possibilitar que todos possam dele usufruir, as gerações futuras, inclusive.

Na busca por problematizar questões que possam oferecer continuidade a esta pesquisa, poder-se-ia até mesmo iniciar a partir daqui discussão sobre se o estabelecimento do cuidado com o meio ambiente não poderia ser entendido como objeto de proteção penal também por conta de se constituir a natureza em entidade formada pela união de variadas formas de vida que, sistemicamente, possibilitam aos indivíduos, igualmente em cuidado, a possibilidade de sua vida. Não que com isso pretenda-se a formulação de ideais ecocêntricos a

³⁴⁹ “O fundamento onto-antropológico do direito penal reforça a ideia da tutela penal de bens jurídicos enquanto função e limite do direito penal. Reforça, também, o reconhecimento da ofensa a bens jurídico-penais como única e verdadeira medida do crime”. (TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais: Uma compreensão onto-antropológica**. op. cit., p. 138)

³⁵⁰ “A matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo projeta-se na ordem jurídico penal por meio da tipificação das condutas que representam a subversão do cuidado, o ‘não-cuidado’, resultante em ofensas a valores eleitos como mínimo ético por uma comunidade jurídica”. (TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais: Uma compreensão onto-antropológica**. op. cit., p. 139)

justificar processos de criminalização, até porque o próprio fundamento onto-antropológico apresenta estruturais oposições a essa possibilidade, mas sim para reforçar o necessário antropocentrismo ecológico e chamar a atenção ao fato de que o cuidado com a natureza aqui poderia ser tido como forma de retribuição àquele que seus ciclos fornecem aos humanos. Ou seja, sob essa perspectiva, pessoas e meio ambiente natural entrelaçam-se por meio dos fios de cuidado que compõem a teia da vida.

Ao se lembrar dos fundamentos que redimensionaram os movimentos constitucionais de Equador e Bolívia, que reconheceram a existência da *Pachamama* até mesmo como sujeito de direitos, tal como visto ao término do primeiro capítulo, é de se passar a refletir sobre as razões que poderiam levar a natureza a colocar-se na posição de credora de cuidado a ponto de se criminalizar condutas de quebra dessa orientação. Teixeira Neto, sustentando a possibilidade de um cuidado em direito penal que também legitime as incriminações que visem proteger os animais, alargando, portanto, o conceito de Outro para além das figuras humanas, defende que “o que define o ‘outro’ da relação não é a espécie, mas, sim, a ontológica fragilidade estrutural. A argumentação, no contrário, poderia ser reduzida a um injustificado ‘especismo’”³⁵¹.

Entretanto, tamanha a variação de análises que se fariam necessárias para um aprofundamento da compreensão onto-antropológica nesse sentido, opta-se, por ora, por justificar sua importância a permitir, como dito, a tutela penal do meio ambiente ao fundamentar que sua existência pode ser claramente admitida numa relação-de-cuidado-com-o-outro, admitido esse Outro, na compreensão clássica de Faria Costa, como os seres humanos que coexistem.

E para encaminhar desfecho, assentada a importância do bem jurídico-penal ambiental na manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, ainda que o objetivo desta pesquisa não tenha se centrado em discutir o padrão de criminalização utilizado pela lei brasileira do meio ambiente (Lei nº 9.605/98), vale o registro quanto a falta de apego crítico do legislador no processo de confecção dos respectivos tipos penais. Assim porque percebe-se na referida lei incriminações que sequer mostram possível a proteção do bem jurídico ambiental nos moldes aqui defendidos, que tipificam meras desobediências com nítido viés administrativo, assim como outras que oferecem técnicas de ofensividade com baixo padrão crítico. Em síntese, não se mostra possível compreender com quais delimitações do bem ambiental trabalhou o legislador pátrio, o que maximiza a importância deste estudo e até mesmo sugere sua extensão

³⁵¹ TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais**: Uma compreensão onto-antropológica. op. cit., p. 156.

no sentido de se proceder análise pormenorizada de cada tipo penal para que se possa propor adequações e formas de interpretação do que já existe dentro dos contornos ressaltados neste estudo.³⁵²

De todo modo, vale chamar a atenção ao fato de que, sob aspecto geral, da leitura das condutas penalizadas pode-se ao menos extrair que a lei brasileira permite importante interpretação no sentido da possibilidade de se encarar o bem jurídico do meio ambiente de forma autônoma, conferindo-lhe status de autêntico bem jurídico. O que, importante frisar, não pode permitir interpretações de que teria adotado visão puramente ecocêntrica, mas sim que o meio ambiente se mostra indispensável de proteção nos termos da manutenção de seus sistemas naturais e que, tido a partir da teoria do bem jurídico-penal, necessita ter, ainda que mediatemente, fim ligado ao ser humano.

³⁵² Como exemplo dessas questões quanto à ausência do bem jurídico ambiental no processo de criminalização elaborado pela lei brasileira, vale citar o art. 56 que ao prever a conduta de “Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” criminaliza situação sem que se tutele, tal como aqui defendido, o equilíbrio ecológico. Outra questão que merece destaque na lei brasileira versa sobre o crime de maus tratos aos animais, em que não obstante a importância que pretende dar a um determinado conceito de dignidade animal, peca em atribuir a criminalização a proteção de bem ambiental. Conforme construção aqui feita “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (art. 32) não compreende condutas aptas ao desequilíbrio ecológico ou sua supressão. Nesse sentido, vide TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais: Uma compreensão onto-antropológica.** op. cit..

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegado ao fim desta pesquisa é o momento de se articular as conclusões obtidas, sem que com isso deseje-se colocar ponto final aos problemas aqui diagnosticados. Importante frisar que a partir deste trabalho novas possibilidades se abrem para a temática do direito penal ambiental, certo que por meio de tudo aqui desenvolvido novas linhas de investigação apresentam-se, ratificando a certeza de que para pesquisadores pontos de chegada repercutem sempre novos rumos científicos. Portanto, seguem-se de maneira objetiva as conclusões às quais a pesquisa levou:

I. Acredita-se ser inegável a necessidade de cada vez mais os Estados passarem a incluir nas suas políticas públicas mecanismos de proteção do meio ambiente natural. A virada constitucional que marcou a segunda metade do século XX, denominada neoconstitucionalismo, quando a dignidade humana passou a ser o centro do agir político também deve, cada vez mais, buscar a implementação da dimensão ecológica referente à vida e ao bem-estar humanos. Por isso, conclui-se a necessidade premente de formação de Estados Socioambientais de Direito na expectativa de que para além dos direitos individuais e sociais, que marcaram a formação histórica dos Estados de Direito, o meio ambiente também constitua parte estruturante daquilo que deve compreender-se por desenvolvimento social e humano.

II. As revoluções industrial e tecnológica produziram diversas transformações no desenvolvimento das comunidades, desde o século XIX, fazendo com que muitas questões afetas às suas formas de implementação passassem a ocupar inegáveis espaços de preocupação quanto às suas consequências. Fala-se de riscos com consequências incalculáveis a despertar diversas discussões sobre formas de controle, promovendo debates em diversas searas. A sociedade de risco, tão aclamada e também contraditada, inegavelmente traduz uma nova era de problemas em relação aos quais também o direito deve apresentar-se como mecanismo de controle.

III. O direito penal como um dos meios mais fortes de repercussão jurídica de fatos sociais também ganhou espaço fundamental nesse cenário de remodelação para a sociedade de risco. Assim porque as discussões sobre os novos espaços de incriminação, diante dos novos interesses sociais, fizeram surgir inúmeros debates em relação às estruturas do ramo penal. O direito penal do risco destina-se a debater especificamente a expectativa de proteção de novos interesses surgidos em decorrência do redimensionamento das possibilidades de

condutas danosas à coletividade, sem que estruturas e objetivos de contenção do poder punitivo possam ser considerados perdidos. Busca-se adequar importâncias político-criminais com os aspectos dogmáticos estruturantes do ramo penal.

IV. Como um dos pontos mais discutidos nesse cenário apresenta-se a teoria do bem jurídico que se destina ao estabelecimento de critérios a orientar processos de criminalização no intuito de tornar crítica a intervenção penal estatal. Sua origem, contemporânea das revoluções liberais, revela a intrínseca relação do instituto com os direitos fundamentais da pessoa, colocando-se, repisa-se, como pedra angular do agir penal orientado para a valorização dos direitos individuais.

V. Nesse aspecto, as discussões sobre a teoria do bem jurídico recaíram fortemente sobre a possibilidade de admissão da proteção penal para além de bens com caráter puramente individual. Fala-se dos chamados bens supraindividuais que, conforme constatou-se durante a pesquisa, possuem inegável legitimidade, haja vista constituírem-se de modo indispensável à satisfação dos elementos estruturais dos Estados para o desenvolvimento livre dos seres humanos. Ademais, admitindo-se que as criminalizações devam apresentar referencial constitucional, não se discute a base que muitos bens supraindividuais apresentam, tais como administração pública e, ao que interessou ao trabalho, o próprio meio ambiente natural.

VI. Os bens supraindividuais, quanto à relação que estabelecem com aqueles de natureza individual, devem possuir certa autonomia, conforme modelo dualista da teoria do bem jurídico. Para tanto se conclui a necessidade do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: A não rivalidade no seu consumo, a não exclusão no usufruto e a não distributividade. Esses, importante salientar, fundamentais para que se possa excluir dos padrões dos autênticos bens supraindividuais aqueles tidos apenas com aparência de supraindividualidade, já que nesses as condutas estão sempre diretamente ligadas a valores de cunho estritamente individual.

VII. Por meio dessa construção chega-se à certeza de que o bem ambiental constitui-se em autêntico bem supraindividual, pois preenche os requisitos mencionados e apresenta-se apto a receber tutela penal diante da certeza de que pode ser assim tratado.

VIII. Tendo em vista que o interesse penal, a par de outros requisitos fundamentais, deve operar-se a partir da importância social dos temas que pretende albergar, conclui-se que a ética de reformulação dos valores ambientais constituiu decisivo passo nesse sentido. O século XX, marcado por muitas tragédias ambientais, foi palco de diversas construções

teóricas tendentes ao estabelecimento de uma série de novas práticas do ser humano para com o meio ambiente natural, o que justificou o interesse penal também pelo tema.

IX. Definida a possível intervenção penal nas questões ambientais, a pesquisa levou à ratificação de que para uma proteção que respeite padrões histórico-normativos do direito penal e que ao mesmo tempo atenda ao interesse político-criminal de tutela do meio ambiente, é de se admitir a necessária transposição de um modelo antropocêntrico clássico para atingir compreensões a fundamentar um antropocentrismo relacional, moderado, ecológico. Esse entendido a partir da necessária superação do paradigma que historicamente vislumbrou a natureza apenas dentro do raio de importância imediata ao ser humano. O antropocentrismo clássico tem-se por superado, o que também não significa a aceitação de um biocentrismo a permitir construções normativas que não digam respeito em nenhuma medida ao ser humano.

X. Vencida a ideia do antropocentrismo clássico e definido como inviável o biocentrismo, a teoria antropocêntrica-ecocêntrica mostrou-se a mais adequada à autonomia do bem jurídico-penal ambiental. Concluiu-se ser esse o melhor formato de estruturação das normas diante do fato de que com ele não se perde o referencial humano, e que, ao mesmo tempo, também se mantém o direito atento às construções éticas que determinaram uma nova compreensão da natureza frente ao ser humano.

XI. Tendo por base visão antropocêntrica-ecocêntrica e afirmada a necessidade de uma visão dualista da teoria do bem jurídico, a pesquisa evidenciou a importância da delimitação do conceito bem jurídico-penal ambiental num sentido de se perseguir a fundamental materialização do bem que se deseja proteger. Diante disso e, sobretudo por causa das naturais dificuldades de concretização de bens supraindividuais, o trabalho de mensuração dos exatos termos nos quais se mostra possível a tutela penal é tarefa indispensável à manutenção da orientação crítica da teoria. Por isso concluiu-se que o bem ambiental destinado à tutela penal, para que possa autorizar a composição típica nos limites da necessária ofensividade, deve-se encerrar dentro daquilo que se pode entender como equilíbrio ecológico. Esse equilíbrio, por sua vez, trabalhado como a possibilidade que os elementos componentes da fauna e da flora devem ter para que possam desenvolver-se, exercendo seu papel para o funcionamento do complexo sistema que integram.

XII. A pesquisa assentou que a manutenção dos sistemas naturais é de fundamental importância para a vida e o bem-estar humanos, assim como, viabiliza as expectativas de um futuro. E está aqui a característica indispensável ao bem jurídico-penal visto sob aspecto

dualista, quando se acaba ratificando a necessidade de que o direito penal tem de, ainda que mediatamente, satisfazer interesses humanos.

XIII. Como possibilidade de estender o que foi aqui pesquisado, o trabalho também mostrou possível que o bem jurídico-penal ambiental possa ser satisfatoriamente correspondido na esteira do fundamento onto-antropológico do direito penal. Por ele, fugindo-se de realidades funcionalistas, a intervenção penal deve se justificar nos exatos moldes da necessária evitação de perigo aos outros, admitindo-se o cuidado como característica ontológica dos seres humanos. Ao se conceber que os ciclos naturais mostram-se indispensáveis à efetivação até mesmo da dignidade humana, conclui-se que a teia de cuidado a qual faz referência o modelo onto-antropológico resta extensível também à natureza.

XIV. Derradeiramente, a pesquisa mostrou-se viável ao entendimento de que o direito penal deve evoluir no sentido da necessária e possível adaptação aos novos espaços de incriminação surgidos na contemporaneidade. O que não significa que atender as expectativas desse tempo seja o mesmo que negar a origem do direito penal liberal cunhada sobre o controle da tutela penal nos moldes da efetivação da subsidiariedade. A viabilidade da proteção penal do meio ambiente nesse cenário é algo que evidencia uma possível releitura de estruturas dogmáticas penais, permitindo a evolução da própria ciência penal rumo à sedimentação dos valores das liberdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, L.; MEDEIROS, F. L. F. Rompimentos de barragens e o necessário rompimento com 1945: uma questão de sustentabilidade. Encontro Nacional do CONPEDI/BSB, 2016, BRASÍLIA. **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis I: CONPEDI, 2016. v. II. p. 282-298.

ALENCASTRO, Mario Sérgio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 19, p. 13-27, jan./jun. 2009. Editora UFPR.

AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In Hefendehl, Roland (Ed.). **La Teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal, Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. 1992. a. 2, f. 2. p. 173-205.

ARON, Raymond. **Dezoito lições sobre a sociedade industrial**. Brasília: Martins Fontes, 1981.

ASÚA, Jiménez. **Principios de derecho penal, la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

AYALA, Patrick de Araújo. **Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os “novos” direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D’Placido, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. Saraiva: São Paulo: 2010.

BAUMER, Franklin. **Pensamento europeu moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BECK, Ulrich. **La invencion de lo politico**. Buenos Aires: FCE, 1998.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: UNESP, 2003.

BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOFF, Leonardo. **Ecologia. Grito da terra, grito dos pobres**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1999.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BRICOLA, Franco. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela. 1984, p. 14 apud

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e fundamentos filosóficos: Compreensão do conteúdo material à luz do conceito Onto-Antropológico**. Curitiba: Juruá, 2017.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Parte general. 3 ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: Uma abordagem garantista**. Campinas – SP, Editora Millennium. 2007, p. 48.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 1997. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 1997.

CAETANO, Matheus Almeida. **Os delitos de acumulação no direito penal ambiental**. São Paulo: Pillares, 2016.

CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato. Breves Reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro. In CAETANO, Matheus Almeida; LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

CALLEGARI, André; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da teoria geral do delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradativa, 1999.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Uma compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo; Saraiva, 2006.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 80, p. 7-34, set.-out. de 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Editora Unisinos: São Leopoldo. 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Pontes, 1999.

ESBORRAZ, David Fábio. El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza. In: **Derecho del Estado** n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 93-129.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n.º 6, Lima, 1998.

ESER, Albin. **Temas de derecho penal y procesal penal**. Lima: Idemsa, 1998.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal. A constituição penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acessado em 27/08/2017. Acessado em 22 de julho de 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente. Um quarto de século depois. In FIGUEIREDO DIAS, Jorge; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Tereza Pizarro;

FERREIRA, Eduardo Paz (Orgs.) **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: 2001.

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

FIGUEROA, Alejandro Ochoa. Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3.^a Época, n.º 11 (enero de 2014), págs. 253-294.

GAUER, Ruth, Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 139.

GIULIANI, Emília Merlini. **O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal**. 119 f. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Também Habermas, Gomez Benitez, Otto, Mir Puig são tidos como autores ligados às teorias sociológicas.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do direito penal**. Revista jurídica do Ministério Público do Mato Grosso, ano 2, nº 3, p. 249-276, jul/dez. 2007.

GUIVANT, Julia. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. **Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais**, 1998; 46:3-38.

GUIVANT, Julia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente e Sociedade**. vol.19 n.1 São Paulo jan./mar. 2016.

HABERMAS, Jüger. **Sobre a constituição da europa**. São Paulo: Unesp, 2012.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade - Os iluminismos britânico, francês e americano**. Trad. De Silva, Gabriel Ferreira da. São Paulo: É Realizações, 2011.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentos para a metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005.

KISSENGER, Henry. **Ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

KUO, Way. **Critical reflections on nuclear and renewable energy: environmental protection and safety in the wake of the Fukushima nuclear accident**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2014.

LEITE, José Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato (Coordenador). **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. **Os novos direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Marrielle Alves. Os tribunais internacionais penais na política externa dos Estados Unidos. **Meridiano 47**, nº 135, 2013, p. 19-27.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, M. Berbich. **A (In)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade do risco (Lei n.º 9605/98)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORIN, Edgar. **A necessidade de um pensamento complexo**. MENDES, Candido (Org.). Representação e complexidade: Garamond, 2003.

OLAECHEA, José Urquiza. El Bien Jurídico. **Cathedra, Espíritu del Derecho**. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. nº 2 - Año 2 - Mayo 1998.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. **Propriedade e democracia liberal**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

OST, François. **A natureza a margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89.

PEREIRA, Elenita Malta. Rachel Carson, ciência e coragem. **Ciência hoje**. Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. 50, set. 2012, p. 72-73.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade**. Porto Alegre: Editora UniRitter, 2011.

PIRES, Patrícia Balancelli; PEREIRA, Reginaldo. Os direitos dos animais no novo constitucionalismo latino-americano. In WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILO, Maria Aparecida Lucca (Orgs.). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano**. São Leopoldo: Karywa, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMALHO, José Rodorval. Igreja católica, moral econômica e modernidade. **Revista Brasileira de História das Religiões**. Ano III, n. 9, Jan. 2011, p. 199-210.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas. Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RIBEIRO, Job Antônio Garcia; CAVASSAN, Osmar. Os conceitos de ambiente, meio ambiente e natureza no contexto da temática ambiental: definindo significados. **Góndola, Enseñanza y aprendizaje de las Ciencias**. Vol. 8, n. 2, Julio-Diciembre 2013, p. 62 -76.

RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho en el positivismo ético contemporáneo. **Isegoria**, Nº 35, julio-diciembre, 2006, 73-87.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid; Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental. Introdução, fundamentos e teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena.** Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENHORAS, Elói Martins. Geopolítica dos conflitos socioambientais na América do Sul. **Meridiano 47**, n. 115, fev. 2010, p. 21 a 23.

SERRES, Michel. **O contrato natural.** Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA, Rafael Speck de. **Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo:** um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da constituição federal de 1988. 211 f. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética.** Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Orgs.). **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TARREGA, Maria Cristina. O direito ambiental no contexto democrático: o paradigma ecossocial no constitucionalismo democrático latino-americano. In DERANI, Cristiane; SCHOLZ, Mariana Caroline. (orgs.). **Globalização e as novas perspectivas do direito ambiental econômico.** Curitiba: Multideia, 2015.

TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela Penal de Animais:** Uma compreensão onto-antropológica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VASCONCELOS, Erik Schunk; GOMES, Carlos Minayo. Impactos da poluição química ambiental na saúde da população. **Vértices**, maio de 2010, vol. 2, p.19-24.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A formação do estado democrático de direito**. Ijuí: Edidora Unijuí, 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4 ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br