

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis"

LARISSA MARIA TIBURCIO CARDOSO

**A tutela penal do meio ambiente por meio dos delitos de acumulação**

UBERLÂNDIA

Dezembro - 2018

LARISSA MARIA TIBURCIO CARDOSO

**A tutela penal ambiental por meio dos delitos de acumulação**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, *campus* Uberlândia.

Orientador: Prof. Ms. Karlos Alves Barbosa

UBERLÂNDIA

Dezembro - 2018

LARISSA MARIA TIBURCIO CARDOSO

**A tutela penal ambiental por meio dos delitos de acumulação**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, *campus* Uberlândia.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Nota: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Prof. Ms. Karlos Alves Barbosa

\_\_\_\_\_  
Professor

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, e a toda a minha família que me demonstrou que afeto é o mais sublime sentimento.

## AGRADECIMENTOS

Tenho a agradecer a Deus, Jesus Cristo e a Mãe Maria Santíssima, tendo em vista todo o amor que proporcionaram a terra e aos homens.

Sou grata à meus pais, irmãos e familiares, que me ajudaram e estavam sempre presentes na minha vida, principalmente nesta fase da faculdade. Sem eles não teria conseguido terminar a presente monografia.

Agradeço ao meu orientador Prof. Karlos Alves Barbosa, que também me auxiliou no decorrer deste trabalho, e que aceitou de bom grado orientar esta pesquisa.

E agradeço aos meus amigos de vida, principalmente as amizades que formei na faculdade. Pois me ajudaram bastante para findar esta pesquisa, me enviando artigos, ou mencionando obras sobre o tema.

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

- Artigo 225 da Constituição Federal

A primeira lei da ecologia é que tudo está ligado a todo o resto.

- Barry Commoner

## RESUMO

A sociedade pós-industrial é marcada pelo acelerado desenvolvimento tecnológico, o que, além de trazer benefícios, traz ainda os riscos inerentes à globalização, que por sua vez, também tomaram proporção mundial. Para alcançar o desenvolvimento almejado, faz-se o uso indiscriminado de recursos naturais, tornando o meio ambiente, um bem de uso coletivo, suscetível à desastres quem têm capacidade de gerar danos irreversíveis. Diante disso, surge o questionamento se o direito penal poderia atuar no sentido de oferecer proteção a esse bem, visto que cuida-se de dever do Estado zelar pela sua preservação. Ocorre que a produção penal se sujeita a limitações constitucionais e penais, tal como a exigência de perigo ou dano efetivo ao bem jurídico. Os delitos cumulativos, analisados individualmente, não oferecem risco, tampouco dano ao bem jurídico objeto de proteção da norma, mas caso um grande número de pessoas pratiquem a mesma ação, então tem-se que o bem jurídico sofrerá danos e, se tratando do meio ambiente, o direito penal não pode se abster. Sendo assim, analisar-se-á a possibilidade de que os delitos cumulativos sirvam como forma de tutela penal ambiental.

**PALAVRAS CHAVES:** Sociedade de risco, delitos cumulativos, bem jurídico penal.

## **ABSTRACT**

A post-industrial society is accelerated in technological development, which, in addition to bringing benefits, also brings the inherent risks of globalization, which in turn, have also taken global action. To achieve the desired development, the natural resource is used indiscriminately, making the environment a well of collective use, capable of causing the capacity to generate small irreversible damages. Faced with this, the outbreak of questioning of criminal liberty could act in the sense of offering protection to this good, since it should be the responsibility of the State of its protection. It happens that it is a criminal law that applies to constitutional and penal limitations, such as the requirement of a defense law or an effective right to legal good. Cumulative buffers, shock are not risk, nor harm to the welfare of the standard protection, but the large number of people to carry out the same action, then it has the same well being suffering and, if dealing with the means the criminal law can not abstain. Thus, it will be analyzed a possibility that cumulative offenses serve as a form of environmental criminal protection.

**KEY WORDS:** Risk society, cumulative offenses, and criminal law.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. O DIREITO PENAL ATUAL FRENTE A UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA DE RISCOS.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 OS RISCOS DA SOCIEDADE GLOBALIZADA ATUAL .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS AMBIENTAIS .....</b>	<b>17</b>
<b>3. EM BUSCA DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS NOVOS RISCOS.....</b>	<b>23</b>
<b>3.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO FORMAL À PRODUÇÃO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>23</b>
<b>3.2 O BEM JURÍDICO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO À PRODUÇÃO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>28</b>
<b>4. A TUTELA AMBIENTAL COMO FINALIDADE FUNDAMENTAL DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>35</b>
<b>4.1. A IMPORTANCIA DOS DELITOS CUMULATIVOS NA SOCIEDADE DE RISCO .....</b>	<b>35</b>
<b>4.1.1 Constitucionalismo ambiental: é preciso chegar antes.....</b>	<b>45</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade globalizada de risco, o natural e consequente aparecimento de novas demandas para o Direito, em especial para o direito penal, leva o estudo jurídico a um tema que nunca deixou de ser pauta na evolução da própria ciência penal, a saber, trata de qual seria o limite de intervenção estatal criminalizadora na liberdade individual do cidadão. Historicamente, com suas bases no iluminismo, o direito penal brasileiro encontrou dificuldades diante das novas conjunturas sociais, além de se atrelar à proteção das garantias individuais e à liberdade do cidadão dentro da concepção de Estado Democrático de Direito. Além disso, com os avanços observados década a década, considerado ainda como a última *rátio*, a busca de proteção para os bens jurídicos coletivos por meio do direito penal, em especial o meio ambiente, que se revela cada vez mais imprescindível para a continuidade da vida humana e cada vez mais escasso em razão da demasiada exploração da sociedade globalizada de consumo, encontra obstáculos de toda ordem.

Ainda não se conta com desenvolvimento teórico seguro e técnico para a tutela de bens jurídicos coletivos, sobretudo quando as ações não podem ser individualizadas com a simples aplicação dos tradicionais conceitos, e tampouco se pode esperar o dano ao bem jurídico para a resposta estatal. Sendo assim, a circunstância se torna complexa ainda em termos de política criminal, quando é inegável uma mudança significativa das características das sociedades atuais e do próprio conceito de Estado e de território. A primeira porque passou a ser globalizada com a nova concepção de que um desastre ambiental tem potencial para gerar consequências graves para a vida humana presente e futura de todo o planeta. O mercado, por conseguinte, visando o lucro e a potencialização do consumo, utiliza-se dos recursos naturais para alcançar seus objetivos, sem se preocupar com um desenvolvimento sustentável.

Os avanços tecnológicos, além de contemplar a sociedade com diversos avanços, também faz nascer necessidades de consumo, que geram efeitos inesperados, fazendo o risco de desastres globais deixarem de ser mera especulação, como é o caso de um descuido que envolva usinas nucleares, por exemplo.

Em outras palavras, a sociedade de risco fez surgir um debate acerca da ideia de um direito penal de risco, o que fortalece a tendência de alteração no modo de se entender o direito penal e de agir de acordo com ele, numa mudança que resulta da própria sociedade e que se apresenta de forma estrutural e irreversível. Nesse novo contexto é que se analisa, ao longo do presente trabalho, a possibilidade de se tratar penalmente os delitos cumulativos que partem da ideia de prevenção antecipada do bem jurídico meio ambiente, tendo por base a premissa de perigo de que todos pratiquem a mesma conduta, ainda que isso, isoladamente não atinja o bem jurídico, tendo em vista a ausência de ofensividade material.

A relevância prática da discussão acerca do tema sintetiza a estratégia para os próprios rumos da proteção ambiental. A evolução da sociedade desenvolveu, paralelamente, a consciência diferenciada sobre a importância do meio ambiente equilibrado para a vida saudável no planeta e a continuidade da espécie humana. Os delitos cumulativos, se abrangidos pela seara penal, visam justamente à proteção, e partem da ideia de que, no campo ambiental, a reparação sempre chega tarde, e o que se precisa são medidas preventivas para evitar o dano. Por conseguinte, nos dias atuais, em que pese ainda aceso o debate acerca do ponto exato do que seja um desenvolvimento sustentável, não há mais dúvidas sérias no que diz respeito à necessidade de se proteger o meio ambiente de sua inconsequente exploração e violação.

No entanto, ainda não se sabe quais os mecanismos devem ser adotados pelo Estado para atingir o objetivo de preservação ambiental. Nesse ponto é que se encontra a pertinência da presente pesquisa, no sentido de analisar a possibilidade de tutela ambiental por meio dos delitos de acumulação.

Em linhas gerais, especificam-se aqui os pontos de partida para esta dissertação, a partir dos quais pretende-se traçar as linhas subsequentes, descrevendo a sociedade atual e suas características para demonstrar que a evolução dos tempos trouxe à baila fatores inexistentes na época em que o direito penal foi concebido em sua base iluminista, o que justifica, por si só, a reflexão sobre como se está procedendo nesse ramo da ciência. Isso porque a concepção de sociedade de risco carrega incertezas para o campo da ciência que, coligadas a um necessário

estado de globalização, criam uma esfera de possibilidade de catástrofe ambiental, com a potencialidade de atingir o mundo inteiro ou, no mínimo, em se tratando de meio ambiente, de gerar estragos irreversíveis.

Sendo assim, pesquisa-se, mesmo que sucintamente, sobre os limites da produção e da aplicação do direito, para que as conclusões estejam acompanhadas do que seja uma previsão legítima da atuação penal, o que não poderia ser feito sem se levar em conta as restrições naturais da produção legislativa em um Estado Democrático de Direito. Cumpre ressaltar que dita circunstância implica, em um segundo momento, o exame do conceito de bem jurídico, mesmo que não haja consenso em torno de sua perspectiva, como fator limitador da aplicação do direito penal. Posteriormente, far-se-á a análise dos delitos cumulativos e da possibilidade de que sirvam para tutelar o bem jurídico meio ambiente.

## 2. O DIREITO PENAL ATUAL FRENTE A UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA DE RISCOS

Com a constante evolução social, os indivíduos se vêm diante de um novo cenário, marcado pelo surgimento de novos bens jurídicos-penais que se revestem de ainda mais relevância devido à escassez de alguns deles. Tal situação resta evidenciada notadamente no tocante ao meio ambiente que ao longo do tempo, diante das consequências resultantes do processo de globalização, passou a demandar tutela penal.

A realidade vivenciada na contemporaneidade é distinta da arquitetada pela evolução da ciência do direito penal, fato que evidentemente ampliou a complexidade das relações sociais e ocasionou o surgimento de novos objetos de interesse da ceara penal. Em outras palavras “ao aumento da complexidade, seguem novos problemas que, não raramente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais”, o que demanda novas buscas a fim de viabilizar o fundamental desenvolvimento diploma penal<sup>1</sup>.

É indubitável que o advento de uma sociedade de risco faça com que os bens jurídicos mais caros ao ser humano se tornem exponencialmente mais suscetíveis a ameaças até então desconhecidas, e com a compreensão atual de que a consequência desses perigos, pode ocasionar danos irreversíveis, forçoso valer-se do direito penal para encontrar novas soluções, ou ainda para se voltar a discutir seus antigos dilemas.<sup>2</sup> Insta ainda sopesar que a referida conjuntura demanda acompanhamento do direito penal das significativas mudanças que ocorrem na sociedade e nos conduzem de uma conjuntura estável e de certezas, para um contexto inconstante e duvidoso. Desse modo, com o incentivo dos princípios liberais do iluminismo, caracteriza-se uma ciência desenvolvida para uma sociedade imensamente diferente da que vivenciamos nos dias de hoje, e a modificação de sua

---

<sup>1</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16.

<sup>2</sup> CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de risco e direito penal. In Callegari, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.21.

função causa perplexidade diante do novo.<sup>3</sup>

As novas necessidades que surgem em decorrência dos riscos sociais não precisam, necessariamente, ser socorridas pelo direito penal. No entanto, meramente negar a aplicação desta área do direito sem vislumbrar as consequências que a nova realidade pode trazer, não se apresenta como o melhor caminho a ser seguido. Isso pelo motivo de que com a sociedade de risco ocasionada pelo processo de globalização, gerando perigos iminentes e futuros, faz-se necessário ponderar sobre a necessidade da intervenção penal a fim de tutelar os novos riscos, o que não significa negar a vigência de seus princípios norteadores, mas sim o desenvolvimento de categorias.<sup>4</sup>

Desse modo, torna-se imperioso que o direito penal intervenha, tendo em vista o atual contexto de riscos de relevante gravidade, até mesmo para resguardo das gerações vindouras. Evidente, no entanto, que isso só poderá ocorrer após superadas as questões tocantes a juridicidade da atuação da esfera penal.

É necessário que os estudos realizados acerca do tema levem em conta que a globalização visa uma conjuntura em que nada seja espacialmente isolado, pelo contrário, “todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”.<sup>5</sup>

Nesta senda, Bauman evidencia sua ideia em duas afirmativas, onde (i) a primeira sustenta que inevitavelmente, ainda que as pessoas não tenham consciência disso, devido as conexões mundiais, o que ocorre em outros países, mesmo que distantes, gerará efeitos de grande relevância na vida de pessoas no Brasil; (ii) a segunda assevera que passados trezentos anos de história moderna, momento em que a humanidade passou a se valer do meio ambiente de modo a atender aos anseios humano, o resultado do êxito, aliado ao avanço tecnológico, e à capacidade

---

<sup>3</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 30-31

<sup>4</sup> Ibid., p.34-35.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo: resposta à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 31.

“de produzir cada vez mais, (e) alcançar todos os tipos de recursos naturais do planeta” fica-se muito perto do que agora entendemos como limite de suportabilidade da exploração ambiental.<sup>6</sup>

Necessário, então, repensar o modo de atuação do direito penal, ao passo que não apenas as ações humanas mais relevantes têm capacidade de causar grandes catástrofes. A acumulação de várias pequenas condutas, considerando a soma de um grande número, pode causar danos a nível global, com base na ideia de que “muitos dos novos riscos que ameaçam a existência humana provêm da soma de múltiplas ações individuais aparentemente normais e inócuas”.<sup>7</sup>

Não se pode deixar a cargo da própria ciência controlar os riscos de seu próprio desenvolvimento, primeiro porque seu foco principal é o próprio desenvolvimento, segundo porque, de acordo com Beck a maneira em que as ciências são constituídas – separadas em departamento e sem uma visão geral do todo – não detém meios, tampouco interesse, de agir de modo apropriado frente aos riscos civilizatórios que surgem, vez que norte é seu próprio desenvolvimento.

Nesse diapasão, torna necessário compreender, neste ponto inicial da pesquisa, os riscos que a sociedade globalizada oferece ao meio ambiente.

## 2.1 OS RISCOS DA SOCIEDADE GLOBALIZADA ATUAL

O modelo de pensamento que guiou o a revolução científica no século XVI utiliza a matemática como meio de pesquisa, negando o “carácter racional a todas as formas que não se pautarem nos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”<sup>8</sup>

Ocorre que no século XIX ergueu-se a sociedade industrial, deixando para traz a antiga sociedade agrária. Ainda os avanços obtidos através do domínio racional da

---

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Diálogos**. Londres, 25 jul. 2001. Entrevista concedida ao Programa Fronteiras de Pensamento. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 24 agos. 2018.

<sup>7</sup> DIAS, Augusto Silva. What if everybory did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. Coimbra, ano 13, n. 3. p. 305-306, jul/set. 2003.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 13. Ed. Porto: Afrontamento, 1987. p. 10-14.

técnica, desencadearam consequências que estavam dentro da previsibilidade e também que não estavam. Propiciou ainda o início de uma nova organização social, tendo em vista que a sociedade advinda da Revolução Industrial era uma sociedade de risco, ocasionando um incontestável avanço tecnológico e inúmeras melhorias para a humanidade, mas que por outro lado, trouxe riscos aos quais se está submetido.<sup>9</sup>

Desse modo, importante evidenciar que existem dois aspectos: por um lado, é inegável os notórios avanços tecnológicos e melhorias na vida das pessoas. Por outro lado, em decorrência dos próprios progressos, a sociedade se vê diante de riscos que ameaçam sua própria existência.<sup>10</sup>

A depender do ponto de vista, a sociedade de risco poderá ser tida como sequência da modernidade, ou como o início de um novo tempo, configurando-se com a ruptura do modelo social anterior. Desse modo, Beck e Giddens empregam a terminologia *modernidade tardia, reflexiva*, ou *segunda modernidade*, acreditando haver uma continuidade com a sociedade antecedente, visto que não se finalizou a lógica da modernidade.<sup>11</sup> Em contrapartida, Bauman defende ter havido um rompimento com o modelo moderno e denomina como *sociedade líquida* em razão da fragilidade dos vínculos sociais que se diferem das solidez das instituições do modelo industrial.<sup>12</sup>

Os riscos criados e que, após a cegueira temporária do desenvolvimento pudemos enxergar, mitigaram a ideia precedente de que o avanço sempre levaria a humanidade a melhores condições de vida e, por conseguinte, proporcionaria maior segurança. Isso corrobora com o pensamento de Lipovetsky que indica haver um marco divisório entre as sociedades modernas e “pós-modernas”<sup>13</sup>, que é a perda de

---

<sup>9</sup> CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de risco e direito penal. In Callegari, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.11-12.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Laura Zuñiga. **Política Criminal**. Madri: Colex, 2001, p. 259.

<sup>11</sup> GUIDDES, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991 e BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>12</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Zahar, 2001.

<sup>13</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 52.

confiança num futuro e que inicia um novo tempo.<sup>14</sup>

De acordo com Beck, a produção de riquezas é proporcional à criação de riscos, que surgem como consequência da primeira. Assevera que a referida circunstância causa repercussões, ao passo que problemas e conflitos distributivos “da sociedade de escassez sobrepõem-se aos problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos tecnologicamente produzidos”.<sup>15</sup> As referidas características permitem a diferenciação de duas feições da modernidade: a simples, verificada no decorrer do período industrial, e a reflexiva, que se passa nos tempos atuais, propriamente porque a sociedade se autocolocou em risco em razão de seu elevado desenvolvimento<sup>16</sup>. Dito de outro modo, seja como resultado da modernidade, ou ainda em decorrência do início da pós-modernidade, em razão do patamar de desenvolvimento que alcançou, a sociedade se encontra diante de novos desafios evidenciados pelos novos riscos em escala global, que podem inclusive atingir áreas do planeta que sequer fazer parte do processo de avanço.

O futuro apresenta-se eivado de dúvidas, isto é, ao contrário do que premeditou o homem moderno, a evolução não mais é controlada pela racionalidade, que contempla a teoria mundial do risco com a percepção inerente dos riscos tecnológicos globais até então despercebidos.<sup>17</sup>

A classificação em sociedade de risco traz uma certa obscuridade quando se tem consciência, através do estudo dos riscos, o quão exposto está o meio ambiente, sendo que, a título de exemplo, por mais que se possa controlar e minimamente, prever os possíveis acidentes que reatores nucleares podem ocasionar, ainda que os riscos sejam reduzidos, são demasiadamente altos e se ocorrerem, causa

---

<sup>14</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Miguel Serra e Ana Luísa Faria. Lisboa: Galimard, 1983. p. 11.

<sup>15</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento São Paulo: Editora 34, 2003 p. 35.

<sup>16</sup> CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de risco e direito penal. In Callegari, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

<sup>17</sup> MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: Ibccrim, 2005. p. 31.

extermínio.<sup>18</sup>

A própria natureza impõe limites à previsibilidade e, mesmo empregando toda a racionalidade utilizada no desenvolvimento tecnológico, a própria natureza da matéria analisada se encontra no campo da probabilidade. Nesse diapasão, é evidente que os novos paradigmas do tempo presente instigam a construção de uma nova perspectiva sobre diversas esferas do conhecimento, afastando, por conseguinte os ideais de certeza e determinação, demandando soluções aos episódios revestidos de complexidade e incertezas, que coloca o indivíduo em uma sociedade de risco, como efeito da expansão do desenvolvimento.

A sociedade contemporânea – caracterizada como de risco – resulta em mudanças de hábitos e costumes de seus indivíduos e, por conseguinte, põe em xeque as antigas nuances do Direito, que agora se vê diante de novos desafios. Voltando o olhar para o presente estudo, tem-se que o direito penal carece de adequações frente ao conjunto de riscos que passam a protagonizar a sociedade pós-moderna.

### **2.1.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS AMBIENTAIS**

O fenômeno da globalização não é algo novo e já se realizou ao menos em quatro momentos. A princípio, o Império Romano promoveu uma tentativa de globalização ao pretender a uniformização e centralização por meio da força. Posteriormente, no período das Grandes Descobertas, na circunstância em que se descobria novos continentes, abriu-se caminho para a Índia e a China, nos séculos XIV e XV. Alguns séculos depois, logo após as Guerras Napoleônicas, a África e a Ásia foram colonizadas e a França e Inglaterra assinaram um pacto de livre comércio, fazendo expandir assim, os limites de dominação de ambos os países no século XIX. Por fim, com o fim do regime socialista, após a estabilidade alcançada no período pós Segunda Guerra Mundial, também ocorreu o que pode ser denominado de movimento globalizante.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento São Paulo: Editora 34, 2003 p. 35.

<sup>19</sup> MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. .p. 95.

Importante ressaltar que é comum que cada globalização apresente características próprias e que não podem, nem devem, ser consideradas como um processo idêntico, tendo em vista situações e tempos diversos. A respeito disso, Moraes, após apresentar o conceito de globalização em sentido estrito, como sendo um planejamento econômico hegemônico, unilateral e uniformizante, verifica que o que se entende por globalização é um projeto que conjuga a perspectiva universal “que se constrói em escala mundial e se concretiza no plano local a partir de padrões compartilhados de justo e de interações variadas entre os diversos âmbitos” cujo desdobrar das “relações sociais contemporâneas – local regional, nacional, supranacional, mundial, cosmopolita, em uma circularidade construtiva/destrutiva/(re)construtiva” transporta a humanidade para uma nova concepção de facilidade na interação cosmopolita, denominada por Habermas como *globalização dos riscos*, e por Beck como sociedade de riscos.<sup>20</sup>

Se o fenômeno da globalização não se apresenta como algo novo, tem-se que a sociedade, até mesmo as antigas, sempre estiveram sujeitas a riscos, tal como no século XVI, quando as sociedades nativas estavam submetidas a diversas novas situações desconhecidas, no momento em que foram descobertas pelos colonizadores, ou ainda os riscos da sociedade industrial do século XIX.<sup>21</sup> Desse modo, o elemento a ser levado em conta não é a globalização em si, sob a ótica de o tempo presente compreender os riscos civilizatórios e globalizados, tendo em vista que pouco importa o local onde o a situação de risco foi gerada. A produção industrial, por conseguinte, globalizou os perigos, não mais importando os locais em que foram produzidos, excedendo as barreiras antes utilizadas para dividir o mundo, passando a compartilhar os riscos com os traços próprios da globalização.

Levando-se em conta que os riscos passaram a fazer parte da história da humanidade, é importante ressaltar que ambos se encontram ligados, visto que os riscos se tornaram globais, bem como que os novos perigos são significativamente diversos dos riscos tradicionais, pois são potencialmente mais ameaçadores. Neste ponto, o que está sob análise não é a perspectiva qualificativa dos riscos, mas sua

---

<sup>20</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. Globalização, direitos humanos e constituição. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 39, n. 2, p. 75, jul./dez. 2006.

<sup>21</sup> SOUZA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, p. 232, set/out. 2010.

potencialidade catastrófica, já que em nenhum outro momento, a humanidade teve capacidade ou a consciência de que provoca situações de risco capazes de alcançar todo o planeta. Esses riscos, definidos como glociais<sup>22</sup>, causam sensação de insegurança, levando à significativa busca por segurança, por precaução.<sup>23</sup>

Vale ressaltar que tais aspectos se tornam ainda mais relevantes se observarmos que a sociedade atual, além de globalizada, é ainda intitulada como de consumo. Indiscutivelmente, quando se analisa a sociedade de consumo, leva-se em conta que todos os seus integrantes, em diferentes escalas, consomem desde sempre, e o que difere a atual das precedentes, é que diversamente àquela, que definia seus membros como produtores, esta molda-os, prioritariamente, como consumidores.<sup>24</sup>

Sendo assim, apesar de aparentar ser pequena, a diferença evidencia os significativos efeitos em termos culturais, individuais e em tantos outros da vida cotidiana, já que o sujeito da sociedade de consumo, além de se diferir de todos os seus predecessores<sup>25</sup>, vive para poder consumir, ao contrário das controvérsias filosóficas anteriores, que eram pautados no questionamento “se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar”.<sup>26</sup> De acordo com Bauman, tais reflexões levam à outra concepção em relação às características do consumidor na sociedade globalizada de consumo, que é ponto fundamental para o estudo, ou seja, “o consumidor é uma pessoa em movimento e fadada a se mover sempre”<sup>27</sup>.

Por certo que nem todas as pessoas se enquadram na concepção de consumidor no significado integral da palavra, no entanto, diversamente do que ocorria nas sociedades industriais, em que existia um vínculo entre os mais abastados e seus locais de origem, na atualidade, os que possuem maior capital, abandonam,

---

<sup>22</sup> SOUZA, Susana Aires. **Sociedade do risco**: réquiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, p. 233, set/out. 2010.

<sup>23</sup> Ibid., p. 233.

<sup>24</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 87-88.

<sup>25</sup> Ibid., p. 88.

<sup>26</sup> Ibid., p. 89.

<sup>27</sup> Ibid., p. 89.

se assim desejarem, os locais a que estão presos os que não puderem se mudar<sup>28</sup>, o que estimula a desnecessidade de comprometimento com o meio ambiente local, já que caso torne-se desagradável diante das expectativas do capital financeiro, poderá substituí-lo por qualquer outro lugar do mundo.

Em síntese, caso ocorra alguma catástrofe ambiental localizada, que torne, por exemplo a água da região contaminada, enquanto muitos se verão presos à localidade, os donos do capital poderão retirar-se para qualquer lugar do mundo, ainda que eles sejam os causadores da contaminação.

A reflexão é fomentada por Bauman, além da circunstância de que todos nós, em razão de não podermos escolher a sociedade em que queremos viver, estamos fadados a uma vida de opções, tendo em vista o fato de que nem todos podem ser optantes, chamando a atenção para a circunstância “da diferença entre ‘os da alta’ e ‘os da baixa’ (que é) aqueles que podem deixar estes para trás, mas não o contrário. As cidades contemporâneas são um ‘apartheid’ ao avesso”. Isto é, quem em razão das melhores condições de vida e que, por conseguinte têm mais opções, se quiserem, deixam para os outros a pobreza e a sujeira das regiões a que estão sujeitos a viver aqueles que não têm condições de se mudar, ainda que queiram<sup>29</sup>.

Outro ponto passível de análise é o econômico, visto que na sociedade globalizada de consumo, o mercado é incapaz de levar em conta os perigos gerados ao meio ambiente, pois os danos ambientais não são sopesados ao se realizar atividades de produção voltadas a fornecer bens de consumo, sendo os danos suportados por toda a coletividade, o que conduz a uma tendência de explorar ao máximo o meio ambiente a fim de que se possa obter os melhores benefícios possíveis, sem nenhuma preocupação com o esgotamento dos recursos naturais.<sup>30</sup>

Ao passo que o homem ampliou sua capacidade de usufruir dos recursos naturais, interferindo na natureza, as sociedades se desenvolveram, gerando

---

<sup>28</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 94-95.

<sup>29</sup> Ibid., p. 94.

<sup>30</sup> CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho ambiental administrativo**. Madri: Dykinson, 2003. p. 61.

consequências cada vez mais danosas ao meio ambiente.

Na sociedade atual, denominada como sociedade de risco, os processos de expansão demográfica, os achados da ciência, a mecanização da produção e dos meios de transportes, as novas tecnologias, a demanda por energia e urbanização se aceleraram, tomando proporções inéditas na história da humanidade. E ainda, o homem tem causado desequilíbrios e a degradação do meio ambiente, não somente no espaço territorial em que vive, mas também no equilíbrio essencial à manutenção da vida na Terra.

Vale destacar ainda que foi apenas ao final do século XX que os primeiros sinais de preocupação ambiental surgiram, em virtude do conhecimento dos efeitos prejudiciais ocasionados pelo desgaste ambiental, resultantes da interferência do homem na natureza, notadamente nas sociedades industrializadas.

Nesse sentido, comenta Guido Fernando Silva Soares:

Uma revisão da história passada demonstra que a natureza, com seus valores, foi uma descoberta da segunda metade do século XX, e os motivos parecem ser claros: lutar contra a degradação intolerável do meio ambiente, com vistas à saúde e ao bem-estar da espécie humana. As primeiras regras jurídicas que emergiram e eram destinadas à proteção do meio ambiente, tiveram como finalidade, portanto, a proibição expressa daquelas atividades das quais resultavam efeitos danosos à saúde do ser humano. Muito posteriormente, as normas jurídicas passaram a preocupar-se com outros valores do meio ambiente, como a sanidade da vida animal e vegetal, bem como a interação necessária entre os seres vivos e seu entorno<sup>31</sup>.

No âmbito internacional, passou-se a ter uma visão global das consequências geradas pelos danos, dando ensejo à consciência de que as pautas ambientais deveriam ser do interesse de todos os Estados, independente de fronteiras, políticas, econômicas, culturais ou sociais.

Assim sendo, além do surgimento desse novo tipo de risco – que causa dúvidas

---

<sup>31</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.p. 15-16.

o próprio futuro da humanidade – imperioso ressaltar que a mobilidade facilitada aos que têm melhores recursos financeiros podem ocasionar uma falta de compromisso com o meio ambiente, fazendo condições para se debater a nova função do direito penal no tempo presente.

### 3. EM BUSCA DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS NOVOS RISCOS

A indagação sobre as características que devem apresentar uma conduta para que passe a ensejar de punição penal sempre foi ponto central para o legislador, bem como para a ciência jurídica penal, tendo em vista que o legislador moderno, não pode tipificar um comportamento somente por considera-lo reprovável, e a “penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”<sup>32</sup>.

Pode-se, por exemplo, afirmar que o incremento da complexidade das relações sociais contemporâneas inaugurou novos espaços de interesse jurídico penal e questões de diferenciado nível de complexidade, cuja problematização culminou no esgotamento explicativo dos critérios jurídicos clássicos, invocando novos estudos que permitam um já indispensável aprimoramento<sup>33</sup>.

Desse modo, faz-se necessário analisar as limitações existentes em relação à produção de normas de cunho penal a fim de sopesar a legitimidade desse ramo do direito para a tutela do meio ambiente.

#### 3.1 o constitucionalismo contemporâneo como forma de limitação formal à produção do direito penal

Ferrajolli preconiza a indispensabilidade de uma revisão terminológica do conceito de *jusconstitucionalismo*, relacionado à experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se diferencia do constitucionalismo político, cujo significado é a “prática e concepção de poderes públicos voltadas à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade”, e que se opõe à noção política de constitucionalismo, a qual se afirma com a expressão *neoconstitucionalismo*, “impedindo que se evidencie a transformação do paradigma que intervém na estrutura

---

<sup>32</sup> ROXIN, Claus, **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

<sup>33</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 307.

do direito positivo com a introdução da rigidez constitucional”<sup>34</sup>

Em suma, para esclarecer esta premissa, a expressão “neoconstitucionalismo’, ao se referir, sob o plano empírico, ao constitucionalismo jurídico dos ordenamentos dotados de Constituições rígidas, mostra-se assimétrica em relação ao constitucionalismo político e ideológico”, por não apontar uma direção ao sistema jurídico e, nem mesmo uma teoria do direito, servindo apenas como sinônimo de Estado Liberal de Direito. Identifica-se “somente sob o plano teórico com a ideia jusnaturalista de constitucionalismo, não assimila as características essenciais e distintivas em relação à sua concepção juspositivista, que lhe resulta, de fato, ignorada”<sup>35</sup>.

Ferrajolli precisa que, enquanto o *neoconstitucionalismo* assume uma noção ampla de ver o direito, o positivismo jurídico, ao contrário, “propõe uma noção restritiva, mediante a sua identificação – não simplesmente com a ideia da positividade do direito – com a ideia do primado da lei estatal e dos parlamentos”, mas com o modelo paleojuspositivista que, ligado certamente ao Estado Legislativo de Direito, o faz adotar uma nomenclatura distinta como *jusconstitucionalismo*, *constitucionalismo jurídico*, *Estado Constitucional de Direito* ou *constitucionalismo* para se opor à ideia de Estado Legislativo de direito, que, diversamente do modelo atual – que tem por base uma constituição rígida e positivada de uma lei superior à legislação ordinária – não detinha uma Constituição, ou, no máximo, possuía uma com sistema de reforma flexível<sup>36</sup>.

Isso demonstra uma mudança de paradigma do antigo positivismo legalista, pois a preocupação não recai mais somente sobre o aspecto formal de produção das leis, mas também, no tempo presente, mas também com seu aspecto essencial,

---

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLLI, Luigi; STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 15.

<sup>35</sup> FERRAJOLLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLLI, Luigi; STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 15.

<sup>36</sup> Ibid., p. 17.

condicionando sua validade ao alinhamento com os direitos fundamentais<sup>37</sup>.

Ressalte-se que a circunstância se mostra imprescindível para o presente estudo, ao passo que a elaboração de leis penais é condicionada ao respeito aos direitos fundamentais elencados na Constituição, resultando assim a delimitação expressiva (para o Legislador) do que pode ou não ser objeto do direito positivo, sobretudo em se tratando matéria penal. À vista disso, Ferrajolli discorre sobre a complementariedade do positivismo jurídico com o Estado de Direito, no sentido de (i) o primeiro, doravante, positivizar não apenas o *ser*, mas também o *dever ser* do direito; e (ii) o segundo conter a submissão da atividade legislativa ao direito, bem como ao controle de constitucionalidade, excluindo a última forma de governo de homens, tendo em vista que a elaboração legislativa se relaciona, na própria validade, ao conteúdo das normas constitucionais<sup>38</sup>. Dito de outro modo, para o autor, o Constitucionalismo Contemporâneo não se mostra como uma superação do velho positivismo jurídico, mas sim de sua continuidade e complementação, ocasionando a superação do positivismo legalista, ao passo que suas normas deverão respeitar, além da sua forma de elaboração, o conteúdo existente nas Constituições, no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Streck propõe que a tese da separação da *dependência/vinculação* entre direito e moral foi superada, primeiramente porque a Constituição é norma, já que “não é qualquer direito que pode ser positivado”, e segundo porque “a co-originariedade entre direito e moral [...] reforça, sobretudo, a autonomia do direito [...]. Com efeito, a moral não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa e cogente é o direito”, que certamente está apto a receber diversos conteúdos morais, no ato de sua elaboração legislativa. Além disso, rememora o autor que “são as Constituições desse novo período que albergam esse novo direito, que busca resgatar as promessas incumpridas da modernidade; e é a partir dele que o legislador deverá agir”<sup>39</sup>. Desse

---

<sup>37</sup> FERRAJOLLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLLI, Luigi; STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

<sup>38</sup> Ibid., p. 23.

<sup>39</sup> STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76-77

modo, evidencia desde o início sua discordância com Ferrajoli, no tocante ao Constitucionalismo Contemporâneo ser uma continuidade do juspositivismo, já que essa corrente tem com ideia inicial, precisamente a separação entre direito e moral.

Deveras, Habermas presta significativa contribuição ao direito, ao evidenciar eventual distonia da doutrina de Kant, ao ter como ponto de partida uma teoria moral que forneceria os conceitos superiores, já que subordina o direito à moral, sendo que a hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. Além disso, por outro lado, tece críticas ao entendimento “‘platonizante’, segundo o qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes”. De fato, de acordo com Habermas, o que há entre a moral autônoma e o direito positivo – que necessita de fundamentação – é um complemento recíproco, onde a ordem jurídica apenas será considerada legítima se não contrariar os princípios morais<sup>40</sup>.

Ocorre que nesta quadra da história, os princípios morais estão elencados na Constituição e esse aspecto fundamental faz com que Streck também sustente a limitação do legislador para legislar, vez que não dispõe da discricionariedade absoluta no Estado Democrático de Direito, limitado pela Constituição, que lhe confere certa liberdade, mas dentro de um “espaço cultural constitucional”<sup>41</sup>. Sendo assim, Streck é naturalmente discordante de Ferrajoli no tocante ao fato de ser o Constitucionalismo Contemporâneo uma continuidade do juspositivismo. Tal diferença é percebida no instante em que se identifica Ferrajoli situado na filosofia analítica de Streck enquadrado no paradigma filosófico da fenomenologia hermenêutica filosófica.

Para os fins do presente estudo, ambos os autores concordam com a limitação do Legislador na produção de leis, uma vez que subordinado aos parâmetros constitucionais, que positivou os direitos e as garantias fundamentais em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Por esse motivo que qualquer tipo de ampliação do direito penal esbarra na limitação constitucional dos direitos e garantias

---

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 141-142. .

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLLI, Luigi; STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76-77.

fundamentais, evitando a confusão entre o “acento distintivo entre ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador” que deve incorrer em uma diferença, com a exigência constitucional para a tutela penal da ofensa a um bem jurídico, pois é a “fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade”<sup>42</sup>.

Em suma, é evidente que a incriminação penal implica uma relativização do direito fundamental constitucional do bem jurídico da liberdade e, então, para que se já dotado de legitimidade e constitucionalidade, precisa atender requisitos e, dentre eles reside “a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional”<sup>43</sup> e, por isso, legitima a restrição da liberdade individual – caso sejam ameaçados, feridos ou lesionados. Verifica-se, então, que a legitimação do direito penal – mesmo em se tratando de uma matéria sensível e de tamanha imprescindibilidade para a continuidade da vida humana, como é o caso dos direitos ambientais – é necessário o atendimento dos princípios constitucionais para que tenha legitimidade, uma vez superada a fase do positivismo jurídico como fonte, por si só, da produção legislativa.

Isso tudo leva a crer que, minimamente, a partir da estrutura constitucional brasileira, haverá de existir um bem jurídico dotado de interesse penal cujo conteúdo se harmonize com os ditames constitucionais, a fim de possibilitar ao Legislador a criação do tipo penal adequado – ou, ao julgador, a interpretação conforme a Constituição.

Na esteira de pensamento de Figueiredo Dias, ainda que durante muito tempo o positivismo legalista levou à ideia de que crime seria tudo o que o legislador considerar como tal, uma concepção que abrace essa ideia nesse período histórico, de relevante desenvolvimento constitucional de elevação das garantias

---

<sup>42</sup> D’ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 60, p. 9-10, mai/jun. 2006.

<sup>43</sup> Ibid, p.26.

constitucionais, é totalmente inaceitável<sup>44</sup>. Dito de outro modo, se a herança de um direito penal calcado na dignidade da pessoa humana deve prevalecer e estar atenta às liberdades e às garantias fundamentais, a discricionariedade do Legislador para a criação de normas penais não é completamente livre, e deve se afastar da construção de normas de mera violação do dever ou se fundamentar na vontade legislativa de incriminação, para privilegiar, sob pena de inconstitucionalidade, leis de proteção ao bem jurídico dotado de dignidade penal e em harmonia com a ordem constitucional.

Não basta, entretanto, somente a observância do critério outrora exposto para a possibilidade de aplicação do direito penal, sendo necessário o preenchimento, em um segundo momento, de alguma ofensividade ao bem jurídico, pois seria incongruente admitir como premissa do direito penal que somente possa se traduzir como proteção aos bens jurídicos e desprezar o critério de ofensividade para a caracterização de um tipo penal<sup>45</sup>.

Desse modo, o bem jurídico mostra-se como peça fundamental, visto que representa a proteção precípua com que o Direito Penal deve se ocupar, ao se contrapor aos eventuais interesses do Estado em punir a desobediência ou os atos de rebeldia, tratando-se de um relevante conceito a ser observado como forma de somente permitir e reconhecer como legítimas as normas penais que estejam de acordo com Estado Democrático de Direito.

### **3.2 O BEM JURÍDICO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO À PRODUÇÃO DO DIREITO PENAL**

O direito penal, inspirado na filosofia iluminista e formado originalmente na segunda metade do século XVII e início do século XIX, teve a sua construção histórica direcionada à proteção dos direitos subjetivos contra as intervenções estatais arbitrárias que caracterizavam o Ancien Regime, o que desenvolveu um conjunto de ideias limitadoras e criou um arcabouço universal histórico e calcado em valores considerados, até a atualidade, como sendo essenciais ao ser humano, como

---

<sup>44</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. . 1, Questões fundamentais a doutrina geral do crime, p. 106-107.

<sup>45</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n 75, p. 14, 2014. Edição especial

dignidade, liberdade e justiça<sup>46</sup>. A perspectiva pode ser traduzida pelo racionalismo e pela doutrina jurídico-política do individualismo liberal – cujas principais ideias versavam sobre a função exclusivamente protetiva do direito penal e os princípios da intervenção mínima e necessidade<sup>47</sup>. Dessa forma, cumpre esclarecer que as raízes filosóficas e jusfilosóficas do direito penal se situam nesse momento histórico da humanidade, e que as correntes filosóficas posteriores – como o neo-hegelianismo e neokantismo – apenas ampliaram a fonte original do iluminismo<sup>48</sup>.

Em tempo em que não se confiava no poder punitivo do Estado, que representava a materialização da violência contra o indivíduo, o direito penal da tradição liberal e garantista tinha a missão de assegurar a proteção aos bens jurídicos e, ao mesmo tempo, de servir de garantia para a liberdade para o cidadão contra a intervenção estatal<sup>49</sup>.

Tomando por base a época de atuação e os problemas que pretendia enfrentar, a ciência penal se estruturou sobre pilares interessantes de funcionamento, que resolviam – ao menos, juridicamente – o autoritarismo do Estado. Hassemer aponta que emerge, então, o problema de legitimação do direito penal positivo, ressaltando que a filosofia iluminista comporta diferentes concepções em seus pormenores, mas que as mudanças posteriores somente delinearão os espaços, atribuindo crucial importância às Filosofias Iluministas, uma vez que o fim das certezas de um direito penal natural, que era, em verdade, a filosofia política do iluminismo, exacerbou os perigos que o direito penal representava para a liberdade dos cidadãos. Dessa forma, iniciou-se uma busca sistêmica para outros pontos de legitimação, pois como justificar um direito positivo que impõe sanções e limitações individuais se inexistente um direito suprapositivo?

O direito penal, então, passou a ser “o guardião das fronteiras da renúncias à liberdade absoluta pactuada no contrato social”, e os destinatários potenciais do

---

<sup>46</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 237, jan. 2003.

<sup>47</sup> PISA, Adriana. Direito penal X Sociedade de risco e Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 54, p. 9, abr. 2009.

<sup>48</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estruturas, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris. P. 34-35.

<sup>49</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 237, jan. 2003.

direito punitivo se tornaram interlocutores das novas ideias, porque “justificação de uma ordem jurídica não poderia mais vir ‘de cima’, ela precisava vir ‘de baixo’”<sup>50</sup>. Apesar do inegável avanço proporcionado pelo iluminismo – que, por exemplo, deixou para trás a ideia do sistema carcerário antigo, que vislumbrava nas prisões um local que servia apenas para aprisionar o homem, e não para puni-lo – é oportuno observar que a mudança de concepção coincide com o exposto sobre os anseios da burguesia, que ainda não havia galgado o poder político e necessitava de garantias legais para a sua própria segurança.

Em se falando de legitimidade, porém, se consolida a ideia esboçada na primeira parte do parágrafo anterior. A legitimação do direito punitivo estatal abandona a tese de um direito natural suprapositivo e agora se estrutura no paradigma de que o pacto social somente pode conduzir para a premissa de que ao estado é dado o direito de tomar o mínimo possível de cada pessoa em seus direitos e em suas liberdades, e somente naquelas circunstâncias em que se revele indispensável ao funcionamento da comunidade ou, dito de outro modo, a regra do Estado Democrático de Direito é de intervenção mínima nos direitos e nas liberdades individuais, estando legitimado para assim agir quando – e se – essa medida seja imprescindível aos direitos e às garantias fundamentais dos outros e da sociedade em geral<sup>51</sup>. Desse modo, para que uma conduta seja considerada típica no âmbito penal, deve afetar um bem jurídico<sup>52</sup>, pois ainda que o delito seja algo mais que a lesão a um bem jurídico, o perigo/lesão é indispensável para configurar a tipicidade, sendo que esta estrutura desempenha um papel fundamental na teoria do tipo<sup>53</sup>.

Hassemer critica a perspectiva de que a função do direito penal visa à proteção de bens jurídicos, considerando inalcançável o objetivo de saber em que consiste a real proteção de bens jurídicos, já que para tanto, deveria se definir, com maior precisão possível, o que seja um bem jurídico – e tal conceito não há, já que desde o

---

<sup>50</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estruturas, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris. P. 35.

<sup>51</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. 1, Questões fundamentais a doutrina geral do crime. p. 123.

<sup>52</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 v. 1, p. 259-260.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 465.

início, quase nada pôde avançar contra o interesse político-criminal, em suas tentativas de ampliar a criminalização, além do interesse acadêmico que emprega o conceito de bem jurídico, muito menos em tom crítico, e muito mais em tom sistematizador<sup>54</sup>. Entretanto, a visão de estar a legitimidade do direito penal vinculada ao conceito de bem jurídico encontra respaldo em diversas doutrinas, que a mensuram como critério seguro de verificação da legitimidade do direito positivo repressivo.

Menciona Silva Sanches, por exemplo, que o direito penal é “um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes” e uma eventual ampliação deve obedecer “ao menos em parte [...] a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes”<sup>55</sup>. Figueiredo Dias, concordando parcialmente com Hassemer, alude que, embora o conceito de bem jurídico seja uma noção central na limitação do poder punitivo do Estado, não pôde, até o presente momento, ser determinada, com segurança, com significado fixo e definitivo. Todavia, nos dias atuais, existe um consenso mínimo sobre o seu núcleo essencial, sendo que poderia defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante” – e, por essa razão, reconhecido juridicamente como valioso. Além disso, o penalista dá eco às críticas de Hassemer que, em verdade, diz que tal conclusão somente se alcançou após uma evolução muito longa, que sempre foi acompanhada por dúvidas e por controvérsias, pontuada por claros avanços e por retrocessos, e que ainda nos dias atuais, não pode considerar todos os empecilhos teóricos como superados<sup>56</sup>.

Roxin, no intento de esclarecer o que se entende por bem jurídico e de onde resulta a restrição do direito penal à proteção dos referidos bens, argumenta que as “fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do direito penal”. Desse modo, sendo uma das funções do direito penal assegurar aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura – tendo

---

<sup>54</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estruturas, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2008. P. 224-225.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 16-18.

<sup>56</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. 1, Questões fundamentais a doutrina geral do crime. p. 114.

em vista que, desde a concepção ideológica do contrato social houve a transferência para os legisladores da intervenção jurídico-penal – se não puder ser garantida com outras medidas que afetem, em menor escala, a liberdade de todos, é legítima a intervenção penal-estatal que equilibradamente valide a proteção necessária estatal, como também a liberdade individual possível<sup>57</sup>. Assim, como consequência natural do raciocínio, sublinha que os “direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos<sup>58</sup>”.

É o pressuposto de Jakobs o mais criticado em meio a doutrina majoritária – defensor da ideia de que o bem jurídico limita a produção do direito penal – uma vez que, para o estudioso alemão, a função do direito penal não está necessariamente vinculada à proteção de bens jurídicos. Isso porque define como bem a ser protegido pelo Direito Penal “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção, solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática”, complementando que, na sequência, o mesmo bem será denominado como bem jurídico penal<sup>59</sup>. Em suma, a legitimação material do direito penal se vincula à sua necessidade para garantir as expectativas normativas essenciais diante de condutas que expressam comportamento incompatível com a norma correspondente, e a prevenção geral positiva serve para que se preserve e se mantenha a confiança na correção de uma norma<sup>60</sup>.

Segundo Jakobs, dentro da perspectiva que chama de prevenção geral positiva, pretende-se entender a aplicação da pena voltada para todos os membros da sociedade – que são potenciais vítimas das condutas – para reafirmar a validade da norma violada, ao contrário de se pensar (como comumente e intuitivamente se faz) que a imposição da pena está dirigida aos potenciais autores da infração, no intento de desencorajá-los a praticar/repetir a conduta violadora. Acrescenta o

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17-18

<sup>58</sup> Ibid, p. 18.

<sup>59</sup> JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte; Del Rey, 2008. p. 61-62.

<sup>60</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; MELIA, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günter Jakobs**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-16.

penalista alemão que não é toda modificação prejudicial a um bem, enquanto fato, que interessa ao direito penal, pois somente o comportamento humano valorado positivamente no sentido de ter-se imputado ao agente uma escolha de comportamento de desobediência à norma que tem relevância ao direito penal. Isso quer dizer que “não é a causa de uma morte que configura lesão de um bem jurídico-penal (trata-se da mera lesão de um bem), mas a desobediência normativa”, contida no homicídio evitável, pois é este que contém a quebra de expectativa no conteúdo da Lei<sup>61</sup>.

Passa-se a vislumbrar, inclusive uma nova espécie de delitos, que tem como objeto de proteção a paz social, não apresentando a tutela intermediária de nenhum bem jurídico. A percepção da finalidade da norma como destinada à proteção de bens jurídicos mostra-se absolutamente inapropriada<sup>62</sup>.

Apesar de o ponto de vista de Jakobs ser atrativo, percebe-se que as considerações de Roxim sobre o estudo do autor são oportunas, em virtude de, mesmo considerando a partida conceitual diversa, a posição de Jakobs não apresenta diferenças significativas em relação à doutrina que pressupõe a lesão ou a ameaça a bens jurídicos como óbice para a criação de normas penais<sup>63</sup>. E não tem como negar, em que pese a congruência do pensamento de Jakobs dentro de seu sistema de imputação objetiva, que a doutrina majoritária entende como verdadeira função do direito penal a proteção de bens jurídicos<sup>64</sup>, o que os tornam importantes limitadores na produção jurídica de leis penais.

Nesse diapasão, rememorando as conclusões já expostas, para que uma conduta possa ser considerada típica, faz-se necessário que ela contenha um mínimo de ofensividade ao bem jurídico, sob pena de caracterizar o crime de bagatela. Em outras palavras, não faz sentido – metodologicamente falando – o cuidado na produção de normas penais para que nasça somente quando protejam os bens jurídicos, e até a exigência de que assim se proceda para adquirirem status de norma

---

<sup>61</sup> JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte; Del Rey, 2008. p. 40.

<sup>62</sup> RAMOS; GONZÁLES; MELIA, op, cit., p. 40.

<sup>63</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; MELIA, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günter Jakobs.

<sup>64</sup> CALLEGARI, André Luís; **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 14. .

legítima, para quando se aplicar as mesmas normas sancionadoras ao caso concreto, seja dispensada a ofensa ao bem jurídico, o que é justamente o motivo da criação da própria norma punitiva que se pretende constitucional.

#### 4. A TUTELA AMBIENTAL COMO FINALIDADE FUNDAMENTAL DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS

Evidentemente, as várias preocupações da humanidade, em meio uma sociedade de risco, recaem sobre o meio ambiente, a começar pela discussão promovida na Alemanha desde meados dos anos 1970, que questionava se a contribuição do direito penal para a tutela do meio ambiente era positiva ou contraproducente<sup>65</sup>. A partir daí, surgiu uma interessante construção dogmática, que trata-se dos chamados *delitos acumulativos, cumulativos ou por acumulação*, no sentido da incriminação de condutas aparentemente insignificantes, mas que merecem tutela penal em razão da potencialidade de acumulação, o que conseqüentemente causa perigo de dano ao meio ambiente.

##### 4.1. a importancia dos delitos cumulativos na sociedade de risco

Nas palavras de Lothar Kuhlen – o primeiro estudioso a desenvolver o conceito de delitos cumulativos – em caso de dificuldade aparente de criminalização de uma conduta pela falta de quantificação lesiva para o bem coletivo (que é o meio ambiente), sustenta-se a legitimação da incriminação se esta conduta pudesse ser enquadrada como uma espécie de conduta cumulativa, o que significa partir do pressuposto de que se fosse praticada por um grande número de pessoas, o bem jurídico protegido estaria exposto a grave perigo de lesão, mesmo que a consulta individual, por si só, seja insignificante para atingi-lo – como de fato, o é. Pela lógica da repetição – ou de acumulação – traria (potencialmente) o perigo necessário para legitimar, desde já, a autuação do direito penal<sup>66</sup>.

O autor, ao fundamentar a teoria originária dos delitos de acumulação<sup>67</sup>, propôs uma nova categoria de crimes de perigo abstrato a fim de dispensar a necessidade de periculosidade geral como aptidão para lesar o bem jurídico tutelado, pois esta categoria de crime se caracteriza justamente pela ausência de qualquer possibilidade

---

<sup>65</sup> HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 28, abr. 1998.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 111, jan. 2010.

<sup>67</sup> KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 286.

da conduta em atingir o bem jurídico, ao menos a partir da análise da ação individual e isolada<sup>68</sup>. Em suma, os atos característicos dos delitos cumulativos carecem de ofensividade, se analisados separadamente. A lógica proposta é característica de uma sociedade de risco, em que a responsabilidade individual é estendida para “abarcando eventos aos quais o agente não contribui de maneira relevante para a eclosão”<sup>69</sup>. No entanto, é justamente nessa irrelevância que se enquadra a cumulatividade, pois se a conduta fosse praticada por todos – ou em grande número – ocasionaria lesão ou colocaria em perigo o objeto de tutela da norma<sup>70</sup>.

O que, de fato, foi percebido por Kuhlen é que, em razão da importância do meio ambiente inserido em uma sociedade de risco, que não confere à ele preocupação e cujos limites da teoria geral do crime ao curso causal impede a punição penal daqueles que praticam pequenas condutas não recomendáveis ao meio ambiente e desprovidas de ofensividade ao bem jurídico, torna-se importante a nova classe de condutas para abranger os casos em que se verifica um tipo de acumulação ou repetição, desobrigando que a conduta, analisada individualmente, lesione ou ameasse o bem jurídico tutelado pela norma, e sim apenas que a ação pertença a um grupo de condutas que, se praticada por muitos, passe a ter potencialidade de lesionar ou de pôr em perigo o bem jurídico (meio ambiente).

Nessa perspectiva, apenas a partir da legitimação alcançada pela hipótese de acumulação, diante da prática por um grande número de pessoas, é que se tornaria danosa ao meio ambiente, e por isso justificaria a atuação, desde logo, do direito penal.

Oliveira pondera que o surgimento da teoria de Kuhlen nasce de um caso concreto, que refletiu a ação de pequenas propriedades suinocultoras que lançavam dejetos na água em quantidade um pouco acima do permitido pelas regras administrativas. A partir disso, verificou-se que efetivamente não havia representatividade significativa nos poluentes lançados ao rio, e que cada uma das

---

<sup>68</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 387.

<sup>69</sup> LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 63, p. 56, maio/set. 2009.

<sup>70</sup> D'ÁVILA, op. cit., p. 387-388.

propriedades, com sua conduta, não incidia no tipo penal de poluição de águas. Entretanto, a cumulação de todos esses poluentes despejados por todas as propriedades causava, sim, dano à qualidade da água pela lógica da acumulação<sup>71</sup>. Tendo em vista a possibilidade real de a hipótese ocorrer em diferentes circunstâncias, surge a ideia de punição de condutas individuais com a finalidade de preservação do meio ambiente, já que se trata de um bem jurídico coletivo.

Os denominados delitos por acumulação, estão vinculados a um grupo restrito de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, a conduta punível não está associada à periculosidade geral ou abstrata, pois são caracterizadas por ações isoladamente inofensivas em relação ao bem jurídico, objeto de proteção da norma penal. Nessa perspectiva, somente a partir da legitimação alcançada pela hipótese de acumulação, diante da prática por um grande número de pessoas, é que se tornaria danosa ao meio ambiente, e por isso justificaria a atuação, desde logo, do direito penal.

O que preconiza Kuhlén em relação ao delito cumulativo somente pode ser lido se inserido na sociedade de risco a que se está submetido e, por isso, apesar das críticas, mostra-se como proposta de adequação do direito penal aos novos tempos. Isso porque a ciência jurídica não sabe como agir diante dos novos riscos com que a sociedade se depara e que cada vez mais aumentam as possibilidades de ocorrência de catástrofes sem precedentes.

A situação presente inexistia na sociedade industrial, e os riscos para a existência individual ou em sociedade “ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas”<sup>72</sup>, o que para contenção era suficiente a tutela dispensada aos bens jurídicos individuais, como a vida, propriedade, patrimônio, dentre outros. É na sociedade atual de risco que os delitos cumulativos devem ser analisados, não sendo pertinente fazê-lo fora do contexto histórico atual. Segundo Figueiredo Dias, para a tutela dos novos grandes perigos criados nessa quadra da

---

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p. 28, set/dez. 2013.

<sup>72</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal entre a “sociedade industrial” e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 39, jan. 2001.

história “não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado”<sup>73</sup>.

Ocorre que o tema é altamente controvertido na doutrina. Existem diversas críticas sobre a possibilidade de visualização de delitos cumulativos, e, portanto, a utilização do direito penal para a tutela de tais condutas, haja vista a falta de ofensividade ao bem jurídico, dentre tantos outros problemas dogmáticos, deslegitimaria a atuação do direito penal em um retrocesso secular, em que a mera desobediência seria o suficiente para a aplicação de medidas coercitivas penais. Em outras palavras, evita-se a instrumentalização do direito penal para a punição de condutas meramente imorais pelo perigo que apresenta tal tipo de comportamento<sup>74</sup>.

O posicionamento de Reis é no sentido de que corre-se o risco de criminalizar a bagatela – ou ainda a transformação do injusto individual em coletivo – já que necessariamente haverá condutas de terceiros contribuindo para o fato típico, e a possível imprestabilidade do direito penal para promover o processo de reeducação e conscientização da sociedade<sup>75</sup>. Em contrapartida, Feinberg e Wohlers, citados por Dias, mencionam que a ausência de sanção fará com que o infrator obtenha ganho “enquanto (que) os cumpridores das normas, não obstante a sua supremacia moral, sofrem uma perda”<sup>76</sup>. Asseveram ainda que há uma inversão de valores, visto que a desonestidade é compensada e propaga a ideia de que infringir regulações sociais compensa, violando o princípio de que todos possuem iguais direitos e que “a legitimidade da sanção penal respectiva reside precisamente no estabelecimento da igualdade jurídica perturbada”<sup>77</sup>. Isto é, alcança-se uma vantagem injusta à custa das pessoas que respeitam as regras, criando, dessa forma, uma situação de desigualdade social que, dada a consagração do princípio da igualdade, no momento

---

<sup>73</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal entre a “sociedade industrial” e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 39-40, jan. 2001.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p. 30, set/dez. 2013.

<sup>75</sup> REIS, Marco Antônio Santos. **Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato**. [S.l.], 2014. p. 15-16. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>>. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>76</sup> DIAS, Augusto Silva. What if everybory did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, ano 13, n. 3, p. 316, jul/set. 2003.

<sup>77</sup> Ibid, p. 317.

em que passa a ser uma desigualdade jurídica, mereceria a sanção penal com resposta, justamente para a sua eliminação simbólica<sup>78</sup>.

A despeito das críticas dogmáticas, merecem uma visão rápida e despretensiosa – ao menos na presente pesquisa, que não se propõe a esmiuçar a teoria geral do crime. D'Ávila resume bem as diversas dificuldades que enfrentam os delitos cumulativos, traçando quatro pilares fundamentais<sup>79</sup>, em que (i) o primeiro salienta que a questão dos delitos cumulativos violaria o princípio da culpa, que trata do limite da responsabilidade penal, afinal, *nullum crimen sine culpa*<sup>80</sup>, sendo inviável, para fins do direito penal, atribuir sanção ao agente por comportamento inofensivo e apenas pela eventual cumulação, que envolve a participação de terceiros<sup>81</sup>; (ii) segundo, tem-se a inadequação do controle de grandes riscos, por meio do monitoramento de condutas individuais; (iii) em terceiro lugar, surge a leitura de que as condutas cumulativas não ofendem o bem jurídico e que, portanto, atingiriam o princípio da proporcionalidade; (iv) e por último, conforme abordado alhures, trata, em verdade, da ampliação do direito penal para acolher as hipóteses de conduta de bagatela<sup>82</sup>.

Desse modo, tratando-se a proteção ao meio ambiente tarefa indispensável ao Estado, os delitos cumulativos compõem mais uma ferramenta à disposição do Direito para a difícil missão de preservação ambiental. E, para a utilização do direito penal como forma de tutelar esse tipo de conduta cumulativa, não basta somente acreditar que tal política criminal e, por consequência, que o poder punitivo estatal, caso acolha a tese, tenha o condão de inibir as ações indesejadas, ou de construir, ao longo do tempo, a consciência necessária à prevenção geral. A fim de evitar as pequenas ações danosas ao meio ambiente, é necessário, para permitir a intervenção penal, antes de

---

<sup>78</sup> DIAS, Augusto Silva. What if everybory did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, ano 13, n. 3, p. 317, jul/set. 2003

<sup>79</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 390.

<sup>80</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

<sup>81</sup> LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 63, p. 57, maio/set. 2009.

<sup>82</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 390.

tudo, a adequação de seus princípios basilares ao novo modelo, sob pena da expansão da esfera punitiva tornar-se, em verdade, um retorno a um modelo típico de Estado autoritário e sem as garantias constitucionais.

Os delitos de acumulação, de acordo com Kuhlen, não atendem aos requisitos mínimos de legitimidade penal, mesmo considerando a sua inserção na atual sociedade de risco globalizada. Antes de tudo, a simples construção de normas penais pelo Legislador é condicionada à validade perante a Constituição e, para tanto, deve tutelar um bem jurídico dotado de dignidade penal. Admitindo-se, portanto – como se admite – que o meio ambiente se enquadra nessa hipótese, esta é vista como insuficiente, por si só, para a legitimação da atuação do direito penal, já que é imprescindível a ocorrência de ofensividade ao bem jurídico resguardado, ou seja, é indispensável que a conduta coloque em risco ou produza dano ao objeto de tutela da norma penal. Em se tratando dos delitos cumulativos, ausenta-se a ofensividade, já que a legitimidade da atuação do direito penal está focada na repetição de condutas que, se praticadas por um grande número, causariam a violação ao bem jurídico, seja na forma de dano, seja na forma de perigo. Ou seja, na proposta de Kuhlen, os delitos de acumulação se assemelham aos delitos de mera violação de um dever, vez que as condutas separadamente são inofensivas, e a legitimação da ofensa advém da repetição de ações na forma de perigo abstrato, em uma leitura *ex ante* em relação aos bens coletivos.

Em contrapartida, dada a dignidade do objeto de proteção (meio ambiente), é primordial que se estabeleçam os limites legítimos de atuação do direito penal e, assim, também se determine o papel que lhe cabe no controle dos grandes riscos. Além disso, não há muitas dúvidas acerca do fato de que as condutas direcionadas à proteção do meio ambiente devem, na maioria das vezes, serem preventivas das ações prejudiciais, uma vez que causado o estrago ambiental, é praticamente impossível reverter o processo danoso ou retomar a situação anterior.

Nesse contexto histórico que se justifica os esforços para o aprimoramento dos conceitos de delitos na esfera ambiental, em que se sustenta uma construção dogmática para os crimes de perigo abstrato, que apesar de mais estreita que a sugerida pelo autor alemão, convém rever a importância dos crimes de perigo, uma

vez que se reforça a ideia de que se deve adequar categorias penais ao tempo em que se está vivendo.

Nessa senda, ressalta-se que os delitos de perigo, até a primeira Revolução Industrial, não representaram função preponderante em termos penais, pois tudo era intimamente ligado relação de causalidade. Ocorre que o perigo não atua de modo a gerar, necessariamente, efeito no mundo físico, e, portanto, além de não poder ser controlado, não existe uma regra que possa traduzir concretamente.

Referida circunstância fez com que o perigo restasse esquecido como possibilidade de atuação do direito penal. O que conferiu ao perigo maior importância dentro da comunidade interna são as modificações ocorridas após a primeira Revolução Industrial, em que a técnica, como fenômeno de massificação, proporcionou novos arranjos sociais e, por conseguinte, o direito foi instado para tutelar as novas relações sociais.

A situação, com todas as variáveis peculiares ao desenvolvimento, das civilizações e o distanciamento tempo-espço, permanece até os dias presentes, pois é inegável que a produção aumentou potencialmente, e com ela vieram os riscos inerentes à produção massificada, cuja semelhança reside na circunstância do perigo produzido pelo próprio homem é tolerado porque gera benefício à sociedade. É perceptível que os crimes de dano ainda se apresentam como os de maior protagonismo no direito penal, mas por diversas razões – dentre as quais, as supracitadas – se deve destacar o relevante papel exercido pelo perigo na esfera do direito no atual contexto histórico.

Em apertada síntese, pode-se definir o crime de dano como aquele em que é necessária a lesão efetiva ao bem jurídico protegido, e os crimes de perigo como aqueles em que a simples criação do perigo, sem a produção do dano, já é suficiente para a sua caracterização, sendo o elemento subjetivo o dolo de perigo. O perigo ainda se subdivide em concreto e abstrato. O primeiro é aquele em que precisa ser comprovado, ou seja, deve estar demonstrada a situação de risco para o bem jurídico

protegido<sup>83</sup>. O perigo abstrato, para parte da doutrina, é presumido *juris et de jure*, isto é, não precisa ser provado, pois a lei se contenta com a simples prática da ação que pressupõe perigosa<sup>84</sup>. Nesse interim, os delitos de perigo concreto “[...] representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo”, mas apenas a motivação do legislador<sup>85</sup>.

Não obstante, essa não é a única forma de compreender os delitos de perigo abstrato. Há hoje inúmeras elaborações que propõem a recuperação material desta forma de aparição do ilícito penal. Respeitadas as particularidades dogmáticas, as condutas definidas como potenciais para os delitos cumulativos, na visão de Kuhlen, podem ser vistas sob a perspectiva dos delitos abstratos e, numa proposição mais apertada e válida constitucionalmente, desde que preenchidos outros requisitos cuja ofensividade é indispensável, se enquadram na noção de *cuidado-de-perigo*, em que o contexto no qual as condutas estão inseridas seria, se fosse o caso, a base legitimadora para a verificação da ofensividade penal. Imperioso ressaltar que apenas se pode falar em ofensa de *cuidado-de-perigo* em possibilidade não insignificante “de dano ao bem jurídico à luz de um concreto contexto, pois é exatamente o contexto que, cotejado a partir da conduta típica, irá permitir a afirmação ou negação”<sup>86</sup> da possibilidade de perigo/dano ao bem jurídico, absolutamente indispensável para a configuração do delito, conforme fora explanado alhures, quando se tratou da importância do bem jurídico na presente pesquisa.

Desse modo, a exigência constitucional de ofensividade legítima para validar a atuação do Direito Penal nos crimes de perigo – classificação na qual estão inseridos os delitos cumulativos – obsta que seja aceita a postura dogmática proposta por Kuhlen, que dispensa qualquer verificação de ofensa ao bem jurídico tutelado, vez que a legitimação da intervenção penal se sustenta na premissa da repetição da ação

---

<sup>83</sup> COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P. 622-623.

<sup>84</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 1, p. 146.

<sup>85</sup> COSTA, op. cit., p. 620-621.

<sup>86</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n 75, p. 14, 2014. Edição especial

pela lógica do grande número e a conduta individual é insignificante. A proposta ora apresentada, fundamentada na lição de D'Ávila, que retoma a construção hermenêutico-filosófica de Faria Costa acerca do conceito de *cuidado-de-perigo*, se mostra completamente diversa, ao permanecer considerando a ofensividade ao bem jurídico como indispensável para a legitimação da intervenção penal, mas a conduta é analisada a partir do contexto no qual se insere, combinado com a ação típica que permitirá a verificação da possibilidade – ou não – de dano ao bem jurídico protegido e, portanto, da existência *ex ante* do perigo.

Seguindo o raciocínio, contando com uma relação de dependência absoluta da conduta com o contexto a que se insere é que poderá constatar a possibilidade – ou não – de um dano, a partir, inclusive, da cumulatividade de ações como elemento contextual concreto e não hipotético, tendo em vista que os delitos ambientais se apresentam em um campo complexo, em que inúmeros fatores instáveis e incertos – mas talvez, prováveis – permitam a ocorrência da ofensa ao bem jurídico, na modalidade *cuidado-de-perigo*, a partir da posição do bem jurídico<sup>87</sup>.

No caso em tela, a junção da categoria dos delitos cumulativos – não mais pela lógica da repetição, e sim, pela dependência absoluta do contexto em que foi praticada, como elemento para afirmar a probabilidade real do dano, em consideração à efetiva/concreta/atual prática por terceiros – revela, no atual estágio da ciência jurídico-penal em uma sociedade de risco aliada às preocupações ambientais, uma concepção a ser construída e consolidada. A ideia relativizada se elucida com o comprometimento de resgatar, nos dizeres de D'Ávila, não somente o significado *crítico-garantista* da concepção de ofensividade, mas também de observar o que se está defendendo desde o início da presente pesquisa, isto é, categorias jurídico-penais dispostas a atender e a responder adequadamente aos desafios que o nosso tempo demanda<sup>88</sup>.

Diferentemente dos de perigo abstrato analisados sob o prisma tradicional, o

---

<sup>87</sup> 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 do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n 75, p. 31-35, 2014. Edição especial

<sup>88</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 162-163.

contexto no caso concreto fornecerá os dados necessários para afirmar – ou para negar- a existência do delito; já nos crimes ambientais, o contexto é diferenciado e altamente complexo, “decorrente da interação de inúmeros fatores que, em uma perspectiva ex ante, são flutuantes, incertos, meramente prováveis, fatores que [...] condicionam a possibilidade de dano” ao bem jurídico protegido pela norma penal<sup>89</sup>.

Pode-se então afirmar que é na possibilidade de dano ao bem jurídico – neste caso, o ambiental – que a análise dos fatores complexos e incertos dentro de determinado contexto é que pode indicar – ou não – o preenchimento formal e material da prática delitiva. Desse modo, a conclusão hialina que se alcança é que a posição do bem jurídico se revela diferente entre os delitos tradicionais e os ora analisados, isso porque, no segundo caso, o bem jurídico está sempre presente. Além disso, “[...] aqui não se exige um dano ao bem jurídico, mas apenas a possibilidade de sua ocorrência, o que, por sua vez, vai coincidir com a possibilidade de conjunção dos fatores contextuais necessários” para a ocorrência de uma ofensa de dano ao bem jurídico, e “o bem jurídico já se encontra no raio de ação da conduta perigosa”<sup>90</sup>, no presente no contexto concreto de fatores incertos e variáveis.

O que aqui se afirma é que o direito penal tem papel importante – senão fundamental – para a proteção ambiental e os crimes de perigo abstrato, na leitura que exige a ofensividade como critério, são legítimos para tutelá-lo. Além disso, os novos modelos de sociedade, o avanço e o desenvolvimento do tempo presente, a sociedade de risco a que se está submetido com a destruição do meio ambiente exigem a participação dessa esfera do direito, sob pena de se pagar um alto preço pela omissão. E, ao contrário do que se possa imaginar, em uma análise mais precipitada, a exigência para a punição dos crimes ambientais na esfera do perigo abstrato – calcado na ideia de *cuidado-de-perigo*, mas sem se descuidar da imprescindível ofensividade – além dos critérios a serem analisados concretamente em um contexto diferenciado marcado por alto grau de complexidade, se revela, nesse singelo ponto de vista, uma forma legítima de aprimorar as estruturas do direito penal,

---

<sup>89</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n 75, p. 26-27, 2014.

<sup>90</sup> Ibid., p. 27-28.

adequando-se aos novos tempos, sem esquecer das conquistas históricas da evolução da própria ciência punitiva, que restam preservadas em seus aspectos estruturais.

#### **4.1.1 CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL: É PRECISO CHEGAR ANTES**

Como complemento aos argumentos apresentados alhures – talvez que sirva como pilar para toda a motivação para incluir a noção de perigo na forma de *cuidado-de-perigo*, no plano do direito ambiental – tem-se a convicção empírica e teórica da necessidade de prevenção de danos ao meio ambiente, ao invés de medidas reparatórias que, se já têm a função de equalizar os prejuízos questionada em outras áreas, no campo ambiental não restam dúvidas de que somente podem ser pensadas como segunda opção, já que a prioridade deve ser a busca para evitar a degradação do meio ambiente.

Parece irracional a ideia de que as sociedades acabariam se destruindo, por meio de decisões desastrosas no campo ambiental. O fato de ter o homem a consciência de que necessita dos recursos naturais para sua subsistência, ao contrário do que se pode pensar, não tem o condão de interromper o processo de destruição. O fato resta evidenciado ao analisarmos a história. Diamond demonstra como o desmatamento desenfreado, com o intuito de construir estatuas que representavam as famílias e o poder desencadeou o processo de deterioração dos recursos naturais da Ilha de Páscoa, tornando o local inabitável. Ou ainda com os maias, que tiveram uma grande baixa populacional durante os períodos de seca pela morte por fome ou por guerra, em decorrência da escassez dos recursos naturais ocasionada por ações humanas.

É necessário, portanto, chegar antes do dano, prevenindo os acontecimentos nocivos e desestimulando a prática predatória, já que, na política ambiental, a reparação do prejuízo sempre chega tarde e, muitas vezes, por melhor e mais ampla que seja, não tem o poder de devolver à humanidade o estado anterior. O processo de regeneração é lento e gradual, e os efeitos colaterais permanecem, por vezes, para sempre, como é o caso da extinção das espécies.

No Brasil, a atenção legislativa ao meio ambiente é recente, sendo que a Constituição Federal de 1988 balizou os pilares de atuação e conferiu ao assunto

impulso e significado, hierarquizando-a como norma constitucional. Sendo assim, de acordo com o artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal, se tornou competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Já o artigo 225 da CF também se ocupa do meio ambiente, determinando providências no campo administrativo e legislativo voltadas para a sua proteção. Porém, conforme adverte Perez Luño, não se pode iludir que a eventual proteção constitucional seja uma superação da desenfreada exploração ambiental, se, não operando o Direito sozinho, muitas outras forças podem transformar as normas jurídicas – inclusive, as previstas constitucionalmente – numa mera cortina de fumaça, sem qualquer efeito prático<sup>91</sup>. A determinação ética e jurídica decorrente da Constituição assegura às gerações presentes e futuras um meio ambiente favorável às condições de vida digna e, para tanto, a responsabilidade do Estado é objetiva no sentido de implementar princípios de precaução e de prevenção, de maneira que cheguem antes dos eventos danosos ao ambiente, não mais se satisfazendo com a reparação do prejuízo<sup>92</sup>.

Traduz-se aí a proibição de alterar, de modo definitivo e irreversível, os ecossistemas ou o esgotamento dos recursos naturais essenciais, criando riscos duradouros para a vida humana na Terra e, por consequência, afastando a possibilidade da futura vida humana com dignidade. A atitude requer mudança de paradigma em relação à administração pública com os agentes poluidores do meio ambiente, no intuito de que seja superada a gestão de *chegar tarde* para aquelas que confere “senso de urgência às medidas de preservação e de precaução, de ordem a introjetar, mais do que nunca, uma mirada antecipatória nas relações administrativas<sup>93</sup>.”

O raciocínio dos crimes de perigo é diverso e antecipatório, pois visa à interrupção do fluxo da ação danosa antes de o dano ser produzido, o que, ao nosso sentir, se coaduna com o raciocínio de Freitas, quando discorre sobre os princípios da

---

<sup>91</sup> PÉREZ LUNO, Antônio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

<sup>92</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 32.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 209.

precaução e de prevenção aplicados à proteção ambiental. No tocante ao princípio da prevenção, se vislumbra em seus elementos os sinais que o identificam com as premissas do que se tem defendido ao longo desta pesquisa, no sentido da antecipação do direito penal mediante a mera colocação em perigo do bem jurídico, já que o princípio da prevenção, nos seus elementos centrais, conforme ensina Freitas, se elenca na seguinte ordem: “(a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômolo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitar o dano social, econômico ou ambiental; e (c) ônus estatal de produzir a prova da excludente do nexo” de causalidade intertemporal.

Por meio das premissas citadas, pode-se afirmar a segurança do resultado danoso e indesejado, criando a obrigação do Estado em tomar as medidas imprescindíveis e corretas para interromper o nexo causal e impedir o dano visualizado<sup>94</sup>.

Nesse momento, cumpre abordar o significado de antecipação da punição nos crimes de perigo abstrato ou concreto, a fim de evitar eventuais dúvidas sobre o caminho que se está a percorrer. Ao se buscar a criminalização de uma conduta, o que, de fato, se pretende é que pessoas de determinada comunidade não pratiquem aquele fato proibido pela norma. Ou seja, inevitavelmente a sanção criminal tem a pretensão de ser uma resposta da sociedade em relação a determinado comportamento, com a finalidade de exercer controle sobre as ações individuais da sociedade, com objetivo de proteção de bens jurídicos.

É sobre o meio ambiente que se deve focar a atenção de antecipação, uma vez que inviabilizar a atuação estatal penal nessa área não se mostra o melhor caminho a ser seguido<sup>95</sup>.

A moderna política criminal, adequada às exigências dos novos tempos, não pode renunciar aos benefícios e às vantagens que a antecipação da tutela em direito penal oferece, através da tipificação de crimes de perigo e sua construção hermenêutica, especialmente em face da natureza e da importância de determinados

---

<sup>94</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 285.

<sup>95</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal entre a “sociedade industrial” e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 40-42, jan. 2001.

bens jurídicos coletivos. E é esse mesmo raciocínio que vem sendo construído ao longo de toda a dissertação, e que se considera razoavelmente justificado no item anterior, para permitir a proteção do bem jurídico *meio ambiente*, sem qualquer atropelo às fundamentais conquistas humanitárias penais, ocorridas ao longo do último século.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização dos recursos naturais, por parte do homem, sem qualquer planejamento ou previsibilidade acerca das consequências resultantes da alteração do equilíbrio do meio ambiente, deixou o planeta à beira de um colapso. Todas as modificações promovidas pela sociedade *pós-moderna* nas últimas décadas, a fim de aprimorar a conscientização sobre o problema ambiental e de ofertar maiores facilidades que efetivamente incrementem a qualidade de vida das pessoas, criaram para a realidade atual a situação de riscos inimagináveis, quando do início das condutas desenvolvimentistas.

Ademais, o erro sobre as previsões é comum ao ser humano. Filmes futuristas de tempos atrás, a título de exemplo, previam que, nos anos 2000, a civilização estaria viajando para o espaço, colonizando o planeta Marte, projetando-se em capsulas de transporte e se locomovendo por meio de carros voadores para suas residências totalmente automatizadas, enquanto que a internet, o e-mail e o computador transformado em telefone celular não estavam previstos. Insta ressaltar que essa nova maneira de ver e de viver no mundo não é contingencial ou passageiro, tendo em vista que efetivamente ocorreu mudança na percepção da realidade com a criação de uma consciência diferente no modo de se consumir produtos, transformando as relações interpessoais, gerando perda da fé no futuro – o que é fruto de expectativas frustradas – e quebrando o paradigma da modernidade, que sempre confiou no progresso racional – e para melhor – do desenvolvimento humano.

Além disso, o fenômeno da globalização (que não é recente) agora se encontra caminhando em conjunto com os também existentes riscos civilizatórios, numa combinação de percurso que potencializa as ameaças globais, porque, doravante, determinadas condutas humanas têm a capacidade de atingir o planeta inteiro. Nada mais será isolado ou reduzido a um único espaço, pois a globalização, conforme o nome já induz, ultrapassou as fronteiras dos Estados e, muitas vezes, a ordem e as necessidades mundiais superam as soberanias estatais, que hoje se encontram incapazes de resistir à lógica da *mão invisível* do mercado. Tais circunstâncias reforçam a massificação, e o ambiente de exploração dos recursos naturais, para atender às necessidades da humanidade – que não para de aumentar sua população e de se desenvolver tecnologicamente – que cresce em processo contínuo, porque,

ao menos o que se mostra pela fotografia do presente e do passado recente, não há, no horizonte próximo, qualquer movimento com força suficiente para aplacar ou para impedir o progresso ao contrário a que a humanidade está submetida. Ao contrário, diz-se, pois, que o desejo da sociedade é alcançar mais e mais progresso e avanços nas diversas áreas, o que requer esforço da exploração ambiental.

Sendo assim, quando se objetiva uma mudança de comportamento no sentido da preservação de bens coletivos, especialmente em relação ao meio ambiente, conclui-se que deixar o direito penal alheio aquém do atual contexto fático não é o melhor caminho a ser seguido. Evidentemente que não de forma isolada, ou exageradamente punitiva, ou acreditando que o direito penal é capacitado para, instantaneamente, evitar os perigos/danos indesejados. Tampouco se ignora que diversos fatores criminológicos – e não somente o desejo individual de praticar determinadas condutas proibidas – possam influenciar as pessoas que cometem fatos típicos. Pensar dessa forma é consagrar um direito penal simbólico, que acalma a pressão na classe política, mas em nada resolve, em termos práticos.

No entanto, resta claro que o direito penal desenvolvido a partir de sua base principiológica iluminista não está preparado para enfrentar os grandes riscos ambientais, por diversas razões. Uma delas é pelas características das condutas que são diversificadas no espaço e no tempo. Além disso, a sua concepção – pois esta era a realidade que se apresentava naquele momento – está voltada para ações individuais que produzem dano. As evoluções da ciência penal foram feitas ao longo do tempo, mas a raiz individual ainda permanece, e as dificuldades de proteção dos bens coletivos são inegáveis. Manter então o direito penal totalmente preso ao paradigma a que está, é atestar a própria incompetência para preencher o papel de proteção da geração presente e futura, fundada na imprescindibilidade de o meio ambiente sustentável ser protegido antes que o evento danoso ocorra.

Isso porque também é incontroverso que se vive em outros tempos, com outras demandas e com outras necessidades, e é para esta quadra da história que se pretende as respostas penais adequadas do Estado. O direito penal não pode restar preso a todas as conquistas iluministas, em um medo de crescer, pois a estagnação representa seu próprio fim, visto que, cada vez mais, estará alheio à realidade que o

cerca. É necessário corresponder às expectativas de proteção ao bem jurídico ambiental, evitando-se o dano, chegando-se antes do prejuízo, conforme sustentado e demonstrado que o meio ambiente faz parte, sim, das preocupações da ciência penal.

Para tanto, a alternativa que se apresenta é a antecipação da tutela prevista na retomada da noção dos crimes de perigo, apostando-se em um direito preventivo. De nada adianta – em termos ambientais, logicamente – penalizar os responsáveis pela poluição de um rio, se as águas já estão poluídas? Para deixar claro, não se está propugnando a desnecessidade de punição, em caso de crime de dano ambiental, o que continua sendo necessário por todos os efeitos penais tão conhecidos, e sim que, no que tange à catástrofe do meio ambiente, não é a pena criminal que irá reestabelecer o *status quo* após o dano ser produzido. É necessário viabilizar mecanismos que permitam a atuação antes do prejuízo, antecipando a intervenção estatal na proteção dos bens e permitindo ao Estado agir quando o perigo se apresenta e fomenta uma hipótese provável de dano.

Dito de outro modo, não se pretende retirar da época iluminista e do desenvolvimento *garantista* todos os méritos de tornar o direito penal mais humano, mais seguro e mais proporcional, além de reconhecer todos os efeitos (positivos) na construção de princípios que regulam a aplicação da lei punitiva até os dias presentes, protegendo o cidadão contra os desmandos do Estado autoritário. No entanto, para a preservação das mesmas conquistas, é preciso que se avance, se aprimore, se adapte ao tempo presente, se caminhe ao lado das necessidades da sociedade que pretende regular e, para tanto, a boa alternativa é fortificar, em se tratando de crimes ambientais, a antecipação da tutela penal para abarcar como legítimos os crimes de perigo, quando houver suficientemente demonstrada a capacidade de resultar em dano ambiental.

Conforme abordado no curso do presente trabalho, somente podem ser objeto de lei incriminadora os tipos penais com dignidade constitucional. O conceito de bem jurídico (e sua conseqüente ofensa) permanece com critério importante para a averiguação do delito. Os crimes de perigo abstrato praticados contra o meio ambiente – que se sustentam como possíveis de ser imputados aos agentes – não desprezam

os direitos e as garantias individuais constitucionais. Pelo contrário, valem-se delas para exigir, afastando da hipótese ventilada por Kuhlen, a ofensividade ao bem jurídico em uma possibilidade *ex ante* de perigo ao bem jurídico tutelado. É verdade que deixa de se considerar como imprescindível para a caracterização do delito o dano ao bem jurídico ao meio ambiente (é um crime de perigo abstrato) porque daí a intervenção penal somente ocorrerá após a deterioração ser realizada em desfavor do bem jurídico protegido. O direito, inclusive o penal, cada vez mais deve ser preventivo, obviamente que dentro de critérios específicos e aceitos constitucionalmente para não se tornar um direito penal autoritário e violador de garantias individuais.

Pode-se considerar que os crimes contra o meio ambiente na forma de perigo abstrato considerados constitucionalmente legítimos, no curso do presente trabalho, restringem o espectro do direito penal, pois resta mais limitado em relação à visão de que, nas hipóteses tradicionais de perigo abstrato, trata-se de presunção absoluta de perigo prevista pelo Legislador. Mais especificamente, o que se postula está fundamentado na construção hermenêutica-filosófica a respeito do conceito *cuidado-de-perigo* e de a ofensividade configurar critério fundamental para a criminalização. Todavia, ela é analisada em uma perspectiva *ex ante* – e não *ex post* – e a conduta é cotejada dentro do contexto concreto no qual foi produzida, levando em consideração a efetiva possibilidade de prática por terceiros.

A despeito da posição de Kuhlen – qual seja, a criminalização das pequenas condutas individuais e nocivas ao meio ambiente desprovidas de ofensividade seria legitimada pela possibilidade da prática por um grande número de pessoas, , tratando-se de uma hipótese de perigo abstrato sem a necessidade de ser constatar a ofensa ao bem jurídico, tampouco analisadas dentro de um contexto concreto – conclui-se que não há como incorporá-la ao direito penal. Trata-se de uma tentativa de punição penal de uma violação do dever, o que se mostra inapropriado, e outras áreas jurídicas atuam, com mais legitimidade e eficácia, na regulamentação de tais comportamentos.

Portanto, todos os ramos do direito poderiam estar integrados na busca pela manutenção do desenvolvimento ambiental sustentável, abandonando-se a postura absolutamente conservadora que se posiciona contrariamente, e de forma sistemática, a qualquer tipo de tentativa de antecipação da tutela de proteção ao bem

jurídico coletivo, para entender como possível e legítimo a atuação do direito penal, na modalidade de perigo abstrato, observando-se os critérios já expostos. E afasta-se da esfera penal as condutas que não preenchem os requisitos necessários para serem enquadradas como delitos, em respeito às conquistas referentes aos direitos e às garantias fundamentais.

Em relação ao objeto da pesquisa, em análise do emprego delitos cumulativos para tutelar o meio ambiente diante da sociedade globalizada de risco, a conclusão é no sentido da impossibilidade de criminalização desta primeira hipótese, mas é possível reconhecer uma variável interessante ao questionamento, com a particularidade imprescindível de ser constitucionalmente legítima, a partir da observância dos critérios expostos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 16.08.18.

BARBOSA, Karlos Alves. **Sociedade de risco e os crimes de perigo abstrato**. Dissertação de Mestrado em Direito Público, UFU, 2012.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Diálogos**. Londres, 25 jul. 2001. Entrevista concedida ao Programa Fronteiras de Pensamento. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 24 agos. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento São Paulo: Editora 34, 2003.

BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo: resposta à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 1.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Sociedade de risco e direito penal**. In Callegari, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho ambiental administrativo**. Madri: Dykinson, 2003.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 60, mai/jun. 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n 75, 2014. Edição especial

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAJOLLI, Luigi; STECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajolli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal entre a “sociedade industrial” e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, jan. 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. . 1, Questões fundamentais a doutrina geral do crime.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus “moderno e atual” direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 11, n. 42, jan. 2003.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 36, jan. 2010.

GUIDDES, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991 e BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estruturas, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris.

JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte; Del Rey, 2008.

KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung, apud D'ÀVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributos à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 63, maio/set. 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Miguel Serra e Ana Luísa Faria. Lisboa: Galimard, 1983.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: Ibccrim, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Globalização, direitos humanos e constituição. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 39, n. 2, jul./dez. 2006.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, set/dez. 2013.

PÉREZ LUNO, Antônio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PISA, Adriana. Direito penal X Sociedade de risco e Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 54, abr. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 v. 1,

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; MELIA, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günter Jakobs.** Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REIS, Marco Antônio Santos. **Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato.** [S.l.], 2014. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>>. Acesso em: 16 out. 2018.

ROXIN, Claus, **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 13. Ed. Porto: Afrontamento, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, JesúsMaría. **A expansão do Direito Penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 edição. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** São Paulo: Manole, 2003.

SOUZA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, set/out. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.