

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL | *THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW*

MARCOS AFONSO JOHNER

RESUMO | A constitucionalização de direitos transindividuais exige que o Poder Público adote medidas adequadas para a respectiva proteção, inclusive, se preciso for, por intermédio do Direito Penal. Diante disso, este artigo objetivará analisar de que modo o reconhecimento constitucional de direitos transindividuais – tomando por base o meio ambiente – favorece a expansão do Direito Penal, além de procurar encontrar um critério de legitimidade para os crimes de perigo abstrato. O método de abordagem será o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE | Direitos fundamentais. Meio ambiente. Perigo abstrato.

ABSTRACT | *The constitutionalization of transindividual rights requires that the Government adopt appropriate measures for the respective protection, including, if necessary, through Criminal Law. Whereupon, this article will aim to analyze how the constitutional recognition of transindividual rights - based on the environment - favors the expansion of Criminal Law, in addition to seeking to find a legitimacy criterion for crimes of abstract danger. The method of approach will be deductive, through bibliographic research.*

KEYWORDS | *Fundamental rights. Environment. Abstract danger.*

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições dos variados países entrelaça-se aos princípios da Revolução Francesa. Com efeito, os direitos de primeira geração vinculam-se à liberdade, procurando emancipar o indivíduo diante do Estado, tendo como uma de suas principais características a natureza negativa, buscando impedir a intervenção do Estado na vida privada. De outro lado, os direitos de segunda geração estão atrelados à igualdade material, surgindo com vistas a diminuir as diferenças sociais, a exigir, desse modo, uma intervenção positiva do Estado. Já os direitos de terceira geração, reflexos do ideal de fraternidade, visam a salvaguardar a humanidade, sendo marcados pela sua transindividualidade.

A positivação desses direitos nas diversas Constituições exige que o Poder Público adote as medidas adequadas para protegê-los. É o que acontece, por exemplo, com o meio ambiente, tutelado no art. 225 da Constituição Federal do Brasil (apenas CF de agora em diante). Situação esta que refletirá, queiramos ou não, em âmbito penal. E, como o desequilíbrio ambiental muito bem representa a sociedade do risco contemporânea, marcada por destruições que, se ainda não ocorreram, pelo menos são iminentes, cada vez mais se tornará comum antecipar a punibilidade. Em outras palavras, a técnica de tutela penal por meio de crimes de dano vem a revelar-se insuficiente, de modo que os crimes de perigo, sobretudo abstratos, ganham destacado espaço nas legislações penais no panorama atual.

Diante disso, este artigo objetiva analisar de que modo o reconhecimento constitucional de direitos transindividuais – tomando por base o meio ambiente – favorece a expansão do Direito Penal. Para o desenvolvimento do trabalho, com o qual coincidem os objetivos específicos, buscaremos demarcar, num primeiro momento, o processo de reconhecimento constitucional das gerações de direitos fundamentais. Na sequência, procuraremos enquadrar o direito ao meio ambiente no âmbito do catálogo de direitos fundamentais. Por fim, verificaremos, em consonância com o objetivo

geral, o porquê de o Direito Penal expandir-se em contextos de constitucionalização de direitos transindividuais, procurando, além disso, estabelecer critérios de legitimidade para a técnica de tutela penal pela tipificação de crimes de perigo abstrato.

2. AS TRÊS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O esclarecimento terminológico acerca do emprego de determinada nomenclatura é necessário para o correto entendimento do desenrolar da escrita. Eis o motivo pelo qual advém o nosso interesse em diferenciar, ainda que brevemente, direitos humanos de direitos fundamentais. Os primeiros referem-se, no inteligir de Sarlet (2012, p. 251), àqueles “direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal”. Já os direitos fundamentais são aqueles “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2012, p. 249). Cuida-se de distinção não excludente ou incompatível, a possibilitar, pois, o relacionamento entre ambas as dimensões, observadas as devidas esferas de positivação (SARLET, 2012, p. 251).

Dado o primeiro passo no encadeamento das ideias, avança-se para a (breve, porém precisa) análise da perspectiva histórica dos direitos fundamentais, importante não apenas do ponto de vista hermenêutico, mas também pela coincidência em relação à história do surgimento do moderno Estado constitucional. A propósito, tem este a sua essência e razão de ser fundado no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2012, p. 251-252). Advirta-se, contudo, que o exame focará na fase de constitucionalização dos direitos fundamentais e nas respectivas gerações¹, deixando-se de lado – e obviamente que sem perder de vista a sua importância – as fases pré-histórica e intermediária.

1 Se se disse que o esclarecimento terminológico detém relevância, esta nota não poderia ser omitida. É que há certa crítica ao uso do termo “gerações”, que poderia ensejar a falsa impressão de uma geração substituir a outra. Por esse motivo parte da doutrina prefere valer-se do termo “dimensões”, conforme ressalta Sarlet (2012, p. 258), nomenclatura, aliás, a que ele adere. Apesar disso, utilizaremos o termo “gerações”, não perdendo de vista a fundamentada crítica ora esboçada.

Os princípios cardeais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, que constituíram o lema da Revolução Francesa no século XVIII, exprimem o conteúdo dos direitos fundamentais, inclusive na cronologia de sua gradativa institucionalização. Institucionalização esta demarcada por um processo cumulativo e qualitativo de reconhecimento dos direitos fundamentais. De modo a possibilitar a coincidência entre os princípios recém-mencionados às chamadas gerações de direitos (BONAVIDES, 2004, p. 562-563). Sem que – reforce-se a nota nº 1 – tenha ocorrido uma substituição ou exclusão entre uma geração e outra.

Com efeito, os direitos de primeira geração guardam correspondência com o princípio da liberdade, tendo como principal característica o ideal de não intervenção do Estado na vida privada, a demonstrar a sua natureza negativa (JELLINEK, 2000, p. 106). Representativos dessa categoria são os direitos civis e políticos, exemplificados, claro que não exaustivamente, pela própria liberdade, pela propriedade e pelo voto, a revelar uma íntima correlação com a Democracia (SARLET, 2012, p. 260) e com o Estado Liberal de Direito. O titular, a perceber-se, é o indivíduo em sua singularidade, assistindo-lhe a possibilidade de oposição desses direitos ao Estado (BONAVIDES, 2004, p. 562).

Entretanto, o ideal de liberdade e igualdade do Estado Liberal apresentava conteúdo meramente formal, impossibilitando o respectivo gozo, circunstância que desencadeou no surgimento de movimentos reivindicatórios, a demandar um comportamento ativo do Estado na realização da justiça (SARLET, 2012, p. 261). Desse modo, os direitos de segunda geração nasceram abraçados – para nos valermos desta feliz expressão de Paulo Bonavides – ao princípio da igualdade – acresça-se – material, do qual são inseparáveis. Em seu rol, constam os direitos sociais, culturais e econômicos (BONAVIDES, 2004, p. 564). Diferentemente da primeira geração, os direitos de segunda geração reclamam uma atuação positiva do Estado. A este, incumbe a tarefa de assegurar aos indivíduos direitos a prestações, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., o que revela a transição das

liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2012, p. 261).

Os direitos de terceira geração, por sua vez vinculados ao ideal da fraternidade, emergiram da reflexão de temas relativos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. O que permite compreender que o seu processo de cristalização, ocorrido, sobretudo, em fins do século XX, firma-se não na proteção de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado em particular. A revelar que o destinatário passa a ser o gênero humano mesmo (BONAVIDES, 2004, p. 569), caracterizando-se como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa) (SARLET, 2012, p. 262).

E é justamente nessa transindividualidade, por muitas vezes indefinida e indeterminável, que reside a nota distintiva dos direitos de terceira geração. Com efeito, ainda que o meio ambiente preserve, por exemplo, a dimensão individual, o seu reconhecimento constitucional demanda novas técnicas de garantia e de proteção (SARLET, 2012, p. 262-263). Esta constatação permite prosseguir ao próximo entretítulo, no qual procurar-se-á situar o direito ao meio ambiente no âmbito do catálogo dos direitos fundamentais da CF.

3. O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A relação do homem com o meio ambiente é uma das questões, destaca Pérez Luño (1991, p. 207), que mais suscitaram amplas e inquietantes preocupações em tempos recentes – o que ainda hoje se revela atual, a observar a data do texto citado. Afinal, é no meio ambiente que o homem está imerso, tendo ali a sua existência condicionada. Com efeito, acrescenta Pérez Luño, a contaminação e a degradação do meio ambiente teve pontual repercussão no *habitat* humano e no próprio equilíbrio psicossomático dos indivíduos. Daí a preocupação das Constituições contemporâneas em tributar um espaço de reconhecimento jurídico-constitucional ao meio ambiente, conforme destaca Francisco López Menudo:

Junto a outros direitos ou princípios que transcendem a esfera do estritamente individual, as Constituições mais recentes incorporaram previsões que revelam eloquentemente um estado de sensibilidade ou preocupação diante dos problemas meio-ambientais, tanto por causa de sua real deterioração quanto pelo contexto ideológico que isso implica, dada a necessidade de resolver a delicada questão de situar em sua respectiva categoria o relativo ao desenvolvimento econômico, por uma parte, e as necessidades meio-ambientais e inquietações ecológicas, de outra [tradução livre] (MENUDO, 1991, p. 165).

Por essa razão, houve por bem a CF reservar, no Título relativo à Ordem Social, um capítulo dedicado à tutela do meio ambiente – espaço este ausente nas Constituições anteriores. A redação do *caput* do art. 225 é bastante elucidativa: “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”. Para Thomé (2015, p. 118), o reconhecimento constitucional do meio ambiente foi um grande passo, proporcionando um salto qualitativo no que se refere às normas de proteção ambiental.

Além disso, o reconhecimento constitucional do meio ambiente possibilitou romper com o até então paradigma legalista. Isso reflete diretamente na atuação do Poder Público e de toda a coletividade, na medida em que se lhes dirige a obrigação de implementar mecanismos de desenvolvimento sustentável (THOMÉ, 2018, p. 119). Outra repercussão importante diz respeito ao controle de constitucionalidade dos atos normativos hierarquicamente inferiores que contrariem, de alguma forma, a CF. Cenário em que se afiguram possíveis tanto o controle difuso – principalmente em sede de ação civil pública (art. 129, III, CF) – quanto concentrado de constitucionalidade (THOMÉ, 2018, p. 119)².

No mais, por meio ambiente entenda-se – diante da ausência de definição constitucional – “o conjunto de condições, leis, influências e

2 Temos como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.717/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal assentou que “as alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República”.

interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, Lei nº 6.938/1981). Percebe-se que esta definição abrangeu somente o meio ambiente natural, motivo que levou a doutrina, devido à deficiência, a ampliá-lo, de forma a contemplar, também, o meio ambiente cultural, artificial e do trabalho (SIRVINSKAS, 2018, p. 161)³.

Nessa senda, intercalando as disposições constitucionais e legais, há de interpretar-se o termo meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir da combinação do binômio desenvolvimento e meio ambiente (art. 170, VI c/c art. 225, *caput*, ambos da CF). Ou seja, a política ambiental não deve consistir, afirma Sirvinkas (2018, p. 162), citando Édis Milaré, num obstáculo ao desenvolvimento, mas sim, num instrumento de gestão racional, a permitir que ao substantivo desenvolvimento possa ser acrescido o adjetivo sustentável. Daí que o equilíbrio ecológico não signifique a inalterabilidade das condições naturais; o que se busca, no entanto, é “a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários bens que compõem a ecologia (populações, comunidades, ecossistemas e biosfera)” (SIRVINSKAS, 2018, p. 162).

Todavia, apesar do inquestionável reconhecimento constitucional, torna-se indispensável questionar se a CF erigiu o meio ambiente à categoria de direito fundamental. Questão que se levanta devido ao fato de o art. 5º da CF não fazer expressa menção nesse sentido. Circunstância esta cuja resolução, a nosso juízo, perpassa pela exegese do § 2º do referido art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal dispositivo permite a abertura material do catálogo de direitos fundamentais da CF, superando, assim, uma visão estritamente formal. A tônica reside na ideia de que existem determinados direitos que, devido ao seu

3 Ampliação conceitual que também já foi reconhecida pelo STF, na Medida Cautelar na ADI 3.540/DF: “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral”.

conteúdo, à sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, ainda que não estejam previamente contidos no catálogo originalmente formulado pelo legislador constituinte (SARLET, 2012, p. 270). Esse processo de abertura e a possibilidade de inclusão do meio ambiente no rol dos direitos fundamentais permite didaticamente classificá-lo, seguindo Sarlet (2012, p. 273), como um direito expressamente positivado sediado em outra parte do texto constitucional.

Assim as coisas, para que o direito positivado em outra parte do texto constitucional adquira a qualidade de direito fundamental, hão de se observarem, essencialmente, dois critérios: o da substância e o da relevância. Em outras palavras, por seu conteúdo e importância deve ser possível equipará-lo aos demais direitos integrantes do rol elencado no Título II da CF (SARLET, 2012, p. 279). A agregar-se, também, a hermenêutica do regime e dos princípios adotados pela Lei Fundamental, conforme deflui do já referido § 2º do art. 5º, com os quais se busca uma correspondência relacional. Basta apontar, por exemplo, para os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, que representam exigências elementares do princípio – e fundamento republicano (art. 1º, III, CF) – da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 280).

Esse quadro geral permite deduzir que o meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser – ou melhor, é – considerado um direito fundamental. Deveras, tal direito é considerado essencial à sadia qualidade de vida, apenas para parafrasear o art. 225 da CF. O que por si só demonstra a substancialidade conteudística e a relevância da defesa e da preservação do meio ambiente, além da correlação à dignidade da pessoa humana como concreção do direito à vida, sobretudo em se considerando o objetivo do equilíbrio ecológico não só para a geração presente, mas, também, para as futuras.

Aliás, já houve Proposta de Emenda à Constituição – a PEC nº 455/2010, de autoria do Deputado Roberto Rocha – para incluir o meio ambiente ecologicamente equilibrado no *caput* do art. 5º da CF. A justificativa apresentada teve como peça-chave justamente o argumento da ausência dessa previsão, cujo suprimimento teria o condão de reconhecer a

fundamentalidade formal do direito em questão. Entretanto, a PEC foi arquivada. Situação esta que não impede o reconhecimento material do meio ambiente como direito fundamental, antes reforça o trilho argumentativo até aqui expendido. Além do mais, tanto o STF (cf., exemplificativamente, a ADI nº 3.540/DF) quanto o STJ (cf., exemplificativamente, o REsp nº 588.022/SC) vêm reconhecendo a fundamentalidade do meio ambiente.

Direito fundamental – acresça-se – de caráter transindividual, a caracterizá-lo como um nítido direito de terceira geração (conforme já delineado pelo STF no ARE 955.846 AgR/MG). Isso porque o art. 225 da CF outorga a titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, considerando-o, ademais, um bem de uso comum do povo, indispensável à atual geração e às vindouras. Além disso, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, o inciso III do art. 129 da CF elencou, dentre elas, a proteção ao meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A carga semântica da expressão “outros interesses difusos e coletivos” encerra interpretação analógica tendo como parâmetro o “meio ambiente”, demonstrando tratar-se de direito de natureza transindividual, a embasar a classificação de outros direitos que exprimam tal particularidade.

Além disso, some-se também o adjetivo difuso à natureza transindividual apontada. Interesses ou direitos difusos são aqueles – na dicção do art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – de natureza transindividual, das quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A nota característica dos direitos difusos é que os seus titulares são indeterminados ou indetermináveis, a exemplo de todos os interessados no meio ambiente saudável. O que permite diferenciá-los, pois, dos interesses ou direitos coletivos, cujos titulares são identificáveis (THOMÉ, 2015, p. 122).

Assim reconhecido o meio ambiente – como direito fundamental transindividual de titularidade difusa –, em sua disciplina incidem, a nosso sentir, todas as regras constitucionais disciplinadoras dos direitos fundamentais. A destacar-se, sobretudo, a posição privilegiada, no ápice do ordenamento jurídico, cumprindo função axiológica e hermenêutica, além de

supremacia hierárquica em relação às demais normas constitucionais. Além disso, encontra-se sujeito aos limites rígidos de alteração constitucional, sejam eles formais (procedimento agravado) ou materiais (cláusulas pétreas). Por fim, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) (SARLET, 2012, p. 267).⁴

4. A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE E O CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal caracteriza-se como um instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos, entendidos estes como valores dignos de tutela, como unidades sociais valiosas e, portanto, boas para o indivíduo e para a comunidade (SOUZA, 2004, p. 139-141). Valores cujo reconhecimento axiológico precede à norma e que partem, num primeiro momento, de um processo positivo de valoração. Como bem destacou Kaufmann (1976, p. 98), “qualquer valoração negativa funda-se numa valoração positiva preexistente, mesmo que ambas coincidam sob o aspecto temporal. Essa valoração positiva diz respeito, ou melhor, cria os chamados ‘bens jurídicos’”. Daí que a sociedade, ao aperceber-se da importância de determinada realidade existencial, busca reunir esforços visando à sua continuidade. O que demonstra tratar-se o valor de um valor construído, tendo por base uma profunda referência histórico-comunitária (D’AVILA, 2009, p. 16). Tudo a demonstrar que a legitimidade de um Direito Penal que se pretenda o minimamente democrático reside em sua finalidade protetiva de bens jurídicos.

Nesse cenário, há de questionar-se acerca da possibilidade de o meio ambiente configurar um bem jurídico digno de tutela penal. Questão que é, a nosso ver, de fácil resolução, principalmente se levarmos em conta dois motivos. O primeiro refere-se à dimensão fenomênica, tendo em vista que a ecologia – ou o meio ambiente – representa o marco global para um renovado enfoque das relações entre o homem e o seu entorno. Nesse mesmo espaço,

4 Com a advertência de que utilizamos as reflexões do autor para embasar alguns dos reflexos constitucionais do reconhecimento da fundamentalidade formal de um direito, aqui aplicando ao meio ambiente devido à sua fundamentalidade material. O que não quer significar – frise-se – que o autor citado compartilhe, necessariamente, da posição assumida.

procura-se uma política de uso racional dos recursos energéticos – amplie-se para ambientais – e que substitua o crescimento desenfreado, orientado em termos quantitativos, por um uso equilibrado da natureza, a permitir a sadia qualidade de vida (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 207).

O segundo motivo é de ordem jurídico-positiva. Com efeito, ao dotar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de fundamentalidade material, estende-se ao Poder Público o dever de tomar as medidas necessárias para defendê-lo e protegê-lo, como, aliás, consta do *caput* do art. 225 da CF. E a tutela penal é – com a ressalva das críticas que doravante serão içadas – uma das formas adequadas para tanto. Atento a isso, o legislador constitucional estipulou, no § 3º do art. 225 da CF, mandado de criminalização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Portanto, mostra-se indiscutível a dignidade axiológica do meio ambiente em servir de base a proibições de natureza penal (D’AVILA, 2009, p. 23), a evidenciar aquilo que Figueiredo Dias (2007, p. 120) nomeia de analogia material entre a relação de mútua referência entre a ordem axiológica-constitucional e a ordem legal (jurídico-penal). Analogia esta, prossegue o autor lusitano, fundada numa essencial correspondência de sentido e de fins, de forma a identificar o bem jurídico como a concretização dos valores constitucionais e transformá-los, em definitivo, em bens jurídicos dotados de dignidade penal; ou, resumidamente e apenas, bem jurídico-penal. Procedimento hermenêutico-dedutivo que permite o reconhecimento do meio ambiente como um bem jurídico-penal⁵.

Contexto este que, no entanto, assemelha-se a uma faca de dois gumes. Se, por um lado, o bem jurídico-penal é o elemento referencial e axiológico indispensável para a legitimidade de qualquer incriminação, por outro, para o legislador mais afoito e desatento, ávido por punição, pode tornar-se um mero argumento retórico e funcionar como mecanismo de proliferação de tipos penais. Isso pode ser explicado levando em consideração a natureza

5 Obviamente que por pressupormos estar o bem jurídico-penal, em nossa elaboração, vinculado ao conceito dualista de bem jurídico, que não visualiza problemas na legitimidade cumulativa de bens individuais e coletivos. De acordo com Luís Greco (2004, p. 104), “uma teoria dualista não terá qualquer dificuldade em reconhecer o *meio ambiente* como um bem jurídico coletivo, nem sempre redutível a bens jurídicos individuais. Já uma teoria monista-pessoal poderá ter problemas com este conceito, havendo mesmo quem negue a existência de um bem jurídico coletivo meio ambiente, considerando todas as infrações ambientais meros crimes de perigo abstrato contra a vida ou a integridade física de pessoas concretas”.

dos riscos na sociedade contemporânea, marcados pelo fenômeno da globalização, como bem destaca Ulrich Beck. Com efeito, os riscos de outrora – como a navegação – eram individuais, diferentemente do desenrolar atual, tendo em vista que, agora, os riscos transcendem para toda a coletividade. Nesse cenário, afirma Beck (2010, p. 25-26), “os riscos civilizatórios atuais tipicamente escapam à percepção, ficando pé sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas (por exemplo, toxinas nos alimentos ou a ameaça nuclear)”.

Na conjuntura apresentada, é possível que a dogmática penal não consiga conter os influxos político-criminais, notadamente pela inversão funcionalista, ao colocar em primeiro lugar as finalidades da pena em detrimento do ilícito. De modo que o ideal de prevenção geral, tanto positiva (reafirmação da vigência da norma) quanto negativa (dissuasão dos destinatários da norma) acaba por prevalecer no discurso jurídico-penal, acarretando consequências muitas vezes desastrosas à liberdade pessoal. Não por motivo diverso que o Direito Penal, se não devidamente refreado pelos limites principiológicos à incriminação – legalidade, proporcionalidade, intervenção mínima etc. –, tende a expandir-se.

Expansão esta que, sem pretensão de exaustividade, pode ser explicada por dois fatores. O primeiro deles está na paulatina transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Deveras, o reconhecimento de novos direitos – sociais, culturais e econômicos – inapelavelmente acaba por repercutir a sua densidade normativa em âmbito penal, de forma a exigir-lhe a tutela de novos valores considerados indispensáveis em determinado tempo e lugar. Surge, por assim ser, o chamado Direito Penal Secundário, relacionado essencialmente, na dicção de Figueiredo Dias (2007, p. 121), “com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização econômica*” [grifo do autor], protegendo a esfera de atuação social do homem, geralmente em leis avulsas, não integradas aos Códigos Penais. Acontece que esse processo de descodificação e de intensificação legislativa acarreta sérias disfunções na operatividade do sistema, dando lugar a uma estrutura legal

hipertrofiada e propícia à maximização da ineficácia jurídico-penal (CARVALHO, 2008, p. 87).

O segundo fator de expansão do Direito Penal – reflexo claro do primeiro – encontra-se, de acordo com Silva Sánchez (2001, p. 25), na criação de novos bens jurídicos, ou, ainda, no aumento de valor dado àqueles já existentes. Acrescenta o autor que, dentre as causas dessa recente realidade, está a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, mas que, atualmente, começam a manifestar-se como bens escassos. A estes é atribuído um valor que anteriormente não lhes era dispensado, pelo menos não expressamente, a exemplificar, nesse âmbito, o próprio meio ambiente. A gerar uma propulsão criminalizadora, advinda também daqueles que Silva Sánchez (2001, p. 66-68) denomina de gestores “atípicos” da moral, representados por pessoas ou movimentos que, se outrora repudiavam o uso desordenado de incriminações, hoje clamam por mais Direito Penal. Esses novos gestores da moral coletiva – e Silva Sánchez menciona, inclusive, os movimentos ecológicos – encabeçam a tendência a uma progressiva ampliação do Direito Penal em prol dos seus interesses. Em outras palavras, parece haver uma fascinação pelo Direito Penal.

Fascinação tal e qual a de Narciso pela sua própria imagem. Autopoieticamente centrado, o Direito Penal – assinala Salo de Carvalho (2008, p. 91 e ss.) – acaba por fornecer a si próprio os critérios de validade da intervenção, elegendo arbitrariamente os bens a serem tutelados. Para o autor, a atribuição, ao Direito Penal, da responsabilidade de garantir a proteção dos principais interesses da Humanidade, aí compreendidos, inclusive, os das gerações futuras, expõe a potência narcísica do discurso. Não por diferente razão que esse sonho narcísico de tutela da Humanidade, visando a resolver as grandes questões da civilização, entorpece o pensamento jurídico-penal, ao mesmo tempo em que ofusca a realidade. Assim sendo, permanece a dogmática do Direito Penal atrofiada na crença de sua programação e funcionalidade próprias, a reafirmar o seu delírio de grandeza. Daí que, assumindo postura autorreferencial, “o discurso penal compõe integralmente os valores de Narciso: imagem exacerbada; excessiva estetização de si mesmo;

autocentrimento; intolerância a defeitos e incapacidades que se desviam de figuras determinadas como aceitáveis” (CARVALHO, 2008, p. 97).

Desse modo, destaca Silva Sánchez (2001, p. 21) não ser infrequente o fato de a expansão do Direito Penal apresentar-se como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal. De tal forma a buscar, no permanente recurso à inflacionária legislação penal, uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, relegando ao plano simbólico – numa pretensa ânsia tranquilizadora da opinião pública – aquilo que deveria resolver-se ao nível instrumental, isto é, da proteção efetiva. E a técnica de tutela penal passa por uma inegável antecipação da punibilidade. Antecipação esta que é característica do risco globalizado, marcado por um componente futuro, por “destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje” (BECK, 2010, p. 39). Nessa esteira, os delitos de dano não se mostra(ria)m satisfatórios para dar conta da complexidade contemporânea, de modo a tornar-se cada vez mais usual o recurso à técnica de incriminação de perigo, principalmente abstrato (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 29-30). Além, é claro, das inúmeras normas penais em branco, abundantes na Lei nº 9.605/1998.

Considerações estas a denotar uma crise do critério do bem jurídico como elemento justificante da intervenção penal legítima – a notar pela titulação de segunda ferida narcísica do Direito Penal dada por Salo de Carvalho (2008, p. 96). Isso teria de significar, então, o abandono da noção de bem jurídico? Quanto a nós, para não incidirmos em contradição com os argumentos lançados já no introito do entretítulo, resposta outra não há além da negação. O bem jurídico é indispensável para uma dogmática forte, cujas estruturas sejam capazes de frear a aceleração da política-criminal contemporânea, a tornar-se uma barreira infranqueável, na famosa terminologia de Franz von Liszt. Por dogmática forte, não se entenda uma dogmática fechada, mas, antes, aberta e respeitosa aos diversos campos do saber, de modo a possibilitar um aproveitamento interdisciplinar (CARVALHO, 2008, p. 21-23)⁶. E, se o panorama atual – marcado por uma realidade de

⁶ Faz-se esta nota apenas para ressaltar que, nas páginas citadas, o autor apenas se refere à interdisciplinaridade e à auxiliaridade, não necessariamente compartilhando da conclusão a que chegamos.

expansão e da coexistência de distintos Direitos Penais, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 156-157) – dificilmente será revertido, cabe a nós, dogmatas, estabelecer critérios objetivos e normativos que possam, no julgamento dos casos concretos, conter as arbitrariedades e subjetivismos.

Diante disso, em vez do abandono, o bem jurídico-penal deve passar por um redimensionamento. Redimensionamento este centrado no segundo nível de valoração. Ora, se o bem jurídico-penal consiste, como já dissemos, num valor, somente uma operação negativa – de desvalor – permitirá aferir se houve, no caso concreto, uma *ofensa* a perturbar a tranquilidade existencial do objeto de tutela. Ofensa representada pelas noções de dano e perigo, este subdividido em concreto e abstrato. Dito em outros termos: o bem jurídico-penal, como objeto de tutela, é condição necessária para a legitimidade da incriminação, porém, não suficiente. É necessário, pois, agregar-se um segundo momento, por intermédio do qual se procura averiguar a existência de ofensividade (D'AVILA, 2007, p. 32). E, para conferir maior objetividade ao escrito, focaremos nos crimes de perigo abstrato.

Com efeito, a doutrina jurídico-penal brasileira, não em sua totalidade, mas em grande parte, colabora ao déficit de acerto em termos dogmáticos da figura do crime de perigo abstrato. Costuma-se vinculá-lo à noção de desobediência ao comando geral, de tal forma que a conduta, uma vez praticada, geraria presunção absoluta (*juris et de jure*) da situação de perigo (nesse sentido, cf. CAPEZ, 2014, p. 282; JESUS, 2011, p. 259). O que acaba por repercutir prejudiciais efeitos não só no âmbito acadêmico, mas, também, no jurisprudencial (cf. o RHC nº 64.039/RS julgado pelo STJ). A demandar o esforço argumentativo no sentido de reverter e superar tal concepção, destoada de legitimidade constitucional; deveras, a noção de violação ao dever – que está compreendida no conceito de desobediência ao comando geral – foi a peça-chave para legitimar o Direito Penal Nazista. E, se quisermos um Direito Penal Democrático, temos de nos desamarrar desses pré-conceitos.

Dessa maneira, o perigo abstrato há de desvincular-se da noção de presunção absoluta, para estruturar-se como detentor de um autônomo e efetivo desvalor de resultado (D'AVILA, 2007, p. 40). Desvalor expressamente exigido pela ordem jurídico-penal positiva. A leitura do art. 18, I, permite concluir que o Código Penal (CP) aderiu à noção de que não há crime sem resultado jurídico, representado pela ofensa ao bem jurídico como dano ou perigo. Aliás, a própria Exposição de Motivos do CP está redigida nesse sentido.⁷ Assim sendo, critérios de acerto em termos dogmáticos são imprescindíveis para, pelo menos, reduzir os danos em termos de imputação jurídico-penal.

O primeiro deles é representado pela objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido, verificada a partir de um juízo *ex ante* de base total – que acaba por não levar em conta um juízo *ex post* (D'AVILA, 2007, p. 38). A agregar-se um critério normativo-negativo, representado pela noção de não-insignificância, entendido em termos de significação, de comunicação do fato em um determinado contexto (D'AVILA, 2007, p. 39). Fundindo ambos os critérios, tem-se um geral, objetivo-normativo, representado pela possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, “a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor” (D'AVILA, 2007, p. 39). Ou, em outras palavras, a situação de perigo criada pela conduta deve interseccionar, numa perspectiva *ex ante*, a esfera de manifestação do bem jurídico – já que tal intersecção coincide com a possibilidade não-insignificante de dano (D'AVILA, 2007, p. 42). Critério que, como concretizador do desvalor de resultado, será representado, ao fim, por uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, retirando deste a segurança da sua continuidade

⁷ “Com o vocábulo ‘resultado’, o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo ou potencial, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que ‘não há crime sem resultado’ Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano; e sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda cronologicamente (sic), com a ação ou omissão”.

existencial (D'AVILA, 2007, p. 41). Veja-se a aplicabilidade prática do critério proposto em relação ao art. 44 da Lei nº 9.605/1998⁸:

Em regra, os danos ambientais aqui relacionados dizem respeito, principalmente, à flora e à fauna – pela retirada da vegetação na abertura das bancadas e pela acumulação de rejeitos sobre espaços de mata nativa –, e à obstrução de corpos hídricos pelos rejeitos da extração. E a estes danos deve estar, necessariamente, relacionado o reconhecimento do ilícito-típico em questão. Ou seja, caso da extração não autorizada não advenha qualquer possibilidade não insignificante, *ex ante* verificada, de dano aos respectivos valores ambientais tutelados, afastado estará, de pronto, a existência do ilícito-típico de perigo abstrato, pela absoluta ausência de ofensividade, *rectius* de uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, a simples falta de autorização, por si só, não significa desacordo material com as exigências técnicas que permitiriam conferir a respectiva autorização, as quais, no caso concreto, podem muito bem ter sido atendidas pelo autor (D'AVILA, 2007, p. 44-45).

Em síntese: a constitucionalização dos direitos transindividuais acarretou no surgimento de novos valores – ou, até mesmo, no aumento de sua importância – considerados indispensáveis pela comunidade. Valores estes, a exemplo do meio ambiente, reconhecidos como dignos de tutela penal; em outras palavras, como bens jurídico-penais. Acontece que, diante dos riscos globais, que lidam com situações de antecipação, a legislação penal acaba por expandir-se, também antecipando a esfera de punibilidade. Com isso, a técnica de tutela de perigo abstrato corporifica-se cada vez mais nos diplomas legais. Se essa realidade – por mais pessimistas que pareçamos ser – dificilmente mudará, cabe-nos, então, estabelecer critérios de acerto dogmático para a imputação jurídico-penal, que, se não eliminam, pelo menos buscam reduzir os danos. Desse modo, o perigo abstrato passa a ser detentor de um efetivo desvalor de resultado, representado pela possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, que intersecciona a sua tranquilidade existencial. Só assim – obviamente que não queremos sepultar a discussão, antes propor uma solução aparentemente adequada para o trato do problema – será possível legitimar o perigo abstrato em termos de ofensividade.

8 “Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa”.

5. CONCLUSÃO

Em arremate, nada mais faremos do que recapitular, de forma bastante concisa, mas sem perder a densidade da exposição, os principais pontos abordados no texto, tentando vinculá-los aos objetivos inicialmente propostos. No intuito de facilitar a leitura e, assim, possibilitar uma melhor compreensão do leitor a respeito do encadeamento das ideias, dividamo-lo em alíneas:

a) O reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições dos diversos países entrelaça-se aos princípios da Revolução Francesa. Com efeito, os direitos de primeira geração vinculam-se à liberdade, procurando emancipar o indivíduo diante do Estado, tendo como uma de suas principais características a natureza negativa, buscando impedir a intervenção do Estado na vida privada. De outro lado, os direitos de segunda geração estão atrelados à igualdade material, surgindo com vistas a diminuir as diferenças sociais, a exigir, desse modo, uma intervenção positiva do Estado. Já os direitos de terceira geração, reflexos do ideal de fraternidade, visam a salvaguardar a humanidade, sendo marcados pela sua transindividualidade.

b) O § 2º do art. 5º da CF permite a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, de modo a abranger, por exemplo, direitos positivados não expressamente previstos no Título II da Lei Fundamental, mas que se encontram sediados em outra parte do texto constitucional. Para tanto, eles precisam ser substancialmente relevantes, equiparáveis aos direitos fundamentais expressamente consagrados no catálogo. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, tutelado no art. 225 da CF, apresenta ambas as características, principalmente por atrelar-se ao direito à vida – enquanto expressão da dignidade da pessoa humana – e pelo fato de o legislador constitucional tê-lo assegurado a proteção, não somente para a geração presente, mas, também, para as vindouras. Portanto, o meio ambiente é dotado de fundamentalidade material, apresentando a natureza de direito fundamental transindividual de caráter difuso.

c) Dessa forma, o meio ambiente passa a ser considerado um valor digno de proteção. Tendo em conta que o Direito Penal tem por finalidade a

proteção subsidiária de bens jurídicos dignos de tutela, e como coincidimos a noção de bem jurídico com a de valor, a tutela penal mostra-se adequada para a proteção do meio ambiente.

d) A paulatina transição do Estado Liberal para o Estado Social, com a consagração de novos valores nos textos constitucionais, bem como o reconhecimento de novos bens jurídicos e o aumento de valor àqueles que hoje se revelam escassos, como é o caso do meio ambiente, favorecem a expansão do Direito Penal.

e) Esse Direito Penal está localizado no âmbito da sociedade de risco. Os riscos contemporâneos têm como uma de suas principais características a antecipação, isto é, fenômenos que ainda não aconteceram, mas que estão na iminência de acontecer, como, por exemplo, uma catástrofe ambiental. Desse modo, a proteção penal por meio dos crimes de dano revela-se insuficiente, antecipando-se cada vez mais a punibilidade por intermédio da incriminação de crimes de perigo abstrato.

f) Isso exige um redimensionamento da categoria do bem jurídico, centrada em seu segundo nível de análise. Com efeito, nenhuma incriminação será legítima se incapaz de representar um desvalor de resultado; em outras palavras, uma ofensa ao bem jurídico. No caso dos crimes de perigo abstrato, a ofensa está vinculada à possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, cuja tranquilidade existencial deverá ser interferida pela conduta.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 80, p. 7-34. São Paulo: Setembro/Outubro de 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67, p. 29-58. São Paulo: Julho/Agosto de 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, p. 89-147. São Paulo: Julho/Agosto de 2004.

JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

MENUDO, Francisco López. El derecho a la protección del medio ambiente. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 10. p. 161-201. España: 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generacioes de derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 10. p. 203-217. España: 1991.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

Recebido em | 19/06/2020

Aprovado em | 09/07/2020

Revisão Português/Inglês | Gabriela Duarte Ferreira

SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR*

MARCOS AFONSO JOHNER

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br