

Ambiente e Direito Penal entre o símbolo e a eficácia – do simbolismo eficiente ao efficientismo simbólico ⁽¹⁾

A propósito de sectores do Direito Penal como a protecção do ambiente, surge o problema do *simbolismo* da intervenção deste ramo de Direito. Trata-se de matéria que entronca nas finalidades últimas da punição e que, logo por isso, aqui será vista em esquiço apressado.

Antes de mais, impõe-se conceptualizar o que se entende por “Direito Penal simbólico”. Se através desta expressão pretendermos significar que a lei criminal comporta sempre uma vontade de intervir sobre a comunidade, sinalizando as acções e omissões que ofendem bens jurídicos fundamentais, então todo o Direito Penal é simbólico. Todavia, por certo não é nesta acepção que o termo se vem adensando. Reflecte-se, isso sim, sobre as normas criminais que protegem bens jurídicos mais ou menos “novos”. Melhor: cuja consciencialização ocorre em data recente, e que, muitas vezes, não têm uma aplicação prática conhecida, por ineficácia do *modus aedificandi criminis*, por inexistência de meios materiais de *law enforcement* ou, tão simplesmente, em virtude de o dito “aparelho judiciário” encarar tais factuais com a bonomia típica de neocriminalizações não correspondentes a reais valores sociais. Nessas hipóteses, é não apenas a legitimidade constitucional da intervenção penal que se questiona, como a sua própria racionalidade utilitária.

Fora de dúvidas afigura-se-nos que nos tipos legais onde não são divisíveis, através dos instrumentos hermenêuticos, os interesses sancionados, ou quando essas valias sociais não encontram reflexo na ordenação axiológica jusconstitucional, a norma penal é materialmente inconstitucional. Já mais discutidas têm sido as estratégias que apontam para a vantagem de o *ius puniendi* se estender à tutela de bens jurídicos com reflexo na Lei Fundamental, mas em que se sabe, à partida, que dificilmente o ramo de Direito aqui em causa poderá trazer um *apport* de relevo. Diz-se – aqui com propriedade – que a norma penal é simbólica, desde logo por motivar os cidadãos a passarem a ter do interesse acolhido pelo ordenamento uma visão mais exigente que, a prazo, importará uma efectiva aplicação das sanções criminais.

⁽¹⁾ Publicado no “Jornal Tribuna”, Associação de Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 14, n.º 26, Maio de 2010, p. 11.

Por outras palavras, esta linha de raciocínio contende com a *função propulsora ou promotora de bens jurídicos* que se assinala ao Direito Penal. Função a patrocinar com cautelas muito especiais, por haver o risco de, à sua laia, se converter o ramo dotado de sanções mais restritivas de direitos fundamentais em puro instrumento ao serviço de maiorias circunstanciais.

Ora, fazer da norma criminal uma simples *bandeira* de valores protegidos pela Constituição que se desfralda mesmo conhecendo a sua ineficácia é, quanto a nós, violar a Lei Fundamental e obnubilar a magna função de qualquer ramo de Direito: resolver *problemas concretos* da vida quotidiana. A proporcionalidade inscrita no art. 18.º, n.º 2, da Constituição e, ao que julgamos, de jeito mais lato, o princípio do Estado de Direito *per se* considerado, depõem, entre outros argumentos, no sentido da inconstitucionalidade. Quanto à contradição interna introduzida no sistema criminal, basta lembrar que, sendo nós muito críticos face a uma “análise económica do Direito” que se arvora em padrão *único* decisório da incriminação, farisaico seria ignorar que a *eficiência* é um valor do Direito Penal. Todavia, entendamo-nos: a “eficiência” a que aludimos não se compadece com inextricáveis elementos do tipo (muitas vezes implícitos) ou com condições objectivas de punibilidade, mas também não é uma simples lógica de *costs-benefits*. Trata-se ainda, ao invés, de uma desimplicação analítica dos fundamentos básicos da dignidade de pena e da tutela fragmentária e de *ultima ratio*.

Um *eficientismo simbólico* no domínio do ambiente é tão útil quanto um programa inscrito na lei e que, na verdade, apenas e tão-só se acolhe a uma hipotética “natureza das coisas”. Se assim for, edificar os crimes ambientais como “delitos de desobediência qualificada” por intermédio de amplas remissões sistemáticas para outros ramos de Direito, não só desafia os constituintes do princípio da legalidade, como torna imprestável o manto penal. Ninguém advoga que se esconjurem as “leis criminais em branco”. Do mesmo passo, irrazoável seria conseguir acompanhar a passada do tempo hodierno com pouco ágeis prescrições criminais. Porém, é no mínimo duvidoso que em sectores como o ambiente, a consciência da ilicitude somente se ponha e resolva por intermédio de um conhecimento mais ou menos pormenorizado de regulamentações especializadas e de difícil acesso ao “cidadão comum”.

Neste sentido foi a alteração introduzida em 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) em figuras-de-delito como os danos contra a natureza (art. 278.º do Código Penal – CP) ou a poluição (*tout court*) e a poluição com perigo comum

(respectivamente, artigos 279.º e 280.º, ambos do CP). A enumeração taxativa do conceito de “actuação grave” ínsita no art. 279.º, n.º 3, do CP, traz nova segurança jurídica e ganhos de determinabilidade penal. Se assim não fosse, autorizada estaria a interpretação segundo a qual o incumprimento de prescrições administrativas seria suficiente para lesar o bem jurídico, assumindo-se a “gravidade” como menção redundante do ilícito-típico.

Atente-se na circunstância de que o art. 278.º, n.º 1, al. c), do CP, ao igualmente exigir a “gravidade” da ofensa dever ser lido – temo-lo por seguro – em conjugação com o art. 279.º, n.º 3, do mesmo diploma, apesar de o legislador o não ter plasmado *expressis verbis*. Só assim se obstará aos inconvenientes dogmáticos e político-criminais assinalados, no pleno respeito pela teleologia da norma.

Após os contributos da “escola de Frankfurt” no âmbito de uma teoria hiper-liberal dos bens jurídicos, o legado mais ostensivo que ela nos tem vindo a deixar cifra-se na convicção de que o Direito Penal não pode “criar” interesses dignos de tutela sem um mínimo de referência ao indivíduo, quanto mais não fora em virtude do mandamento constitucional de eleger a dignidade da pessoa humana como *areópago de todo o Direito*. Destarte, entendimentos “colectivistas” do bem jurídico, amiúde erigidos em formas de mascarar a inexistência de um real substrato consagrado na Lei Fundamental, encontram difícil acolhimento.

Por outras palavras, torna-se questionável até que ponto uma “teoria dos bens jurídicos colectivos”, encimada pelo ambiente e a qualidade de vida, não acaba por ser, *na materialidade das coisas*, uma fórmula mais ou menos vazia ou, posto de modo diverso, uma categoria dogmática que acoberta a actual incapacidade de lidar com formas de imputação objectiva típicas dos ditos “crimes (a)cumulativos”.

A História demonstra que sempre que o Direito Penal se enredou em construções desligadas da realidade, ainda que ao serviço de uma suposta “eficiência” social, foram os direitos fundamentais dos cidadãos que perderam densidade. Até que ponto algumas das normas jurídico-criminais protectoras do ambiente mais não serão que *simbólicas eficiências* ou – o que porventura é mais danoso – *eficientes simbolismos*, é discussão que só agora se inicia.

ANDRÉ LAMAS LEITE

*Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade do Porto*