

# **SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DOS DELITOS CUMULATIVOS: ALGUNS QUESTIONAMENTOS**

THEORETICAL FOUNDATIONS OF THE  
CUMULATIVE CRIMES: SOME QUESTIONS

## **Marcel Figueiredo Gonçalves**

[marcel@cienciacriminal.com](mailto:marcel@cienciacriminal.com)

Professor de Ciências Criminais; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (PUC-SP); Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

---



## RESUMO

Um bem jurídico supraindividual não pode ser medido nem dividido em partes iguais para seus titulares. Um bem jurídico assim considerado, como o meio ambiente, dificilmente seria lesionado ou mesmo posto em perigo de lesão com uma única ação humana. Surge daí, baseando-se em estudos científicos empíricos, a ideia de que ações microlesivas poderão causar uma efetiva lesão ao bem supraindividual. Chama-se o Direito Penal, surgem os delitos cumulativos. Delitos esses que são “crimes sem dano” com uma “nova” justificativa legitimadora: a acumulação danosa de condutas. Assim, dúvidas relativas à necessidade e legitimidade de tal incriminação surgem como que uma inquietude natural.

## PALAVRAS-CHAVE

Sociedade moderna; acumulação; meio ambiente; delitos cumulativos; crimes ambientais.

## ABSTRACT

A legal collective guarantee cannot be measured neither divided into equal parts by those entitled to it. Such juridical guarantee, as the environment, shall hardly be injured or even placed into danger of injury by a single human action. From this comes, by means of scientific empirical studies, the idea that micro harmless actions may cause harm to the collective legal guarantee. Within the Penal Law there are cumulative crimes. They are “harmless crimes” with a “new” justified legitimacy that is the harmful accumulation of misconducts. Because of this, as a natural concern, there are doubts about the lack of legitimacy for such incrimination.

## KEY WORDS

Modern society; accumulation; environment; cumulative crimes; environmental crimes.

## SUMÁRIO

Introdução – 1. A fundamentação dos delitos cumulativos; 1.1 O fundamento social: a lógica do grande número; 1.2 O fundamento segundo a filosofia moral e o escopo de intimidação da sanção penal; 1.2.1 Os problemas da fundamentação dos delitos cumulativos e a adoção da perspectiva antropocêntrica moderada como condição legitimadora para a proteção jurídico-penal do meio ambiente – 2. Delitos cumulativos, culpabilidade e proporcionalidade; 2.1 A inexistência de culpabilidade na conduta cumulativa; 2.2 A desproporcionalidade da incriminação das ações cumulativas; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O Estado interfere, acertadamente, em novos âmbitos sociais com a proteção jurídico-penal, como com a tutela para o meio ambiente. Esse, por sua vez, traz consigo uma impossível delimitação quantitativa. A análise sobre as condutas que atentem contra o mesmo, portanto, terá como principal desafio a constatação de uma efetiva lesão ou de um perigo de lesão contra aquele.

Quando da existência de uma dúvida relativa a uma real e imediata periculosidade para tal bem, usa-se a ideia de acumulação de condutas para se legitimar a aplicação jurídico-penal concreta contra os autores de uma conduta assim considerada. Em outras palavras, é a acumulação uma repetição reiterada e cientificamente comprovada de condutas, cuja existência poderá acarretar em perigos reais ou mesmo sérios danos aos bens jurídico-penais coletivos. Surge a ideia de delitos cumulativos.

O título escolhido, verdadeiramente, não é um mero requisito formal, mas sim se consubstancia naquilo que se pretende com este texto: questionar mais que solucionar. Assim, questões referentes e decorrentes da ilegitimidade democrática de tais crimes deverão ser analisadas com o único intuito de contextualizar o leitor na problemática que se visa expor, não tendo o texto o intuito de verticalizar questões relativas, principalmente, ao tema da inofensividade da conduta cumulativa.

Portanto, paralelamente à exposição da fundamentação dos delitos de perigo por acumulação, questionamentos serão feitos no decorrer do texto. As perguntas serão destacadas em *itálico*, sempre se caracterizando como “retóricas”, no sentido de não se exigirem delas respostas, no sentido de terem como único escopo a fomentação do pensamento crítico sobre o assunto. Grande parte delas, sim, já é conhecida e referente à problemática tanto da proteção jurídico-penal de bens supraindividuais como das questões referentes à dogmática do perigo em Direito Penal. Outras, contudo, mais diretamente relacionadas à figura da acumulação de condutas.

Acrescente-se, por fim, que se terá o enfoque na questão ambiental, justificando-se por ser ela a razão de ser histórica dessa figura criminosa, assim como pela situação preocupante em que a mesma se encontra. Vejamos.

## 1. A FUNDAMENTAÇÃO DOS DELITOS CUMULATIVOS

Havendo a dificuldade de quantificação lesiva para o bem supraindividual meio ambiente<sup>1</sup>, surge, com Lothar Kühlen<sup>2</sup>, a figura da acumulação como forma de

1 Como “meio ambiente” tem-se a interação do conjunto de elementos naturais (tudo aquilo que existe independentemente da interferência humana, a *natureza* em si), artificiais (o produto das alterações ou relações do homem com o meio ambiente natural) e culturais (os elementos artificiais com maior valor dado por qualidades artística, turística, arqueológica, etc.) que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas (SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 2-3). Ressalte-se que há na doutrina, como sabido, algumas diferenças conceituais, variando com diversas terminologias, para os bens jurídicos que ultrapassam a esfera da titularidade individual do cidadão, como ocorre no interesse pelo bem “meio ambiente”. Não duvidando da importância de uma classificação mais detalhada daqueles, é a característica de “não distributividade” do referido bem que nos importa, isto é, o mesmo não pode ser dividido em partes para os cidadãos, tanto faticamente, como juridicamente. Uma extensa bibliografia referente às diversas conceituações dos referidos bens pode ser vista, dentre outros, em: VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 96 et seq.

2 Referimo-nos à seguinte bibliografia: KÜHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerreinigung (§324 StGB). *GA*, a. 133, 1986, p. 389 et seq. e Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, *apud* SILVA DIAS, Augusto. “What if everybody did it?": sobre

justificar e legitimar a incriminação das condutas cumulativas, a partir da ideia de que as mesmas podem ser praticadas por um grande número de pessoas, o que faria com que o bem fosse exposto a um sério perigo de lesão, chegando-se até mesmo à possibilidade de verificação futura de uma efetiva lesão àquele.

Válida é essa figura para todos aqueles bens supraindividuais que podem ser efetivamente lesados com a soma de inúmeras “microlesões”. Pela busca de um equivalente material para se chegar a uma causalidade lesiva real para com os bens supraindividuais é que surge a ideia de acumulação.<sup>3</sup> Não é a acumulação, assim, uma técnica legislativa<sup>4</sup>, mas sim um fundamento para a justificação ou legitimação de condutas perigosas que atentem contra bens supraindividuais, o que, inobstante, não retira a possibilidade de haver uma nova técnica de tipificação baseada no grande número de atos, o que seria, nos adiantando, ilegítimo. A técnica se refere ao modo pelo qual o bem jurídico é protegido por parte do legislador, se de uma

---

a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 13, nº 3, jul./set. 2003, p.307.

3 SILVA DIAS, Augusto. 2003, p. 307.

4 Há algumas características próprias da acumulação que a distinguiria de outras formas delitivas (SILVA DIAS, 2003, p. 307-309). Em primeiro lugar, distinguindo-se da autoria acessória, as ações cumulativas não exigiriam uma comprovação concreta da causalidade (e de imputação objetiva) entre a contribuição singular e o dano global. Se assim fosse, a única ação a ser punida seria aquela que ultrapassasse o limiar “integridade-lesão”, ficando todas as outras contribuições impunes, mesmo que tenham sido praticadas com igual grau de potencialidade lesiva. Juntando-se a isso, a quase impossível aferição de qual conduta ultrapassara aquele limite, acarretaria numa relativização da proteção do bem jurídico (SILVA DIAS, 2003, p. 192 et seq). Além disso, a autoria acessória exige o conhecimento do “copartícipe” de que está praticando um delito que causará um resultado antijurídico, havendo aí um único fato delituoso sobre certo objeto de ação: “a acumulação sugere uma tal dispersão no espaço e no tempo das condutas que a integram, que impede que se possa razoavelmente falar de um único facto e um único contexto de risco” (SILVA DIAS, 2003, p. 308). Nesse sentido: “A dispersão no espaço e no tempo das condutas integradas na relação de acumulação impede falar de modo racional de um único fato e de um único risco ao qual se teria contribuído. Assim, nos casos de acumulação nos encontramos diante uma espécie de autoria acessória universal de um fato global e permanente” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124). Agora num sentido positivo, os defensores da ideia de ação cumulativa como “criminalizável” exigem duas condições para que a mesma possa ser legítima. Primeiramente, que o legislador faça uma prognose realista, baseada nas ciências empíricas, de que se aquela conduta não for criminalizada, uma quantidade suficiente da mesma será praticada até que a lesão ao bem supraindividual se torna provável e não meramente possível: “In applying the harm principle, then, the legislator must acquire the best empirical information he can get about the readiness of persons generally (and also their opportunities and abilities) to act in the way whose prohibition he is considering. If, as a matter of fact, not enough persons will act in the way in question to affect adversely any public interest, then there can be no harm in permitting those actions, even if their general or widespread performance would be disastrous”. FEINBERG, Joel. *Harm to others. The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 1984, v. I, p.226. Para uma melhor compreensão do que o autor entende por “harm principle” devem-se ver as p. 31 e seguintes, onde traça a conceituação do que deve ser entendido por “dano” e “interesse” para aquele princípio. Em segundo, por mais que se possa ter uma impressão contrária (e essa é uma tendência natural), os delitos cumulativos não estão isentos de passar pela peneira do princípio da insignificância, ou seja, deve haver o respeito por esse postulado para a incriminação das condutas baseadas na acumulação.

lesão ou perigo de lesão. O que a justifica é a necessidade de prevenção, dada a importância de certos bens jurídicos para a sociedade. Baseando essa necessidade, surge a ideia de acumulação de condutas.

Passemos, assim, à fundamentação que tenta legitimar a incriminação das ações cumulativas danosas<sup>5</sup>.

### 1.1 O fundamento social: a lógica do grande número

A lógica do grande número tem seu centro gravitacional – permitam-nos a simplicidade – no questionamento de Joel Feinberg<sup>6</sup>: “*What if everybody did it?*”. Refere-se o autor à possibilidade de haver a prática reiterada de condutas que, isoladamente consideradas, não danificam o seio social, mas que, se praticadas por um grande número de pessoas, trarão efetivos danos (“harmful”) para o *público em geral*, sendo aquelas ações dirigidas contra bens supraindividuais. A ação não é considerada isoladamente, mas sim *a partir* da coletividade que, supostamente, precisa breçar tais atos com o uso do Direito Penal. Daí se referir a uma fundamentação baseada nos interesses da sociedade (teoria da sociedade).

Uma sociedade insegura, como se observa contemporaneamente<sup>7</sup>, tende a

5 Estamos, nesse ponto específico, seguindo o caminho de SILVA DIAS, Augusto, 2003, p. 310 et seq.

6 FEINBERG, Joel. *Harmless wrong-doing. The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 1988. v. IV, p. 225-26.

7 O período de total esquecimento dos direitos humanos durante a primeira metade do século XX, as diversas guerras ocorridas também na segunda metade do século, ataques terroristas que paralisam parte do mundo em preces pelos familiares dos mortos, os novos e incalculáveis riscos de uma sociedade que, paralelamente às características de “pós-industrialismo e modernismo”, é tida também como uma sociedade de novos riscos: o que se come, o “email” que se abre, quais os componentes *reais* de uma bebida, o produto medicinal que se compra e o produto de estética que se usa são apenas alguns exemplos causadores, quando não de uma verdadeira *preocupação*, de uma incerteza e insegurança (em seu aspecto objetivo). É certo que os riscos que caracterizam nossa atual sociedade com sua nomenclatura são evidentemente distintos daqueles sempre vividos pela sociedade humana. Riscos aqueles não mais consequentes do “acaso”, mas sim de decisões humanas, de um indivíduo ou um grupo de indivíduos. Riscos (uns necessários ao próprio desenvolvimento tecnológico, portanto, “conscientes” e outros, desgraçadamente, “surpresas” maléficas àquele desenvolvimento) que colocam em xeque a própria existência da vida no planeta por serem, muitas vezes, invisíveis, incalculáveis e globais – nesse último sentido por terem em sua própria natureza uma magnitude global e, noutro aspecto, por percebermos a existência de transações e relações em grande parte transnacionais. O desenvolvimento tecnológico nuclear, genético e químico são exemplos que “blindam” tal afirmação. No momento atual por que passa a sociedade humana, com fenômenos atribuídos e atribuíveis a atitudes da mesma, verificamos razões suficientes para que aquela se veja – objetivamente – *insegura*. Insegurança relacionada não somente a ações isoladas de criminosos que sempre existiram – e que sempre irão existir – no seio social, como ladrões de rua, sequestradores, homicidas, etc. Assim, o “risco” ganha importante atenção – especificamente em relação aos países ricos – quando a sociedade se vê com uma sempre evoluída qualidade e quantidade de vida crescentes, fazendo com que a mesma repugne a insegurança, a incerteza, os riscos. O desejo por uma segurança máxima é unânime nas sociedades ocidentais (VEYRET, In: VEYRET, Yvette (org.). *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007, p. 13). Uma característica que terá influência direta na dogmática penal é a questão da causalidade daqueles riscos. São esses dotados de uma incerteza incom-

dante quanto às suas causas, a partir do momento que sua produção não se limita a um limite territorial, social ou cultural, mas ultrapassam todas essas fronteiras, sendo assim incalculáveis em suas consequências. Além disso, os princípios de imputação da responsabilidade penal se veem sem saída com o surgimento de ações unidas a certas atividades e objetos, dificultando a previsibilidade de possíveis resultados e o encaixe do nexo causal entre conduta e resultado. Sobre as dificuldades de adaptação do Direito Penal às novas exigências sociais ver, dentre tantos: BUERGO, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LII, 2002, p. 279 et. seq. Como consequência dessa dificuldade de delimitação causal surge o problema da responsabilização individual para aqueles riscos. Numa sociedade em que a produção de bens (conjuntamente com a de riscos) é cada vez mais complexa e coletiva – como nos casos das atividades de pessoas jurídicas – a responsabilidade individual para qualquer ato se funde com outras responsabilidades individuais, surgindo assim uma culpabilidade difusa por atos individuais. Nesse sentido: AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática: missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. Monografia do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 44. São Paulo: Ed. IBCCRIM, 2007, p. 65. Em outras palavras, a produção final do risco é decorrente de um processo complexo e multipessoal, em que cada indivíduo se vê passível de uma responsabilização individual por seu ato. “A crescente divisão do trabalho e de sua especialização produz uma cumplicidade na produção. Isso é outro traço marcante da modernidade. Essa mesma cumplicidade leva a uma irresponsabilidade pelos riscos. Cada um dos agentes produtores é causa e efeito, portanto, não é causa. As causas se diluem no correr do processo produtivo. Como decorrência, o risco aparece como mola mestra de um sistema novo, entendendo-se sistema como o ente que permite a elaboração rotineira de algo, sem que se possa identificar um responsável pessoal pela tarefa” (AMARAL, 2007, p. 65). Uma sociedade caracterizada com tal complexidade em suas relações, tanto sociais como laborais, traz uma carga de interdependência notória quanto às mesmas. O homem nunca se viu tão “nas mãos” de seu semelhante como nos tempos atuais: catástrofes decorrentes do caos aéreo ocorrido no Brasil são exemplos claros dessa interdependência humana. A fabricação e manuseio de bombas atômicas ou produtos radioativos restritos a um número limitado de pessoas também é exemplo evidente que leva o homem comum a se questionar constantemente: “será que eles estão tomando o devido cuidado com esses produtos?” Como visto acima, há sim uma base real/objetiva sobre a qual recai tal sanção, contudo, deve-se observar que essa se tem mostrado excedente em relação àquela objetividade. “Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33). São fatores, todos esses, que, se somados, o que dificilmente é feito no cotidiano (até mesmo pela “imaterialidade” dos mesmos), resultam numa complexa, conturbada, apressada, desenfreada, incerta, obscura e “egoísta” vida cotidiana diária, isto é, uma vida *insegura*. Com isso, se testemunha um apelo constante e incessante à política criminal como uma “salvadora da pátria” ou “heroína do mundo” para a solução daqueles novos grandes problemas sociais globais. E enfatizamos o importante papel da mídia para o surgimento desse apelo: ela que traz, em grande parte de seus noticiários, um sensacionalismo exasperador, que fazem o espectador se sentir inseguro com uma bomba que explodirá a mais de “um oceano de distância”, quando, em verdade, não percebe que o bombardeado é ele mesmo, bombardeado com uma ideia de terror, de medo e insegurança. Não se deve ignorar os fatos criminosos ocorridos em todo o globo que devem, quando da necessidade e utilidade, serem punidos criminalmente. Não há, por óbvio, uma culpa exclusiva da mídia nesse ponto de incertezas, insegurança e medo. Tem ela – e quanto a isso não há o que questionar – um papel fundamental no desenvolvimento de uma nação, no desenvolvimento de opiniões e até mesmo da democracia de um Estado nacional. O que se enfatiza aqui é uma certa banalização da notícia criminosa como meio de se aferir ponto de audiência televisiva – e não o de informar – ou vendas de periódicos de notícias que trazem em si uma ideia geral de que “o Direito Penal nesse ou naquele país não funciona” e que deve ser mudado para uma ideologia de “o bandido deve ser tratado como tal, um verdadeiro inimigo.”. E,

clamar e exigir segurança por parte do Estado. E, também, uma sociedade insegura tende a uma maior atribuição de culpa *individual* por algum desconforto no seio social, a fim de que, mesmo simbolicamente, se sinta mais tranquila. O que outrora era atribuível à natureza, aos deuses, ao acaso ou à coletividade *como um todo* agora necessita de uma imputação individual contra terceiros, pois se constata que o homem é causador principal dos males coletivos de longo prazo.

A imputação, assim, perde seu referencial sólido de “responsabilização pelo fato isolado” para se transformar em “responsabilização a qualquer custo”, no sentido de a relação *imediata* visível ou perceptível de “causa-lesão ou causa-perigo de lesão” deixar de funcionar como critério de imputação, para se transformar em “causa coletiva-responsabilidade *individual* pela lesão ou perigo de lesão”. O Direito Penal, por ser também atribuidor de responsabilização, se vê influenciado por tal ideia.<sup>8</sup>

Além de Augusto Silva Dias, Rafael Alcácer Guirao<sup>9</sup> traz o pensamento de que, em uma suposta sociedade do risco<sup>10</sup>, o homem se vê como vítima de seu

---

não raramente, esse “inimigo” possui características físicas e sociais predefinidas, embutindo na mentalidade da sociedade uma opinião equivocada sobre a real criminalidade lesiva ao seio social. Os meios de comunicação em massa não atuam tão somente como uma válvula de escape das energias negativas do sujeito, mas também como uma empresa que vende um produto, a informação. Essa, por sua vez, se torna uma mercadoria que, como tal, se vê instruída pelas leis do mercado. Seleciona-se a informação como algo que pode ser consumido, e o que mais se consome é o sensacionalismo (MATTELART, Armand. *Comunicación y revolución en Chile. Apud SUÁREZ, Norma López. Inseguridad ciudadana: construcción o percepción subjetiva? Revista de derecho y ciencias penales*, nº 3. México, 1999, p.133). Desde o ponto de vista ideológico, se fomenta a insegurança cidadã com o passar de notícias que alimentam o alarme social e que se faz perder a diferença entre o que é real e o que é imaginário. Por todas essas questões postas, pensamos ser possível se falar em “sociedade insegura”.

- 8 Nesse mesmo sentido: SILVA DIAS, 2003, p. 313. Segundo o autor português, a “previsibilidade do acontecer deixa, assim, de funcionar como limite da imputação em geral, repercutindo-se essa modificação também na imputação jurídico-penal”. Conseqüentemente, o que antes servia como fundamentação de proteção especialmente dirigida para o bem meio ambiente se transporta para outros ramos jurídicos, dentre os quais destacamos a ordem econômica e tributária.
- 9 GUIRAO, Rafael Alcácer. *La protección del futuro y los daños cumulativos. Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LIV, 2003, p. 150 et seq.
- 10 Por óbvio que aqui nos referimos à sociedade de risco de Ulrich Beck (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998). Contudo, questões referentes até mesmo à veracidade dos argumentos do sociólogo alemão não encontram espaço em nosso texto. Para uma visão crítica sobre a existência ou não de uma sociedade do risco proposta nos moldes de Ulrich Beck ver, dentre outros: SOUSA MENDES, Paulo de. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 39 et seq. Poderia ser o caso, também, de se querer classificar a sociedade contemporânea como “moderna” ou “pós-moderna”. A Sociologia (por todos ver: GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 12) atribui a Lyotard a autoria de quem traz o fim da modernidade ou o início da pós-modernidade. Já no trabalho de Daniel Bell (BELL, Daniel. *Vers la société post-industrielle*. Paris, Fayard, 1992) há a introdução do conceito de sociedade pós-industrial, enfatizando-se características da mesma: a proeminência do setor de serviços, com o correspondente crescimento dos trabalhadores de “colarinho branco”; a primazia do saber técnico e o planejamento do desenvolvimento tecnológico. A sociedade pós-industrial seria, dessa maneira, impulsionada por informações e orientada por técnicos-cientistas, rompendo com os

próprio produto de laboratório. Seu produto é a tecnologia, e essa traz como “acessórios” grandes riscos que afetam uma quantidade massiva de pessoas. Se o homem é responsável por “fabricar” aqueles, então, tudo aquilo que nos afeta pode ser – e provavelmente deve ter sido – resultante de uma ação humana, o que nos leva – como que automaticamente – à atribuição de responsabilidades pessoais. Nesse sentido, a ideia de acumulação ganha seu fundamento na preservação da própria coletividade, como um meio de se imputar individualmente condutas que sejam causadoras da “autodestruição” humana, seja essa considerada a partir da expectativa futura de vida sobre a Terra.

Nesse contexto social, uma nova ética para o comportamento individual deveria ser observada:

Decerto que as antigas prescrições da ética “do próximo” – as prescrições da justiça, da misericórdia, da honradez, etc. – ainda são válidas, em sua imediatez íntima, para a esfera mais próxima, cotidiana, da interação humana. Mas essa esfera torna-se ensombrecida pelo crescente domínio do fazer coletivo, no qual ator, ação e efeito não são mais os mesmos da esfera próxima. Isso

---

parâmetros do século XIX, quando da fundação da sociedade moderna como sociedade industrial, de escassez. Observa-se que Bell enfatiza a superação da sociedade industrial pela pós-industrial, o que não implicaria o fim da sociedade moderna. São termos que, embora se cruzem, não são idênticos, chegando-se a afirmar que a sociedade industrial consolida a modernidade e o pós-industrialismo caminhará para o seu amadurecimento (NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade?* In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 77). Modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. O uso de termos como “pós-modernidade” sugere que estamos numa fase social em que aquele período moderno se encontra em transição. Tal transição se observa, principalmente, sobre transformações institucionais, especificamente no que diz respeito ao deslocamento de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro mais enfocado na informação. Ao invés de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estaríamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se evidenciando, tornando-se mais radicalizadas e universais do que antes. Além da modernidade, podem-se verificar os contornos de uma ordem nova e diferente, que é ‘pós-moderna’, mas que não quer significar o que é atualmente chamado por muitos de ‘pós-modernidade’ (GIDDENS, 1991, p. 11 a 13). Ainda há outras diversas nomenclaturas usadas para a definição da sociedade contemporânea, como “sociedade informática”, “sociedade do conhecimento” e “sociedade tecnizada”, além da “sociedade em rede” de Manuel Castells, onde se traça a interligação e interdependência entre as diversas redes de contato do mundo contemporâneo. Para mais detalhes ver: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2009. Em uma sociedade que é, por final, socialmente, *contemporânea*, quer-se dizer que possui a mesma toda a complexidade das relações sociais trazidas pelos referidos autores, dentre outros. O que nos importa, de certa forma, é que a sociedade contemporânea tem suas características fáticas visíveis e vividas (direta ou indiretamente), classificando-se a mesma de acordo com o ponto de análise que se quer ver prevalecer. Sintetiza essa percepção, Anabela Miranda Rodrigues: “quando a imagem de Nelson Mandela nos pode ser mais familiar do que a do nosso vizinho que mora na ‘porta ao lado’, é porque qualquer coisa mudou no nosso cotidiano”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, democracia e crime*. In: FARIA COSTA, José Francisco de, SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 277.

impõe à ética, pela enormidade de suas forças, uma nova dimensão, nunca antes sonhada, de *responsabilidade* (itálico nosso).<sup>11</sup>

Defendendo uma modificação da perspectiva ética sobre o agir humano, continua o autor: “Até aqui demonstramos a pertinência das pressuposições: o nosso agir coletivo-cumulativo-tecnológico é de um tipo novo, tanto no que se refere aos objetos quanto à sua magnitude. Por seus efeitos, independentemente de quaisquer intenções diretas, ele deixou de ser eticamente neutro<sup>12</sup>”.

Assim, não é nosso agir mais individual, mas sim coletivamente considerado, o que nos transporta a uma responsabilidade coletiva por cada ação praticada. Portanto, ações individuais inócuas e com lesividade irrelevante – mas certamente cocausadoras dos grandes riscos pelos quais passamos todos – se tornam ou se transportam para uma significância social. Em outras palavras, a já referida necessidade de imputação *individual* por algum dano é resultante da *visão coletivo-social* que se tem sobre aquele contributo.

O nosso primeiro questionamento – inevitável – deriva do fundamento agora exposto: “*O surgimento de um novo paradigma ético-social poderá e precisará interferir nos critérios de imputação jurídico-penais? Se ‘sim’, em que medida?*”

Não se duvida, então, da importância e da veracidade de que, a partir de ações *individuais*, chegaremos a danos *globais*. A dificuldade está, entretanto, em saber se caberá à prevenção *jurídico-criminal* o travamento de tais ações. Passemos, não obstante, ao outro ângulo de fundamentação dos delitos cumulativos, que não exclui o primeiro, e sim, indubitavelmente, o reforça.

## 1.2 O fundamento segundo a filosofia moral e o escopo de intimidação da sanção penal

Uma fundamentação com base na filosofia moral significa, para nossos fins, que é feita uma análise de desvalor sobre a conduta propriamente dita. Uma conduta *aproveitadora* em sentido negativo – considerando os padrões morais de uma sociedade democrática, que tem como regra a existência de indivíduos cooperantes –, já que aquele aproveitamento advém de uma “malícia” moralmente desvalorada.

O agente praticante da referida conduta é classificado como “free-rider”, sendo aquele indivíduo que age em benefício próprio, se aproveitando da colaboração de terceiros, para aferir vantagens (em qualquer sentido) “injustas”. Enquanto terceiros cumprem as regras para a consecução socialmente benéfica de um bem

11 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, p. 39. Com isso não estamos nos referindo ao que se entende por fundamentação dos delitos cumulativos a partir da filosofia moral, já que aqui ainda se considera a ação a *partir* e *para* a preservação social. Há como que uma prevalência ou essencialidade da questão social sobre a individual, se enquadrando tal fundamentação na classificação da teoria da sociedade, mesmo tratando-se de tema objeto da filosofia, a ética.

12 JONAS, 2006, p. 66.

comum ou para a preservação de um bem supraindividual, o “free-rider” assim não faz, mas, felizmente ou não, se beneficia e desfruta daquele objetivo ou bem da coletividade como se cooperante fosse<sup>13</sup>.

Por “homem cooperante”<sup>14</sup> deve-se entender por uma concepção *liberal* de pessoa. Considera essa o ser humano como alguém de quem se pode esperar, de certa forma, o respeito às normas jurídicas, por ter ele aceitado de forma democrática, isto é, de maneiras a ter consciência de que abre mão de parte de sua liberdade para tê-la em maior quantidade. Para esse homem, então, não haveria a necessidade de medidas coativas demasiadamente contundentes (é um homem obediente ao Direito posto): “Se deixo de fazer isso e outras pessoas também o fazem, desfrutarei de mais benefícios que se tiver uma atitude precipitada, egoísta e com fins imediatos”. Em outras palavras e na estrita medida da essencialidade da comparação, é um homem obediente ao “contrato social”. A própria noção de democracia, portanto, faz o ser humano ter uma tendência em agir conforme o “homem cooperante”.

Em sentido oposto, verifica-se daí a desvalorização da atitude do “free-rider”, pois afere “ganhos” com uma não cooperação, enquanto os cooperantes sofrem perdas ou não se veem compensados pela sua atitude honesta. Esta a posição de Joel Feinberg:

The wrongful exploitation of misfortunes and unhappy circumstances may or may not involve specific unfairness, but in either case it produces a form of unjust gain that offends the moral sense of the observer in a way similar to that of genuinely unfair freeloading. Part of what seems outrageous in the cheating and freeloading cases is that *A*, who is morally defective, should gain relative to *B* and others precisely because *B* and the others are morally superior to him. This puts the moral universe out of joint: untrustworthiness is rewarded and honesty is penalized (or at least unrewarded).<sup>15</sup>

O chamado “homem econômico” atuará de acordo com a ponderação de custos e benefícios feita no caso concreto, escolhendo aquela que lhe traga maior benefício imediato, em curto prazo. Sempre existirá a possibilidade de agir fora do âmbito de cooperação, no sentido de se alcançar maior proveito individual, mais benefícios, como é a atitude do “free-rider”, consistente no benefício próprio em “detrimento” da atitude cooperativa de terceiros. *Ego* simula a cooperação a fim de que *Alter* acredite – melhor dizendo, *confie* – na honestidade de seus atos e atue conforme a cooperar com aquele.

13 Um exemplo para elucidar a atuação do “free-rider” pode ser o do viajante que não compra sua passagem: entra ele no trem como se tivesse, efetivamente, pagado para estar ali, quando na verdade não pagou. Beneficia-se do bem comum sem cooperar para a manutenção do mesmo, ou seja, atua com uma postura moralmente desvalorada.

14 Temos como base o estudo de GUIRAO, Rafael Alcácer. Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 15, n. 4, out./dez. 2005.

15 FEINBERG, 1988, p. 202.

A cooperação intersubjetiva se vê prejudicada quando *Ego* vê em *Alter* o não cumprimento do mesmo ato cooperativo, isto é, havendo uma *desconfiança* por parte de *Ego* não haverá motivos para que o mesmo também coopere. A cooperação, portanto, depende da confiança de que o outro também irá cooperar, ambas implicam-se mutuamente<sup>16</sup>. Conhecida é a tese de John Rawls:

De um ponto de vista egoísta, cada pessoa se sente tentada a deixar de fazer a sua parte. Ela se beneficia do bem público em qualquer hipótese; e mesmo que o valor social marginal de cada dólar de imposto pago por ela seja muito maior do que o do dólar marginal gasto consigo mesma, apenas uma pequena fração do imposto redundará em sua vantagem. Essas tendências que se originam do egoísmo conduzem à primeira espécie de instabilidade. Mas, desde que, apesar do senso de justiça dos seres humanos, a aceitação de empreendimentos cooperativos depende de que os outros farão a parte que lhes cabe, os cidadãos podem sentir-se tentados a deixar de dar a sua contribuição quando acreditam ou com razão suspeitam de que os outros não estão dando a sua. Essas tendências que nascem de apreensões acerca da lealdade dos outros conduzem à segunda espécie de instabilidade.<sup>17</sup>

Na sociedade contemporânea, ressaltando-se a complexidade e quantidade infundável das relações intersubjetivas características da mesma, o homem cooperante dificilmente enxerga a cooperação de terceiros, fazendo com que o mesmo se veja inseguro e incerto quanto a quais atitudes deve tomar: se do homem econômico ou do homem cooperante. “Consequentemente, o princípio da confiança interpessoal, pilar da cooperação, transforma-se em desconfiança nas sociedades complexas<sup>18</sup>”, o que pode acarretar numa não obediência às normas por parte de *Ego*, já que não sabe – ou melhor, não vê certezas – das atitudes de *Alter*.

Então, se deixamos a impunidade imperar sobre *Ego*, haverá – no meio social – a prevalência da ideia de que o mal compensa, ou seja, se posso agir em benefício próprio e se existe a possibilidade de que outros também o façam, por que agiria “para o bem” se outros estão desfrutando desse mesmo bem *gratuitamente*? Resumidamente, a desordem – ou instabilidade, com Rawls – social e moral se instaurariam, devendo agir o Direito Penal.

Aqui se justificaria a posição de que ao Direito Penal não cabe considerar o homem somente em sua faceta de “cooperante”, como querem os defensores da exclusiva proteção de vigência das normas como fim único desse ramo do ordenamento jurídico. Tal função considera que todos os homens assim devem ser considerados como os destinatários das normas penais, porém, o Direito Penal precisa de meios *suficientes* e adequados também para inibir a atuação dos delinquentes potenciais e não somente dos “obedientes do Direito”, uma vez que aqueles outros, única e simplesmente, *existem*.

16 GUIRAO, 2005, p. 543.

17 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 372-73.

18 GUIRAO, 2005, p. 544.

Nos estudos de Enrique Gimbernat Ordeig<sup>19</sup>, há o entendimento de que o homem não é como os seres irracionais que já trazem uma carga genética que não permite que uns se agridam aos outros da mesma espécie. Sendo assim, é necessário criar no homem essa “trava” (por meio do Direito Penal), que será bem-sucedida com o decorrer do tempo, passando de geração para geração o “bom comportamento”.

Haveria a necessidade, portanto, não somente de uma manifestação da vigência do acordo intersubjetivo, mas também da imposição de condutas a serem adotadas pelos cidadãos. “Há de insistir-se então em que a confiança dos cidadãos no Direito só pode estar baseada na eficácia do próprio Direito relativamente ao poder de se impor a quem não desenvolveu voluntariamente uma disposição para a cooperação<sup>20</sup>”.

Portanto, por parte do Direito Penal, deve haver instrumentos que desotimizem a atitude egoísta, no sentido de que, aquele que age dessa forma deva *saber* que sua atitude, mesmo em curto prazo, trará mais prejuízos que benefícios: o Direito não pode permitir o “ganho maior” por parte daqueles que não obedecem a suas normas. Daí a necessidade de um fim de intimidação por parte do Direito Penal para certos atos e não somente de afirmação quanto ao perfeito funcionamento de seu sistema. “Desta forma, dado que os cooperantes sabem que existirão condutas não cooperantes, considerarão razoável acordar intersubjectivamente a instauração de uma pena preventiva que sirva a protecção efectiva dos seus interesses perante esta espécie de condutas<sup>21</sup>”.

A certeza – para o homem cooperante – de que sua atitude honesta não é “em vão” (já que para o homem econômico será aplicada uma pena ou que o mesmo não agirá egoisticamente por temor dessa sanção), fará com que o mesmo continue assim agindo com segurança e *confiança* para com terceiros. Então, o fim de intimidação da norma também é essencial para que o próprio respeito à vigência da mesma seja alcançado<sup>22</sup>.

Não negando a necessidade de uma visão crítica sobre a racionalidade de tal escopo, sabido é que se tem como aceite que a aquela intimidação será feita por meio da clássica protecção de bens jurídico-penais<sup>23</sup>. Por meio desses, o Estado se

19 ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?)*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, p. 14 et seq.

20 GUIRAO, 2005, p. 549.

21 *Ibidem*, p. 551.

22 GUIRAO, 2005, p. 549-551.

23 Fala-se em aceitação majoritária ou pacífica no sentido de não encontrarmos espaço para a crítica de tal função em nosso texto, daí partirmos desse pressuposto como algo aceite. Para uma visão mais crítica sobre a função de protecção de bens jurídicos, ver, dentre outros: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. Frisa-se, ainda, que questões como “crimes de desobediência”, “risco permitido e risco proibido”, assim como uma visão mais crítica e aprofundada decorrente de tais assuntos, não estão, também, englobados em nosso escopo.

verá limitado em aplicar sanções tão somente para as *lesões ou perigos de lesão* para os bens fundamentais de uma sociedade num determinado contexto sociocultural, o que não ocorreria se o fim único da norma penal fosse o da proteção da vigência do ordenamento jurídico:

A objecção de que o fim de prevenção geral não é adequado para limitar o poder penal do Estado, é sim convincente mesmo no que diz respeito às cominações penais, eliminando-se, todavia, com a nossa restrição dessa finalidade à protecção de bens jurídicos e prestações, assim como à subsidiariedade do direito penal no cumprimento de tais tarefas.<sup>24</sup>

Acrescentando, certo é que o Direito Penal não tem autoridade nem competência racionais para interferir em questões morais<sup>25</sup>, como dito acima, mas tão somente em assuntos sociais. Como que numa tentativa de transporte de uma categoria a outra (do moral para o jurídico), afirma-se que todos os cidadãos têm direitos iguais, justificando-se a tutela penal como meio não só para alcançar seu fim de intimidação contra atitudes do “homem econômico”, mas também como meio de se restabelecer aquela desigualdade posta. Contudo, sabido é que não se pode falar aí em situação desigual, pois, como noção de ilícito penal baseado num contexto democrático, não houve qualquer quebra do acordo intersubjetivo que tenha colocado a situação de um sujeito passivo para pior. Passemos, então, mais detalhadamente, aos problemas da fundamentação dos delitos cumulativos, tanto pela teoria da sociedade como pela filosofia moral.

### **1.2.1 Os problemas da fundamentação dos delitos cumulativos e a adoção da perspectiva antropocêntrica moderada como condição legitimadora para a proteção jurídico-penal do meio ambiente**

Um Direito Penal gravitado na axiologia democrática tem sua base na noção de *reconhecimento recíproco*, assentando-se numa legitimação de base intersubjetiva, isto é, “um sentido intersubjetivo estabelecido pela comunicação entre os sujeitos que partilham uma experiência normativa comum com base na qual procuram entender-se e organizar a convivência quotidiana<sup>26</sup>”. Isso quer significar que o ilícito jurídico-penal será aquela ação ou omissão que negue esse reconhecimento intersubjetivo por parte de algum dos membros sociais. A afetação desse reconhecimento, concretamente, se dará pela lesão ou perigo de lesão relevante<sup>27</sup> contra um

24 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 2004, p. 31.

25 A fundamentação por último exposta dos delitos de acumulação tem assim, a nosso ver, um referente na filosofia moral, isto é, encontra sua base na mesma, a partir de estudos de Joel Feinberg (1984) e John Rawls (1997), dentre outros, já que, por óbvio, não se poderia aceitar uma intervenção penal em situações “meramente” morais.

26 SILVA DIAS, 2003, p. 324.

27 Como já exposto, frisamos que uma análise mais verticalizada sobre o “*quantum*” lesivo dos crimes de perigo deve ser feita, a fim de que se tenha uma melhor compreensão do tema em seu todo. Para tanto,

bem jurídico-penal dotado de um referente pessoal (seja individual, seja difuso). O dano jurídico penalmente relevante aí é constatado pela diminuição do valor daquele bem *para o titular do mesmo*. Ora, se há a necessidade de um titular do bem (o Direito é para os homens e não para si mesmo), o dano penal relevante só será causado quando esse mesmo titular sofrer com a deterioração ou grave perigo aferido contra aquele seu bem, pois se assim não fosse, o “sujeito de direitos” passaria a ser o próprio bem em si considerado.

Sendo as normas mediadoras desse reconhecimento intersubjetivo, quando da existência de atos que atingem de forma relevante um bem jurídico, causando possíveis danos ou mesmo lesões e colocando em sério risco a agregação social, há a necessidade de uma intervenção jurídico-penal. Daí que a fundamentação de intimidação da pena para aqueles autores de ações cumulativas não poderia ser aceita. Isso porque se estaria baseando a pena numa questão meramente preventiva, sem a observância da exigência de uma lesão ou perigo de lesão imediato para o bem (sem a exigência, portanto, da violação do acordo intersubjetivo). Uma intimidação que aponta diretamente para questões *internas* do autor do fato, quando fundamentada a mesma pelo desvalor moral do agente infrator, campo em que o Direito Penal não pode intervir. Quando da tentativa de se transformar tal questão moral em jurídica (por meio do argumento da desigualdade jurídica provocada pela ação) há também um grave equívoco: quando da atitude do “homem econômico” não há uma interferência na relação social intersubjetiva, a partir do momento em que a “vítima” do delito é fictícia, ou seja, essa não vê sua situação jurídica em nada piorar, já que a conduta do autor é simplesmente *inócua* para tanto, não há que se falar, portanto, em *desigualdade*. “Faltando esta dimensão do dano, falta a experiência do desrespeito, da negação do reconhecimento que sustenta o ilícito genuinamente penal<sup>28</sup>”.

Acrescente-se que a legitimação para essas ações passa – tanto através da teoria da sociedade como pela filosofia moral – por privilegiar a possibilidade da prática da mesma conduta por terceiras pessoas. Isso em decorrência da própria *dependência* de atitudes de terceiros, já que a ação cumulativa, por si só, não expõe sequer a perigo abstrato de lesão o bem supraindividual<sup>29</sup>. A figura do

---

ver: FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, principalmente, p. 591 e ss. Na doutrina brasileira, um escrito que traça, também, especificamente a questão dos delitos cumulativos pode ser visto em: D’ÁVILA, 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*. São Paulo, nº 67, jul./ago. 2007.

28 SILVA DIAS, 2003, p. 336.

29 É o próprio Lothar Kühlen quem reconhece que os delitos cumulativos possuem uma periculosidade menor que a periculosidade dos crimes de perigo abstrato. Admite o autor que o delito cumulativo é de resultado, mas não um delito de lesão, equivalendo-se em verdade a um grau de perigo inferior ao dos delitos de perigo abstrato (KÜHLEN, 1993, p. 714, *apud* GUIRAO, 2003, p. 157). Isso pode ser explicado da seguinte forma: os crimes de perigo abstrato possuem sua periculosidade presumida e geral baseada nas experiências de vida. Tais experiências trazem a razão de ser ou justificativas – su-

“free-rider”, assim, não se iguala com a da acumulação: para um desvalor moral da ação deve-se partir da premissa de que a maioria colabora com a manutenção do bem, pois só assim se poderá falar em uma conduta desvalorada. Essa desvalorização depende de uma comparação com a atitude “normal” em sociedade, isto é, se não agir dentro daqueles parâmetros, haverá a desvalorização da conduta. Já a acumulação parte do pressuposto (contrário àquele) de que a conduta será praticada por um grande número se a mesma não for prevenida, podendo-se concluir, assim, que a *essencialidade* das fundamentações da acumulação é pressuposta pela provável prática daqueles atos por terceiras pessoas. Em outras palavras, se todos resolverem agir de modo egoísta o próprio “egoísmo” desaparecerá, já que não há mais a possibilidade de uma comparação negativa com os atos positivos, pois esses ou não existem ou são minoria: desaparecendo o egoísmo, contudo, permanecerá a acumulação.

Pode-se afirmar, assim, que a “base estrutural” para uma fundamentação da acumulação perfila, de uma forma ou de outra, num possível “dever de solidariedade” imposto por uma também possível necessidade de uma “ética para a civilização tecnológica”, seja porque devemos manter os “novos riscos” sob controle (“solidariedade social” – teoria da sociedade), seja porque tenhamos deveres morais de solidariedade para com o próximo (“solidariedade moral” – filosofia moral), *independentemente* de sermos vistos como “free-rider” ou “free-loader”.

Havendo o dever de solidariedade, não haveria de se falar em necessidade de atentar contra bens alheios individuais e presentes: “la idea de la solidaridad no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios en favor de la comunidad u otros individuos<sup>30</sup>”. Privilegia-se a manutenção de instituições sociais essenciais, surgindo um dever de manutenção e fomento das mesmas. O fundamento do dever seria aí a vinculação positiva e prévia entre o agente e a instituição, vinculação baseada na

---

*postamente* legítimas – de que aquelas condutas devem ser criminalizadas. Assim sendo, por exemplo, quando se pune a “produção de substância tóxica nociva ao meio ambiente”, está querendo-se dizer, de uma forma simples, que “essa produção pode, *imediatamente*, e por ser a substância nociva, causar um resultado fático ruim para o meio ambiente; isso porque, já houve casos de acidentes com tais substâncias que acabaram por danificar certas áreas ambientais e, mesmo que não tivessem esses acidentes ocorrido, nada obsta, em virtude de nossa capacidade de abstração do conhecimento, que tais erros possam vir a acontecer; portanto, nos antecipemos de uma efetiva lesão ou mesmo de um perigo concreto, e criminalizemos tal conduta”. Assim, fica claro que a periculosidade do crime de perigo abstrato é presumida *independentemente de outros casos*, ou seja, tem o perigo abstrato a *lesividade imediata* – mesmo que presumida – exigida para a existência de um ilícito penal num Direito Penal do fato isoladamente considerado. Isso não ocorreria com os chamados delitos cumulativos, que precisariam de outras condutas iguais para que tivesse lugar sua *lesividade imediata*, ou seja, sua periculosidade atual. Sendo assim, tal periculosidade seria menor que a dos crimes de perigo abstrato, considerando-se sempre a conduta isoladamente, considerando sempre o contexto de atuação do autor.

30 BAYERTZ. Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung. In: Orsi et al. (ed.). *Solidarität. Rechtstphilosophische Hefte*, nº 4, 1995, p. 10, *apud* GUIRAO, 2003, p. 160.

ideia de solidariedade, mas não devido à relação negativa entre ação concretizada e bem a ser protegido<sup>31</sup>.

Somente com a imposição do dever de solidariedade é que encontraria o delito cumulativo e a proteção autônoma do meio ambiente respaldo mais “sólido”. E, além disso, tomando-se em conta esse dever para com as gerações vindouras, a perspectiva autônoma do meio ambiente ganha reforço. Sendo a concepção antropocêntrica<sup>32</sup> dependente de bens individuais, o requisito para que haja o injusto material seria a colocação em perigo *atual* desses bens, o que não ocorreria com os delitos cumulativos. A razão de ser desses delitos, então, se centraria na proteção autônoma do meio ambiente, fundamentada no dever de solidariedade para assegurar as condições *futuras* da Humanidade, estando esse futuro próximo ou distante.

31 GUIRAO, 2003, p. 160.

32 Sabido é que a Ciência do Direito, como ciência pragmática que é, surge em decorrência de necessidades sociais humanas de estabilização, ordem e segurança. O Direito é sempre dirigido ao homem para que o mesmo se veja protegido em sua liberdade de agir ou não agir e de ser ou não ser – nesse último sentido quando o ordenamento jurídico protege o homem do próprio ordenamento. Não são as coisas inanimadas ou irracionais que possuem *direitos*, mas sempre o homem quem é o possuidor desses direitos sobre aquelas coisas: “...la tutela jurídica no apunta a las cosas mismas sino a los derechos o intereses que subyacen a las relaciones entre las cosas y las personas.” (GOTI, Jaime E. Malamud. ¿Puede subsistir el derecho penal liberal? *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires, a. 4, nº 3 a 16, 1981, p. 699).” Assim sendo, não há que se falar em “direito dos animais e das plantas” (perspectiva ecocêntrica ou autônoma do meio ambiente), mas sim em “direito do homem de desfrutar de tais bens para seu proveito”. Contudo, esse último direito deve ser limitado e regulado pelo Direito posto, mas não porque temos deveres sobre o meio ambiente (já que o mesmo não é *sujeito de direito*), mas sim porque temos deveres em relação aos *demais cidadãos*, possuidores autênticos do *direito de condições toleráveis de vida* (GUIRAO, 2003, p. 146). Portanto, teríamos como fundamento das normas jurídicas – de forma propositadamente sintética – o antropocentrismo das mesmas, no sentido de serem elas exclusivamente *para os seres humanos*, para seus *interesses*. Contudo, no que diz respeito aos bens jurídicos supraindividuais, não é somente esse o sentido atribuído ao antropocentrismo. Há, na doutrina, diferentes “níveis” daquele, dependentes – para a devida classificação – de uma maior ou menor vinculação ou dependência com os bens jurídicos individuais. Por todos ver: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, volume comemorativo, 2003, p. 1130 et seq. E, referindo-se especificamente ao bem coletivo “meio ambiente”: GUIRAO, 2003, p. 145 et seq. Na visão de Jorge de Figueiredo Dias, com uma concepção *exasperadamente antropocêntrica* se exige que o bem jurídico coletivo se relacione de forma *real, tangível e atual* a um bem jurídico individual. Pela concepção *antropocêntrica moderada* se exige – menos que na anterior – apenas uma relação indireta com bens jurídicos individuais, apenas uma possibilidade de se encontrar um “referente pessoal” naquele bem coletivo (a *existência*, ou melhor, a *legitimidade* do bem coletivo só seria possível “apenas se e na medida em que a razão da tutela pudesse ainda ser reconduzida à protecção de bens jurídicos individuais). (FIGUEIREDO DIAS, 2003, p. 1130). Referindo-se especificamente ao meio ambiente, afirma Rafael Alcácer Guirao que a concepção moderadamente antropocêntrica “entende que el medio ambiente – o sus entidades: flora, fauna, aguas, aire, solo, etc. – es un bien jurídico *autónomo* digno de protección – y por ello, en lo tocante a la *configuración del objeto* de tutela, podría calificarse como ‘*ecocéntrica*’ –, pero que la *ratio* última de su merecimiento de protección radica en la integridad de intereses humanos – por lo que, en lo relativo a su *legitimación*, podría considerarse ‘*moderadamente antropocéntrica*’” (GUIRAO, 2003, p. 147). Essa última, a nossa posição.

Os bens individuais, diferentemente dos coletivos, não precisam da acumulação para serem expostos a perigo de lesão ou serem lesionados. Daí a acumulação se referir exclusivamente a bens coletivos. Se esses são tidos como antropocêntricos, a acumulação não poderia sequer ser usada para a fundamentação das condutas contra os mesmos, pois uma ação não baseada na acumulação, por si só, pode, dependendo de sua materialidade, expor a lesão ou perigo de lesão o referente individual. Em outras palavras, pode uma única ação mudar para pior ou não a situação jurídica das vítimas. Daí que, usando-se a fundamentação da acumulação, só poderíamos falar em meio ambiente como bem em si, autônomo.

Com a adoção de tal perspectiva não haveria mais que se falar em necessidade de se quebrar o acordo intersubjetivo por parte do cidadão ofensor do bem, pois o titular desse sequer *existe*. O bem estaria sendo protegido não mais porque a sua degradação ou o perigo oferecido ao mesmo tenha prejudicado ou diminuído a esfera de liberdade de um titular (relação intersubjetiva). Entretanto, com isso não se quer dizer que haja a necessidade de uma estrita dependência entre o bem coletivo e a lesão ou perigo de lesão ao bem pessoal, como o quer a perspectiva exasperadamente antropocêntrica do meio ambiente. Em palavras claras, não há a necessidade de um perigo ou de uma lesão concretamente provada a um bem jurídico-penal individual (ameaça de morte ou à saúde de uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas no momento exato da ofensa ao bem jurídico coletivo, por exemplo).

A diferença – quanto à titularidade – entre bens individuais e coletivos reside no fato de que naqueles o homem é protegido como ser individual, como pessoa humana dotada de interesses imprescindíveis para o seu desenvolvimento pessoal, enquanto que nos bens supraindividuais, o homem é considerado como ser social, tendo bens e interesses que, sem os quais, seu desenvolvimento em sociedade se torna inviável, quando não impossível. Há realidades sociais de caráter público em que se observa o interesse de todos os cidadãos – ou da maioria democrática – na sua manutenção, como é o caso do meio ambiente. Há aí um verdadeiro interesse intersubjetivo (difuso) sobre o bem, a fim de que possa, o homem, usufruir de sua própria liberdade pessoal. Em última instância, portanto, é a própria liberdade humana que está sendo protegida, não precisando a sua vida ou saúde individual, por exemplo, ser diretamente posta em perigo pela agressão ao bem coletivo, pois aquele interesse intersubjetivo (legitimado a partir da liberdade humana) já é, por si só, digno de uma tutela penal atual.

Em outros termos, a tutela com base no antropocentrismo moderado não considera, portanto, o meio ambiente como “sujeito de direito”, mas sim a sua proteção se justifica pela atual necessidade de tutela daquele interesse intersubjetivo, que não vem a ser um *meio* para se chegar aos interesses individuais, como a vida ou saúde, mas sim é *materializador* de diversos interesses individuais fundamentais, sendo a *ratio* para uma possível incriminação de condutas. “A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede concebirse como un estado, objeto o institución positivamente valorado en virtud de su funcionalidad

para el desarrollo de la libertad de la persona en sociedad a través de la cooperación intersubjetiva<sup>33</sup>”.

A tutela penal para o meio ambiente só será legítima, portanto, quando houver, em última instância, um referente pessoal de interesse que é, por sua vez, intermediado pela proteção do bem coletivo como tal. Só assim haveria que se falar em perigo *imediato* – com o resultado produzido contra o meio ambiente – para os interesses pessoais, para a relação intersubjetiva. A proteção penal recai, portanto, sobre o meio ambiente em si considerado, mas se legitima tão somente a partir de um referente pessoal de liberdade intermediado por aquele bem coletivo.

Além de todas essas questões como “problemas da fundamentação”, há ainda aquelas referentes aos princípios limitadores da responsabilização jurídico-penal. Sem a necessidade de exposição de questões já conhecidas, passemos à análise daqueles princípios mais nitidamente abalados com uma possível criminalização de condutas – e também uma aplicação concreta de sanções – fundamentadas a partir da acumulação danosa de condutas.

## 2. DELITOS CUMULATIVOS, CULPABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

### 2.1 A inexistência de culpabilidade na conduta cumulativa

De plano, constatada a inexigência de imputação objetiva para as ações cumulativas, não há mais como se falar em culpabilidade individual. A relação de causalidade, mais que um processo lógico-natural, é um acontecimento do contexto social, se tornando, assim, um pressuposto para a culpabilidade. Isso porque, somente quando se sabe da conduta causadora do resultado, somando-se às regras da imputação objetiva, é que se poderá – se for o caso – imputar subjetivamente aquele resultado ao sujeito ativo da conduta<sup>34</sup>. No caso dos delitos cumulativos há uma espécie de culpa coletiva, se contrapondo à noção de Direito Penal do fato. Além disso, a culpabilidade pressupõe um juízo de desvalor sobre a conduta *individual* do sujeito<sup>35</sup>.

Viu-se que a acumulação tem seu centro gravitacional na possibilidade da prática da mesma conduta agressora por terceiras pessoas. Admitir a culpabilidade em um contexto dessa monta seria censurar desvaloradamente alguém pela prática

33 GUIRAO, 2003, p. 168.

34 Nesse sentido VEGA, 2000, p. 148.

35 “Isso significa que a pena, que contém um juízo moral de desvalor sobre o comportamento humano e que sempre será estimada assim, apenas deve ser imposta, por princípio, quando ao delincente se pode reprovar moralmente sua atuação. Querer punir sem esta reprovação de culpabilidade seria falsificar o sentido da pena e fazer dela uma medida moralmente insípida da que se poderia abusar para fins políticos. O Direito Penal da culpabilidade pressupõe, certamente, que existe culpabilidade humana, que esta pode ser constatada e calibrada.” ORDEIG, 2004, p. 7.

de atos de terceiros, mas não pela sua ação propriamente dita. Como se não bastasse, deve-se atentar para o duplo significado do princípio da culpabilidade: por um lado, quer-se afirmar que não se deve impor uma pena se o autor não praticou seu fato antijurídico *com base numa livre decisão de vontade*; por outro, exige-se a *exclusão da responsabilidade pelo resultado*, ou seja, a exclusão da punibilidade quando o resultado típico causado pelo autor não era previsível<sup>36</sup>.

A culpa está ligada a uma ideia de liberdade, de livre escolha (a possibilidade real de poder optar por uma ou outra conduta). Essa, por sua vez, baseia-se numa noção de igualdade: os sujeitos que não estão em igualdade de situações não podem atuar de forma livre, ou seja, a igualdade *perante o Direito* é critério essencial para constatar se o sujeito agiu livremente ou não: os sujeitos, supostamente, conhecem os atos (igualdade) e sabem o que está proibido ou permitido<sup>37</sup>. Essa livre *decisão* é quebrada com o princípio da adequação social. Se uma conduta é cotidianamente comum, aceita por todos, não haveria que se falar em quebra do reconhecimento recíproco, nem em censura moral contra a conduta do agente. Quando nessas situações, não há sequer uma verdadeira *tomada de decisão* por parte do agente, porquanto o mesmo age como faz cotidianamente em suas atividades comuns. Então, um pai, ao caçar uma mariposa para que seu filho com ela conheça os mistérios da natureza, não pode ser tido como criminoso enquadrado no art. 335<sup>38</sup> do Código Penal espanhol, por exemplo. Contudo, nesse país, já há decisões de condenação penal até mesmo nesse sentido.<sup>39</sup>

Quanto à previsibilidade do resultado lesivo por parte do autor, evidente é o conflito com o princípio da culpa. Sendo o risco contra o meio ambiente decorrente da ideia de acumulação, não é possível se exigir uma previsibilidade de um resultado danoso para o mesmo por parte do agente. Esse está inserido num contexto de “tempo-espaço” que impede a sua previsão de lesão para um bem quantitativamente indefinido. Isso por dois principais motivos: 1) sabe que a sua conduta, em si, não causará mal algum à esfera de liberdade de terceiros e até mesmo para o próprio bem em si considerado, como na caça de uma mariposa; 2) depende o autor do

36 ORDEIG, 2004, p. 7.

37 GOTI, 1981. p. 704.

38 Assim diz o referido artigo: “Artículo 335: 1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años. O “artigo anterior” a que se refere o agora citado, diz: “Artículo 334. 1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses. 2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.”

39 Pode-se ver um rol de decisões em sentido semelhante em: LORENTE, José Muñoz. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna: interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LIV, 2003, p. 113.

conhecimento de diversos fatores acidentais (a quantidade de pessoas que fazem o mesmo que ele, a periculosidade de cada conduta dessas pessoas, a duração do processo de acumulação, etc.<sup>40</sup>), o que não pode ser exigido de uma pessoa “média” no contexto social em que a mesma se insere, onde, como visto, sua conduta é aceita. E é essa previsibilidade a condição para que se possa imputar ao autor sua ação dolosa ou culposa<sup>41</sup>.

Portanto, poderíamos afirmar que, nos delitos cumulativos, quando analisada isoladamente a conduta, não há que se falar em desvalor da ação e desvalor do resultado, porquanto tanto a ação como o resultado são, para o Direito Penal do fato, desmerecedores de atenção. Nesse sentido, Gonzalo Quintero Olivares:

Pero el desvalor de resultado expresa la afección efectiva del bien jurídico por esa actividad desvalorativa, y permite establecer positivamente la antijuridicidad. Actividad y afección real, desvalor de acto y desvalor de resultado son indispensables para configurar lo injusto. A su vez, el desvalor de resultado tiene también una función de garantía pues impide que se tomen en consideración afecciones irreales o presuntas de los bienes jurídicos.<sup>42</sup>

Sendo assim, necessário se faz concluir que, para um Direito Penal do fato, uma ação cumulativa não pode ser considerada um *injusto penal*. Pode carecer de toda funcionalidade protetora a sanção que se impõe a pessoa diferente do autor da lesão ao bem jurídico. Ou ainda a sanção conseqüente a um comportamento não dominável pelo agente, ou de conseqüências imprevisíveis para o mesmo, ou de ilicitude para o que não é conhecido.<sup>43</sup>

Não obstante tais afirmações serem de aceitação majoritária, um questionamento nos surge, agora referente à inexistência de culpabilidade da conduta cumulativa: *considerando os estudos sociológicos que atestam estarmos diante da chamada “sociedade da informação”, com todas as suas peculiaridades referentes ao conhecimento humano, não estaria também na hora de a dogmática penal “ampliar” ou ter outra noção de “contexto de culpabilidade” para se chegar à legitimação dos crimes por acumulação? Não se poderia exigir de um sujeito que não mate um único animal, já que sabe ele que o meio ambiente está em risco evidente*<sup>44</sup>? Em

40 SILVA DIAS, 2003, p. 341.

41 Nesse sentido: OLIVARES, Gonzalo Quintero. Acto, resultado y proporcionalidad: aportación a la reforma del código penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 35, fasc. 2, mai./ago.1982, p. 390.

42 OLIVARES, 1982, p. 386.

43 SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascaraín. La proporcionalidad de la norma penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, a. 1, nº 0, mai./ago. 2000, p. 229.

44 O incremento na produção industrial (lei da oferta e da procura em seu ápice) – além de diversos outros fatores – traz a conseqüência de uma maior e muito mais intensa agressão ao meio ambiente. O ser humano há muito interfere em seu espaço físico à procura de recursos para sua subsistência. A população mundial passa por uma explosão demográfica, o capitalismo se vê impulsionado fortemente pela globalização (o que aumenta a oferta e procura de bens), a industrialização – para atender a tais demandas – vê-se com a necessidade de produzir cada vez mais, o que é conseguido pelo aumento e de-

*outras palavras, não teria esse sujeito “culpa”, por estar inserido num contexto social que lhe permite saber da degradação ambiental? Ou negaremos esse contexto? Sendo possível “ampliar” o contexto da reprovabilidade da conduta, seria também possível afirmar a existência da quebra do acordo intersubjetivo com base na ideia de liberdade difusa há pouco referida? Em caso negativo, não deverá esta quebra ser vista “com outras lentes” quando se está diante de bens universais?*

Ficam as dúvidas. Passemos ao enfrentamento, por final, dos delitos cumulativos com o princípio da proporcionalidade.

---

envolvimento das tecnologias, principalmente, das últimas três décadas. “O fenômeno da globalização atualmente observado no mercado mundial é, portanto, um processo histórico de internacionalização do capital, que se difundiu com maior velocidade, particularmente a partir das três últimas décadas graças ao avanço tecnológico.” KON, A. Tecnologia e trabalho no cenário da globalização. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.) *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 63. Também nesse sentido: “As novas tecnologias baseadas na microeletrônica, na informática, nos novos materiais e na biotecnologia, produtos da Revolução Científica e Tecnológica em processo de desenvolvimento, estão gerando e tendem a expandir cada vez mais seus impactos de natureza econômica, política e social sobre a sociedade humana. Pode-se afirmar que o processo de globalização ou de interdependência da economia mundial não se realizaria sem os avanços alcançados com o desenvolvimento da moderna tecnologia.” ALCOFORADO, Fernando. *Globalização*. São Paulo: Nobel, 1997, p. 16. Com isso, o meio ambiente se vê afetado em seu aspecto global (uma vez que sua natureza sempre fora global). O que se tem alterado sobre a perspectiva do meio ambiente são os ataques incessantes e cada vez mais cruéis ao mesmo, esses sim decorrentes de uma produção econômica em escala globalizada, de uma competitividade, sem fim, por lucros monetários, ou seja, decorrentes daquele processo impulsionado pelo surgimento de novas técnicas de produção (ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Globalização e tutela do meio ambiente*. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.139). Assim sendo, ganha o meio ambiente um debate que não interessa mais somente aos Estados nacionais, mas sim a toda Humanidade. Desde a década de 1950 ocorre tal preocupação, sendo que, em 1955, a Fundação Wenner-Gren para Pesquisa Antropológica é a responsável pelo primeiro simpósio internacional tratante do tema: “Man’s role in changing the face of the earth”, nos Estados Unidos da América. Em tal simpósio, “conclui-se” que o homem altera e prejudica a superfície da Terra desde a descoberta do fogo e a atividade agrícola, mas que tais alterações vinham se acelerando e aumentando em intensidade até então desconhecidas ou ignoradas pelos poluentes desde a Revolução Industrial. A Eco 92 (Conferência de Cúpula das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), realizada na cidade do Rio de Janeiro, ao convocar chefes de diferentes Estados-nações, é uma prova de que o problema ambiental deveria ser encarado de forma global (“Pensar Globalmente, Agir Localmente”), assim como os documentos aprovados por esses líderes: a Convenção do Clima, a Convenção sobre a Biodiversidade e a Agenda 21 (todos de abrangência mundial). Conforme: SOBRAL, Helena Ribeiro. *Globalização e meio ambiente*. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 140-41. Referindo-se ao simpósio internacional, ocorrido em 1955, diz Helena Ribeiro Sobral: “A primeira constatação do simpósio foi que os impactos ambientais das ações humanas sobre a terra são geograficamente distintos e *historicamente cumulativos* (itálico nosso). Algumas alterações feitas pelos homens foram positivas; outras destrutivas; algumas imprevisas e não planejadas e, sobretudo, a maior parte dos seus resultados não foram antecipados, nem registrados e avaliados. Daí a necessidade, até hoje (porque pouco se caminhou nesse sentido), de se fazer um balanço da globalidade das alterações ambientais ocorridas no planeta. SOBRAL, In: DOWBOR; IANNI; RESENDE, 2003, p. 142. Todo o exposto colocado para provar o *empirismo* existente quando falamos que “o meio ambiente está em *evidente risco*”.

## 2.2 A desproporcionalidade da incriminação das ações cumulativas

Não há que se falar, para fins de Ciência Jurídica, na existência de uma proporcionalidade “pura”. Nem mesmo na máxima “olho por olho, dente por dente” há uma proporcionalidade “vazia”. Baseia-se a lei do talião numa ideia de *Justiça absoluta*, isto é, *ao mal causado deve ser imposto mal equivalente*. Não é a proporção que é aí absoluta, exata, pura ou vazia, mas sim a sua *fundamentação*. Sendo essa não baseada em critérios racionais de utilidade social de aplicação da pena, baseada não em fins sociais, mas sim numa dimensão “superior” de Justiça, há uma natural tendência de se achar que somente na lei do talião poderíamos verificar uma genuína e pura proporcionalidade. A fórmula referida traz a proporção em seu verdadeiro sentido literal: tudo aquilo que está na *mesma relação* que outra coisa em intensidade, grandeza, grau, etc. Mas isso *tão somente* em decorrência da sua *base* referida: a ideia de “justiça compensatória”. Portanto, até no significado mais radical da proporcionalidade jurídico-penal, encontramos um suporte que dá a mesma seu sentido e significado, isto é, mesmo ali não há que se falar em proporção “pura”, *por si só considerada*.

Da mesma forma é a questão da *legitimidade*. Quando perguntado se qualquer ato possa ser tido como legítimo, a resposta nunca poderá ser “sim” ou “não”, mas sempre uma resposta acompanhada de uma nova pergunta: “depende, legítimo *com base em quê?*”. A referida base ou fundamentação poderá ser aferida em questões filosóficas, religiosas ou morais, não sendo esse rol taxativo. Contudo, e o que aqui nos propomos em apresentar, a legitimidade *político-jurídica* terá sua justificação assentada na formação, fins e razão de ser do Estado no qual a mesma é inserida. Em outras palavras, a legitimidade traz sempre uma perspectiva axiológica política que a fundamenta.

Assim, considerando a inserção no Estado Democrático de Direito, Estado protetor da dignidade e liberdade humana em seus graus máximos – no que diz respeito aos outros exemplos de modelos estatais conhecidos da história –, a legitimidade para a intervenção na esfera daquela liberdade de cada cidadão só será aceita quando não for possível a solução de interesses – lide – por qualquer outro meio menos gravoso (princípio da intervenção mínima do Direito Penal democrático). A partir dessa noção, o próprio Estado, por meio dos interesses gerais da nação (democracia), elege critérios para se aferir *quando* será imprescindível e legítima a intervenção penal, quais os bens jurídicos merecedores de uma tutela privativa da liberdade do Estado liberal e, enfim, quais critérios adotar para se proteger aquele bem indispensável para o desenvolvimento humano, sem adentrar de forma invasiva na liberdade individual.

Com isso, pode-se afirmar que a proporcionalidade é derivante do critério *democrático* de legitimidade do Direito. Esse também não é proporcional *por si só*. Não cabe, portanto, catalogar sem mais algo como proporcional, nem cabe realizar um juízo geral de proporcionalidade sem relação direta a outra magnitude nem a

especificação do critério ou da medida que instrumenta a comparação. A proporcionalidade, portanto, é analisada a partir da deontologia do Direito e não de sua ontologia. Não provém de uma natureza do Direito, mas tão somente de uma exigência que impõe um determinado critério de justificação do mesmo<sup>45</sup>.

Se a legitimidade do Direito advém da axiologia da formação estatal – materializada por uma Constituição – e se estamos falando de Estados que protegem a liberdade como valor supremo, há que se entender que a retirada ou tolhimento desse bem só se verá *legítima* quando a mesma for gerar mais liberdade do que a sacrificada. Daí surge o princípio da proporcionalidade como princípio de legitimidade *democrática* do Direito como critério de medição entre o ganho e o perdido de liberdade resultante da existência de uma norma jurídica.

Assim sendo, e com o intuito de ser breve, já se poderia concluir pela desproporcionalidade estrita da aplicação de uma pena em decorrência de um crime cumulativo praticado, tendo-se em vista também a inofensividade e não culpabilidade da conduta. Isto é, não havendo possibilidade de se verificar uma ofensa num contexto certo e fechado, não haveria que se falar em culpa e, não havendo tal juízo de reprovação, desproporcional seria a aplicação de uma pena ao caso concreto. A questão posta nos remete, não obstante, para a análise do pressuposto material de intervenção penal “necessidade de pena”. Veja-se.

Imaginemos quanto os crimes de mero perigo e de resultados irrelevantes (cumulativos, por exemplo) inundariam (mais do que já está!<sup>46</sup>) a Justiça Penal, impedindo a solução de problemas mais graves e imediatos. A inaplicabilidade do Direito Penal, ainda, não teria como única causa o referido afogamento da Justiça Penal, mas também a sua própria estrutura “protetora” de direitos e garantias. Os “novos riscos” não são imputáveis com as regras garantísticas de causalidade, culpabilidade e responsabilidade. Sendo assim, o Direito Penal não apareceria como meio adequado de proteção dos novos bens<sup>47</sup>.

45 SÁNCHEZ, 2000, p. 223.

46 Referindo-se à criminalização de meros atos preparatórios, afirma Harthmuth Horstkotte: “Contudo, a perseguição deste tipo de crimes pode desviar as forças policiais da perseguição de crimes mais graves, como os furtos ou distúrbios violentos. Desse modo, a nova criminalização pode tornar-se contraprodutiva, pelo menos num sistema onde há um dever geral de perseguição de todas as condutas puníveis (princípio da legalidade)”. HORSTKOTTE, Harthmuth. Os limites da prevenção criminal à luz dos direitos do homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 8, fasc. 3º, jul./set. 1998, p. 374. Também um estudo mais abrangente sobre o aludido, pode ser visto em: THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

47 Em sentido similar ver: HERZOG, Félix. Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. XLVI, fasc.1º, nº 46, ene./abr. 1993, p. 319 et. seq. Referindo-se ao setor doutrinal da Escola de Frankfurt, afirma Rafael Alcácer Guirao: “Por parte de este sector doctrinal se sostiene que la pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad”. GUIRAO, 2003, p. 154.

Portanto, pela sua incapacidade operativa e pela sua estrutura dogmática democrática, o Direito Penal se tornaria aí uma solução simbólica, acarretando nas seguintes consequências: inaplicabilidade efetiva da legislação penal, sua respectiva inutilidade social e descrédito social no sistema penal.

As críticas feitas especialmente pela Escola de Frankfurt<sup>48</sup> continuam com sua validade no que diz respeito à manutenção de um Direito Penal garantista. Isso não quer dizer que devamos “engessar” esse ramo do ordenamento jurídico, mas sim tentarmos adaptar as novas exigências sociais com as garantias materiais e processuais da Ciência Penal, sem admitirmos espaço para o simbolismo e a politização da legislatura penal. Assim sendo, a dignidade penal daqueles bens jurídicos supraindividuais (em especial o meio ambiente) nos parece clara, o que, contudo, não significa dizer que tenhamos que mudar toda uma dogmática democrática em virtude disso nem aceitarmos a proteção como *prima ratio* dos mesmos. E é nesse ponto que entra a irracionalidade da “política” criminal adotada nos dias atuais de uma forma geral, surgindo o chamado Estado punitivo<sup>49</sup>. Antes de analisar-se o “quantum” lesivo de uma conduta cumulativa, deve-se averiguar sobre a necessidade ou não de sua incriminação.

Diz-se que o meio ambiente está em deterioração, que há o derretimento de geleiras nos polos terrestres, que a pirataria, a lavagem de dinheiro e o tráfico internacional de drogas trazem um prejuízo na economia global imensurável. E algo deve ser feito para a solução de tais problemas. No núcleo que nos propomos criticar – os delitos cumulativos ambientais – percebemos também o apelo à dogmática penal para o entrave de tais ações. E, com isso, os órgãos de persecução criminal podem se ver afogados com investigações que poderiam estar nas mãos adequadas para tanto: a administração pública.

Para ações cumulativas pensamos serem também necessárias *medidas cumulativas*: o plantio de cem árvores no centro de uma grande cidade não seria capaz de impedir a emissão de dióxido de carbono dos milhares de automotores existentes na mesma. Mas se cem árvores são plantadas em um mês, em dez anos haveria se

48 Ver, especialmente: HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, a. III, nº 18, fev/mar. 2003, Porto Alegre: Síntese. HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Año 13, 1990, nº 49 a 52, Buenos Aires, Depalma. HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro*. Trad. Enrique Anarte Borrillo. *Revista Penal*, nº 1, Barcelona: Editorial Práxis, 1998.

49 Vive-se num período de “menos Estado”: menos Estado social, menos Estado intervencionista e, do lado oposto, há outra faceta inquestionável, a do Estado punitivo. “Abandonam-se as funções de Estado que nos interessam e exaltam-se aquelas que nos vão de afeição”. Prega-se a ideologia de que não há saída para a sociedade contemporânea a não ser a de apoiar um Estado punitivo, tendo em vista os novos tipos de criminalidade – já referidos – que surgiram (ou se aprimoraram) nas últimas décadas e que, se assim não fizermos, perderemos uma guerra para o mal. FARIA COSTA, José Francisco de. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário*. In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 90-91.

chegado ao número de 12.000 árvores. Se o consumo de tabaco não é capaz de poluir a atmosfera, o que dizer das centenas de milhares de pessoas que os consomem diariamente? O que dizer, então, de boa parte dos impostos arrecadados nesse consumo específico ser destinada àquele plantio acima referido. O que dizer de um investimento, também por etapas e em longo prazo (pois foi assim que se chegou também à problemática atual por que passa o meio ambiente) de automotores que poluem menos, numa taxa de quase zero na emissão do gás poluente? E o que dizer da aplicação de multas administrativas para aqueles que não usarem tais automotores e essas multas serem destinadas para outras atividades de preservação?

Já temos observado “anúncios” nos alarmando quanto a um possível esgotamento da água num futuro próximo. Devemos esperar que isso aconteça para depois tipificarmos certas condutas como criminosas? Ou devemos ser racionais e verdadeiramente eficazes e preventivos, já impondo certos limites no consumo desse bem, exigindo-se, por exemplo, certos limites no consumo para cada ente familiar (dependendo do número de habitantes numa determinada residência)? Ficamos com a segunda hipótese, em que percebemos já ser possível a aplicação de multas administrativas (observando-se um relevante período de *vacatio legis* para adaptação social) nesse sentido, de acordo com o excedente utilizado por cada família.

Não que haja qualquer novidade na questão das “medidas cumulativas” ou que possam somente elas salvar o planeta, mas seria apenas mais uma arma para o sucesso de tal objetivo e para a quebra da noção do Direito Penal como “salvador da pátria”.

Para finalizar, nosso último questionamento surge como mais um chamado à reflexão sobre uma questão realmente complexa (principalmente por envolver diversos saberes): *admitir que o Direito Penal não seja útil não seria o mesmo que admitir sua falência? Ou usar o Direito Penal seria admitir a ineficiência do Estado na regulação de suas atividades socioeconômicas? Fala-se muito em “cifra negra” para os novos âmbitos de proteção jurídico-penais, mas não seria o Direito Penal responsável também por uma “cifra branca” mais imensurável ainda que a sua “concorrente”? Enfim, é socialmente útil a incriminação de ações microlesivas cumulativas?*

## CONCLUSÃO

Dédalo, vendo-se aprisionado em um labirinto e não tendo saída por terra ou mar, decide-se por fazer asas para si, a fim de tentar a fuga. Fixou-as com cera ao seu corpo e ao de seu filho Ícaro, de forma que ficassem elas como as asas das aves, perfeitas para o voo. Dédalo adverte Ícaro para não voar muito próximo ao Sol, pois o calor poderia derreter a cera, fazendo com que as asas se soltassem, podendo acarretar sua queda. Começam o voo e a sensação é de liberdade e poder ao extremo, satisfação plena. Ícaro, contudo, não obedecendo às orientações de seu pai, sente-se atraído pela luz do Sol, indo à sua direção. A cera de suas asas derrete e ele cai, vindo a morrer. Morre por ter sido imprudente, tentado pelo poder e ganância

de desafiar seu próprio limite. Dédalo enterra seu próprio filho, lamentando sua habilidade inicial de criar asas.

O mito grego nos mostra uma situação muito semelhante da existente com a relação do homem e seu meio ambiente. Tem o homem a habilidade de produzir, mas a sua produção é desenfreada e desregulada. Tem ele a ganância por mais e mais poder econômico e se satisfaz com interesses estritamente egoístas. Isso faz da Humanidade uma figura semelhante à de Ícaro, no caminho imprudente que leva à morte.

A discussão sobre a ilegitimidade da incriminação de condutas cumulativas danosas, assim, ganha urgência e prioridade, não somente em função da Ciência do Direito e seu sistema que deve trazer segurança jurídica e coerência lógico-formal, mas sim pela necessidade de se buscar uma forma, acima de tudo, *liberal e eficaz*, para a solução do problema ambiental.

Assim, conclui-se pela ilegitimidade da incriminação das condutas cumulativas danosas ao meio ambiente, por ser, ao menos em princípio, atentatória ao Direito Penal liberal e garantista ainda existente. Pela essencialidade do meio ambiente como bem jurídico, sabe-se que o mesmo deve ser tutelado com unhas e dentes. Contudo, com mais unhas do que dentes, pois se é o mesmo essencial para a vida humana sobre a Terra, os bens *liberdade e segurança jurídica* também o são. Não obstante, os questionamentos ficam como que convites para uma reflexão que é, sem dúvida, merecedora de maior aprofundamento.

## REFERÊNCIAS

- ALCOFORADO, Fernando. *Globalização*. São Paulo: Nobel, 1997.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática: missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. Monografia do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 44. São Paulo: Ed. IBCCRIM, 2007.
- BAYERTZ. Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung. In: Orsi et al. (ed.). *Solidarität. Rechtstheoretische Hefte*, nº 4, 1995, *apud* GUIRAO, Rafael Alcácer. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LIV, 2003.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.
- BUERGO, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LII, 2002.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer e Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

- D'ÁVILA, 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*. São Paulo, nº 67, jul./ago. 2007.
- FARIA COSTA, José Francisco de. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não securitário. In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FEINBERG, Joel. *Harm to others. The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 1984. v. I.
- \_\_\_\_\_. *Harmless wrong-doing. The moral limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 1988. v. IV.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, volume comemorativo, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOTI, Jaime E. Malamud. ¿Puede subsistir el derecho penal liberal? *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires, a. 4, nº 3 a 16, 1981.
- GUIRAO, Rafael Alcácer. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LIV, 2003.
- \_\_\_\_\_. Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 15, n. 4, out./dez. 2005.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. III, nº 18, fev./mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires, a. 13, nº 49 a 52, 1990.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas del Derecho penal futuro. Trad. Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*. Barcelona, nº 1, 1998.
- HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HERZOG, Félix. Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. XLVI, fasc.1º, nº 46, ene./abr. 1993.

- HORSTKOTTE, Harthmuth. Os limites da prevenção criminal à luz dos direitos do homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 8, fasc. 3º, jul./set. 1998.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.
- KON, A. Tecnologia e trabalho no cenário da globalização. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.) *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- KÜHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§324 StGB). *GA*, a. 133, 1986.
- \_\_\_\_\_. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, *apud* SILVA DIAS, Augusto. “What if everybody did it?”: sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 13, nº 3, jul./set. 2003.
- LORENTE, José Muñoz. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna: interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, t. LIV, 2003.
- MATTELART, Armand. Comunicación y revolución en Chile. *Apud* SUÁREZ, Norma López. Inseguridad ciudadana: construcción o percepción subjetiva? *Revista de derecho y ciencias penales*, nº 3. México, 1999.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade? In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero. Acto, resultado y proporcionalidad: aportación a la reforma del código penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 35, fasc. 2, mai./ago.1982.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?)*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Globalização e tutela do meio ambiente. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 2004.

- SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. La proporcionalidad de la norma penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, a. 1, nº 0, mai./ago. 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA DIAS, Augusto. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 13, nº 3, jul./set. 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOBRAL, Helena Ribeiro. Globalização e meio ambiente. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- SOUSA MENDES, Paulo de. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.
- VEYRET, Yvette (org.). *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007.

Submetido: 30/06/2013

Aceite: 30/09/2013