

**OS DELITOS CUMULATIVOS COMO FORMA DE TUTELA PENAL
(DES)NECESSÁRIA DO MEIO AMBIENTE
EM UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA DE RISCO**
**The cumulative offenses as a form of criminal protection
(un)necessary for the environment in a global society of risk**

Sérgio Hiane Harris*
Têmis Limberger**

Resumo: O objetivo deste artigo é, após desenvolver um breve histórico de como chegamos a uma sociedade de risco cuja proteção ao meio ambiente, além de ser dever oriundo de norma constitucional, adquiriu contornos de imprescindibilidade para o campo do direito, aprofundar a visão do que sejam os delitos cumulativos, bem como questionar se tais tipos de condutas, quando praticadas, podem ser abarcadas pelas sanções de natureza penal, ou se merecem serem tratadas como comportamentos sujeitos às sanções do direito administrativo.

Palavras-chave: Delitos cumulativos, Direito Penal, sociedade de risco, direito administrativo.

Abstract: The aim of this paper is, after developing a brief history of how we got to a risk society whose environmental protection, and should be derived from constitutional rule, acquired contours of indispensability to the field of law, further the vision of they are cumulative offenses, as

* Especialista em Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2000. Mestrando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS. Vinculado à Linha de Pesquisa 1. Hermenêutica, Constituição e Concretização dos Direitos. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail. serh@terra.com.br.

** Professora junto ao PPG em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (mestrado e doutorado). Possui estudos pós-doutorais Universidade de Sevilha, doutora pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, mestra e graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Procuradora de Justiça MP/RS.

well as questioning whether such types of conduct, when practiced, can be embraced by criminal penalties, or deserve to be treated as behaviors subject to sanctions of administrative law.

Keywords: cumulative offenses, criminal law, risk society, administrative law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A (in)adequação do Direito Penal para a proteção ambiental nos denominados delitos cumulativos em uma sociedade de risco. 3. Alternativas jurídicas não-penais para a regulamentação das condutas por acumulação. 4 Considerações finais. Referências.

1 **Introdução**

O meio ambiente saudável é fundamental para a espécie humana. A sua proteção para a sobrevivência, inclusive, das gerações futuras, norteiam as preocupações contemporâneas, alcançando um maior potencial a partir do desenvolvimento de uma sociedade de risco, em que, inegavelmente, pelas próprias condutas humanas voltadas para o progresso, a probabilidade de uma tragédia global e em larga escala apresenta-se no horizonte da possibilidade.

Entretanto, pela lógica do grande número, não são somente as ações em larga escala que apontam para a probabilidade de uma catástrofe ambiental. O acúmulo de infinitas pequenas ações podem gerar, por seu turno, danos irreversíveis ao meio ambiente, se contarmos com a possibilidade de que muitos repitam a (individual) conduta ambiental danosa.

Nesses tipos de situação, que aparentemente não se lesa o bem jurídico em si, justamente pela incapacidade da conduta, sozinha, causar um dano ao meio ambiente, é que se pretende desenvolver uma ramificação de ideias, que passam desde as possibilidades e limitações do Direito Penal para regular os comportamentos humanos dessa espécie, bem como as alternativas jurídicas que se apresentam.

Por certo, até pelo espaço escolhido aliado à complexidade do tema, é relativamente cristalino que o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, tampouco apresentar posicionamentos definitivos. Ao contrário, se for possível somente semear o intrincado problema que se apresenta talvez se alcance o objetivo pretendido, que é possibilitar, a partir da base lançada, a reflexão e o inerente debate sobre a matéria, que, como (quase) tudo relacionado ao meio ambiente, merece a atenção dos operadores jurídicos (ou não), que se preocupam com os rumos da exploração da natureza na sociedade de risco em que vivemos.

2 A (in)adequação do Direito Penal para a proteção ambiental nos denominados delitos cumulativos em uma sociedade de risco

A obrigação jurídica de evitar a consumação de danos ao meio ambiente, bem como prevenir a sua ocorrência, vem sendo motivos de preocupações em convenções, declarações e sentenças internacionais,¹ bem como constitui obrigação constitucional da República Federativa Brasileira, explícita em seu artigo 225, *caput*, CF. Mas esse dever jurídico, em se tratando de pequenas ações que potencialmente lesariam o meio ambiente pela lógica do grande número merecem uma resposta do direito no campo administrativo ou penal?

Ponto de partida é observar que a transformação da sociedade posiciona o indivíduo em novas realidades e, com elas, o aparecimento de novos bens jurídico-penais, uma vez que alguns bens começam a se transformar em escassos, potencializando-se geometricamente o seu valor para a humanidade. É o caso clássico da atenção (positiva) que hoje o meio ambiente desperta, ou, ainda, no incremento de valor de realidades que sempre existiram, sem que se atribuísse muito significado, como é o caso do patrimônio histórico-artístico.²

Efetivamente, a realidade em que nos dias atuais vivemos é diferente da concebida na evolução da ciência do Direito Penal, o que:

Deixa inequívoco o incremento da complexidade das relações sociais, inaugurando novos espaços de interesse jurídico-penal e pontos de alto nível de problematidade, nem sempre facilmente tratados pelos instrumentos até então desenvolvidos pela ciência do Direito Penal. Em outras palavras muito breves, poderíamos simplesmente dizer que, ao aumento da complexidade, seguem novos problemas que, não raramente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais, demandando estudos que propiciem um já indispensável aprimoramento.³

Outro fator a ser considerado, desde o princípio, é que a globalização implica a circunstância de, doravante, nada será algo espacialmente isolado. Pelo contrário, “todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”.⁴

¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Itinerário do Direito Ambiental Brasileiro: prevenção, controle e reparação. In: *Direito Ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 117-118.

² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

³ 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.

⁴ BECK, Ulrich. *O que é globalização*. Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

Bauman sustenta que em um mundo cujo futuro é impreciso, a multiplicação de conexões no planeta torna o que ocorre na Malásia, quer nos importemos ou não, com efeitos irrefutáveis nas perspectivas de vida dos jovens em São Paulo, quer nós queiramos ou não. Além disso, após 300 anos de história moderna, em que resolvemos assumir, como humanidade, a gestão ambiental para que a natureza obedecesse as necessidades humanas, o resultado de nosso próprio sucesso, aliado ao desenvolvimento da tecnologia moderna, conjugado com a nossa capacidade “de produzir cada vez mais, alcançar todos os tipos de recursos naturais do planeta... chegamos muito perto do que agora entendemos ser o limite de (sua) suportabilidade”.⁵

Além das grandes ações humanas colocarem em ameaça a vida sustentável na Terra, também a acumulação de diversas condutas com efeitos nocivos para a ordem social, pela lógica do grande número, podem gerar catástrofes que ultrapassam um limiar de dano global, com origem na ideia de que “muitos dos novos riscos que ameaçam a existência humana provêm da soma de múltiplas ações individuais, aparentemente normais e inócuas”.⁶

Em outras palavras, o aparecimento de uma sociedade de risco torna as vidas dos seres humanos mais vulneráveis a perigos até então desconhecidos e atualmente, com a consciência que essas ameaças ultrapassam ao controle da capacidade humana, é inevitável a busca pelo Direito Penal para produzir novas respostas, ou, ao menos, voltar a enfrentar os seus (atuais) dilemas.⁷

Isso também tem um significado porque não se pode esperar da própria ciência o freio para estancar o progresso ao reverso a que estamos submetidos, pois, além da cegueira econômica frente ao risco, Beck salienta que:

As ciências, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão do trabalho, em sua compreensão de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência da práxis – não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento em seu surgimento e expansão. Antes de mais nada, elas tornam-se – em parte com a boa consciência da “pura cientificidade”, em parte com peso na consciência – as madrinhas legitimatórias de uma poluição e contaminação industrial em escala mundial do ar, da água, dos alimentos etc., assim como da decrepitação generalizada com ela associada e da morte de plantas, animais e seres humanos.⁸

⁵ BAUMAN, Zygmunt. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁶ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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.

⁷ CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do 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.

⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 71.

E essas novas redescobertas e riscos conduzem o Direito Penal a um novo papel na atualidade que, automaticamente, confronta-o com os seus elementos fundamentais, pois, fundado nos princípios liberais do Iluminismo, é uma ciência pensada para uma sociedade profundamente diversa da que hoje vivenciamos, sendo que o redimensionamento de seu papel/função o leva a perplexidade diante do novo.⁹

Assim sendo, são previsíveis as inúmeras dificuldades que se apresentam quando a evolução da sociedade e do próprio Estado impõe desafios novos ao Direito Penal, pois as características dos temas a serem enfrentados são inovadoras, e o seu enraizamento em conceitos seculares e históricos do que deva ser a missão da intervenção estatal na seara penal constroem um arcabouço de resistência que rejeita as modificações necessárias para enfrentar o novo risco, pregando o afastamento do Direito Penal em atuar nas áreas forjadas em prol de instâncias administrativas, ou, até mesmo, a sua divisão em duas velocidades.¹⁰

Nesse sentido, a Escola de Frankfurt tem sistematicamente realizado diversas críticas ao que chama de Direito Penal expansivo, *verbis*:

Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes dessa “moderna sociedade do risco” para o Direito Penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente, e de modo imediato por Prittwitz, o qual já observava o surgimento de um “Direito Penal do risco” que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *solo ratio*, em outras palavras, em um Direito Penal expansivo, cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade.¹¹

Entretanto, por outro lado, sustenta-se que, diante da sociedade de risco em que vivemos, com a globalização compartilhando condutas e perigos para o presente e futuro, há de se debater a necessidade de tutela penal dos novos riscos, o que não implica o desvinculamento absoluto do Direito Penal aos seus princípios fundamentais, e sim um aprimoramento de categorias.¹²

Dito de outro modo, retomando ao questionamento inicial, o Direito Penal deve necessariamente ocupar um espaço na conjuntura da sociedade atual que abarca riscos de grande magnitude, até para a proteção das gerações futu-

⁹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 30-31.

¹⁰ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 33.

¹¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004.

¹² D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 34-35.

ras, que atenta para a continuidade da existência do próprio homem,¹³ ou a proteção do meio ambiente deve recair no direito administrativo, já melhor estruturado e sem as amarras próprias de uma ciência penal, gerando, com isso, uma maior eficácia protetiva.

Para enfrentar o tema, parece incontroverso admitir que a ocupação dessas lacunas de proteção criadas pela sociedade de risco somente poderão ser abarcadas pelo Direito Penal mediante a constitucionalidade de sua atuação. E tal limitação, passa, necessariamente, pelo conceito de bem jurídico penal.

Isso porque o Direito Penal, inspirado na filosofia iluminista, formado originalmente na segunda metade do século XVIII e XIX, teve a sua construção histórica voltada para a tutela dos direitos subjetivos contra as intervenções estatais arbitrárias que caracterizavam o *Ancien Regime*, o que desenvolveu um conjunto de ideias limitadoras, criando um arcabouço universal histórico e estruturado em valores até os dias atuais considerados essenciais ao ser humano como dignidade, liberdade e justiça.¹⁴ Tal pensamento pode ser traduzido no racionalismo e na doutrina jurídico-política do individualismo liberal, contendo como teses principais a função exclusivamente protetiva do Direito Penal e os princípios da intervenção mínima e da necessidade.¹⁵

Portanto, é possível afirmar que as raízes filosóficas e jusfilosóficas do Direito Penal situam-se nesse momento histórico da humanidade, sendo que as correntes filosóficas posteriores como o neo-hegelianismo e o neokantismo apenas ampliaram a fonte original, que está no Iluminismo.¹⁶

Em um 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 cumprir o papel de proteção aos bens jurídicos e, ao mesmo tempo, servir de garantia para a liberdade do cidadão contra a intervenção estatal.¹⁷

Para aquela época de atuação e os problemas que pretendia enfrentar, a ciência penal estruturou-se sobre pilares interessantes de funcionamento, que resolviam, ao menos juridicamente, o autoritarismo do Estado.

¹³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 34.

¹⁴ 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.

¹⁵ PISA, Adriana. Direito Penal x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. *Revista de Direito Ambiental*, v. 54, p. 9, abr. 2009.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal*. Fundamentos, estruturas, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 34-35.

¹⁷ 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.

Hassemer aponta que vem à baila, então, o problema da legitimação do Direito Penal positivo, salientando, é claro, que a filosofia iluminista comporta diferentes concepções em seus pormenores, mas que as mudanças posteriores somente delinearão os espaços, atribuindo crucial importância as Filosofias Iluministas:

Após o fim das certezas jusnaturalistas, (a filosofia política do iluminismo) conferiu novas bases de legitimação do Direito e, ao Direito Penal, não apenas destinou uma nova tarefa como também, ao mesmo tempo e pela primeira vez, apontou sistematicamente os perigos que ele apresenta para a liberdade dos cidadãos. O fortalecimento das fronteiras da recíproca renúncia à liberdade, conforme a fundamentação do contrato social, passou a ser tarefa do Direito Penal. Cabe, pois, a este Direito Penal ser o guardião das fronteiras da renúncia à liberdade absoluta pactuada no contrato social. Naquela época, uma pergunta teimava em se apresentar: como legitimar qualquer Direito (penal) positivo sem o padrão de um Direito suprapositivo? Essa pergunta trouxe ao debate os próprios destinatários do Direito (não reais, mas como interlocutores ideias), por ele potencialmente atingidos em seus interesses: a justificação de uma ordem jurídica não poderia mais vir “de cima”, ela precisava vir “de baixo”.¹⁸

Em que pese o inegável avanço proporcionado pelo Iluminismo, que, por exemplo, abandonou a ideia do sistema carcerário antigo, que vislumbrava nas prisões um local apenas para prender o homem e não para puni-lo, oportuno observar que a mudança de concepção coincide em cheio com os anseios da burguesia, que ainda não havia galgado o poder político e necessitava de garantias legais para a sua própria segurança.¹⁹

Assim sendo, para que uma conduta seja considerada típica no âmbito penal ela deve afetar um bem jurídico,²⁰ pois mesmo que o delito seja algo mais que a lesão a um bem jurídico, essa lesão é indispensável para configurar a tipicidade, sendo esta a causa de desempenhar um papel fundamental na teoria do tipo.²¹

¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, estruturas, política*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 35.

¹⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 94-110.

²⁰ O conceito de bem jurídico é altamente variável na doutrina. Nesse sentido, analisando os conceitos históricos do bem jurídico, bem como as suas vertentes, ver TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181-186. Entretanto, para fins desse artigo, adotamos a seguinte conceituação “bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito”. PRADO, LUIZ REGIS. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 259-260.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 465.

E essa visão de estar a legitimidade do Direito Penal vinculada ao conceito de bem jurídico encontra vozes correntes na doutrina, que a consideram um critério seguro de verificação da legitimidade do direito positivo repressivo.

Silva Sanches refere, por exemplo, que o Direito Penal é “um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”, sendo que eventual ampliação deve obedecer “ao menos em parte [...] a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes”.²²

Roxin, por sua vez, na busca por deixar claro o que se entende por bem jurídico e de onde resulta a restrição do Direito Penal à proteção de ditos bens, sustenta que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal”.²³

Desta forma, sendo uma das funções do Direito Penal a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, uma vez que, desde a concepção ideológica do contrato social, houve a transferência para os legisladores da intervenção jurídico-penal, se não puderem ser garantidas com outras medidas que afetem em menor escala a liberdade de todos, é legítima a intervenção penal-estatal que equilibradamente garanta a proteção necessária estatal como também a liberdade individual possível.²⁴

O autor, então, partindo do modelo teórico do Estado democrático de Direito, aponta que são objetivos das normas jurídico-penais assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade pacífica e livre, sob o manto dos direitos humanos, cabendo ao Estado, além de propiciar essa garantia por meio de instrumentos jurídico-penais, também construir e manter instituições estatais adequadas para perseguir esses objetivos, quando não se possa alcançá-los por meios diferentes.²⁵

A partir destas premissas, complementa o seu raciocínio, encontrando o conceito de bem jurídico:

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se

²² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

²³ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

²⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

²⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17-18.

eles fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo – mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material: a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição de coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religião, também são bens jurídicos.²⁶²⁷

Por outro lado, Hassemer critica a perspectiva de que a função do Direito Penal visa à proteção de bens jurídicos, pois considera inalcançável o objetivo de

²⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

²⁷ Cabe salientar que Claus Roxin parte da premissa que o bem jurídico traça limites ao Legislador, concluindo que este não possui a discricionariedade para legislar como quer, sintetiza, a partir daí, as restrições que julga as mais importantes na formulação das normas incriminadoras. Assim sendo, começa por aquelas que estão motivadas, unicamente, por motivos ideológicos ou que atem contra os Direitos Fundamentais e humanos. Em segundo lugar, sustenta que a “simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico”, uma vez que é preciso analisar se a regulação diminui a coexistência livre e pacífica dos homens, para, em seguida, complementar que os atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal, uma vez que, se eles não diminuem a segurança e liberdade de alguém, não há lesão de bem jurídico. Além disso, analisando a legislação alemã, aponta que o atentado contra a própria dignidade humana não caracteriza uma lesão ao bem jurídico, bem como a proteção de sentimentos “somente pode ter-se como proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça”, uma vez que ao Estado cabe assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre do medo, não sendo função do Direito Penal se essa proteção de sentimento ultrapassar o exposto, pois o “homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência”. Condenando a previsão da legislação alemã que prevê a punição na participação no suicídio, Roxin sustenta que a autolesão consciente não legitima a sanção punitiva, “pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo”. Por outro lado, as chamadas leis simbólicas, ou seja, aquelas que não buscam a proteção do bem jurídico, tampouco são necessárias para a vida em sociedade também não podem servir de parâmetro para a regulação legítima de comportamentos na área criminal, além da reprovação penal a tabus, pelo mesmo motivo de não serem bens jurídicos, como é o caso do incesto, além dos “objetos de proteção de uma abstração incompreensível”, por também não serem bens jurídicos na concepção do conceito, deixam de ser formas idôneas de normas incriminadoras, visto que a primeira visa a má formulação da prole, motivo essencial para evitar-se a relação sexual entre irmão e irmã de comum acordo não é motivo suficiente para a criminalização, seja porque quase nunca essas relações resultam em filhos, seja porque os filhos sofrem mal-formações em casos raros, seja porque ao Estado não é dado o direito de evitar danos hereditários, pelo respeito à esfera privada humana. Quanto ao segundo caso, a redação defeituosa impede o reconhecimento de bens jurídicos na abstração, como é o caso de perturbações à paz pública, cuja descrição insuficiente necessariamente será completada por um juízo de valor fundado empiricamente, afastando-se do bem jurídico concreto. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20-24; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 2003. p. 52-57.

saber em que consiste uma “real” proteção de bens jurídicos, já que para tanto deveria se definir, com a maior precisão possível, o que seja um bem jurídico, e esse conceito não há, uma vez que, desde o início, quase nada pode avançar contra o interesse político-criminal, em suas tentativas de ampliar a criminalização, bem como o interesse acadêmico que emprega o conceito de bem jurídico muito menos em tom crítico, e muito mais em tom sistematizador.²⁸

Porém, independentemente da crítica última acima exposta, o meio ambiente é um bem jurídico a ser protegido, e, sem sombra de dúvidas, é sobre ele que recaem as inúmeras preocupações da humanidade em uma sociedade de risco, sendo uma discussão premente na Alemanha desde os anos setenta, no sentido de questionar se a contribuição do Direito Penal para a tutela do ambiente é positiva ou contraproducente.²⁹

Entretantes, no foco principal do presente estudo, a questão alcança uma maior complexidade se considerarmos que nos chamados delitos acumulativos, cumulativos ou por acumulação, o que ocorre é a criminalização de condutas aparentemente insignificantes, mas que seriam reguladas pelo Direito Penal em virtude da potencialidade de acumulação e, conseqüentemente, causando perigo de dano ao meio ambiente.

Em outras palavras:

Havendo a dificuldade de quantificação lesiva para o bem supraindividual meio ambiente, surge, com Lothar Kühlen, a figura da acumulação como forma de justificar e legitimar a incriminação das condutas cumulativas, a partir da ideia de que as mesmas podem ser praticadas por um grande número de pessoas, o que faria com que o bem fosse exposto a um sério perigo de lesão, chegando-se até mesmo à possibilidade de verificação futura de uma efetiva lesão àquele.³⁰

Efetivamente, a fundamentação teórica originária dos delitos acumulativos deveu-se a Lothar Kuhlén,³¹ propondo uma nova categoria de crimes de perigo abstrato no sentido de dispensar a necessidade de uma periculosidade geral lesar o bem jurídico tutelado, pois esta categoria de crime caracteriza-se justamente pela ausência de qualquer possibilidade da conduta em atingir o bem jurídico.³²

²⁸ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal*. Fundamentos, estruturas, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 224-225.

²⁹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 28, abr. 1998.

³⁰ 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.

³¹ KUHLEN, Lothar. *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 386.

³² D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 387.

A lógica acima proposta é característica de uma sociedade de risco, em que a responsabilidade individual é ampliada para “abarcando eventos aos quais o agente não contribui de maneira relevante para a eclosão”.³³ Por outro lado, é justamente nessa irrelevância que se encaixa a cumulatividade, pois se a conduta fosse praticada por todos, ou em grande número, causaria uma lesão ou poria em perigo o objeto de tutela da norma.³⁴

Dias lembra que a ideia de acumulação possibilita que as ações individuais, que por si só são destituídas de ofensa ao bem jurídico, tampouco a danosidade é percebida publicamente, venham a ser imputadas criminalmente, pois “provável a sua prática futura por um grande número, segundo o ponto de vista de um observador munido da melhor informação empírica, (e) poderão adquirir poder destrutivo”.³⁵

Oliveira aponta que o desenvolvimento da teoria de Kuhlen nasce de um caso concreto,³⁶ que refletiu a ação de pequenas propriedades suinocultoras, que lançavam dejetos em quantidade um pouco acima do permitido pelas regras administrativas, sendo que:³⁷

Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficientes, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água. Em vista deste problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda a sociedade. O delito que fundamentaria a punição seria o de poluição das águas.

Dessa forma, o nascimento dos delitos cumulativos somente encontra fundamento, tal como a ideia (renovada) dos crimes de perigo abstrato, pela existência de uma sociedade de risco,³⁸ pois:

A crescente complexidade dos processos técnicos, a respeito dos quais, não raro, ignora-se possíveis efeitos ou transtornos, exige uma constante precaução em termos de segurança. De fato, o progresso tecnológico

³³ 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.

³⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 387-388.

³⁵ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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, jul./set., p. 313, 2003.

³⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 14, p. 28, set./dez. 2013.

³⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 14, p. 28, set./dez. 2013.

³⁸ REIS, Marco Antonio Santos. *Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato*. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewfile/1361/1149>> Acesso em: 17 fev. 2014.

e todas as suas idiossincrasias, para bem ou para mal, são um fato. A revolução tecnológica em si, porém, não dará a resposta para estas indagações, mas tão-só a formulação de novas bases de comportamento ético individual-coletivo.³⁹

Com efeito, é fundamental observar, como o faz Dias, que o conceito de acumulação pela doutrina jurídico-penal é observado a partir de três características fundamentais. A primeira delas é que se trata de um conceito dogmático que deve ser utilizado para a interpretação de alguns tipos penais, aproximando-se da adequação social, e não numa espécie própria de tipos incriminadores.⁴⁰ A segunda característica marcante dos delitos por acumulação é que se referem, exclusivamente, aos bens jurídicos coletivos, que podem ser traduzidos por aqueles que, de maneira conceitual, fática ou jurídica, é impossível dividi-lo em partes e atribuir essas partes aos indivíduos.⁴¹ E, por fim, como aponta Dias, a relevância jurídico-penal da acumulação deve, segundo os seus defensores, estar condicionada a duas situações determinantes:

O efeito cumulativo tem de ser sujeito pelo legislador a uma prognose realista, significando isto que o legislador tem de avaliar, baseando-se em dados das ciências empíricas, usando portanto de uma discricionariedade vinculada a conhecimentos científicos disponíveis, se é razoável esperar (se é provável) que sem a proibição reforçada com pena, certas ações serão praticadas realmente em tão grande número que ocorrerá uma lesão grave e global do bem jurídico... Por outro lado, os contributos individuais não estão subtraídos à alçada delimitadora do princípio da insignificância, carecendo de significado jurídico-penal todos aqueles que forem qualificados como simples bagatelas.⁴²

Importante frisar, ainda, que a fundamentação teórica dos delitos acumulativos provém de duas teorias, diferentes entre si, que se completam em seus fundamentos. A primeira, de uma teoria da sociedade, calcada nos novos grandes riscos que estamos submetidos, pois acentua o dano cumulativo como espécie de dano coletivo cujo resultado se alcança pela soma de um elevado número de pequenas lesões ao mesmo bem coletivo. A segunda, de uma filosofia moral, em que o indivíduo viola o dever de solidariedade que deve existir na vida em so-

³⁹ REIS, Marco Antonio Santos. *Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewfile/1361/1149>> Acesso em: 17 fev. 2014.

⁴⁰ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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.

⁴¹ ALEXY, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, apud DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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.

⁴² DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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. 308-309, jul./set. 2003.

cidade, realizando a sua contribuição singular para o efeito cumulativo,⁴³ ou, em outras palavras, justificaria os delitos cumulativos o dever de cooperação social entre os membros da sociedade, pois, além da obrigação de não lesionar os bens jurídicos alheios, os indivíduos devem cooperar para que cada um possa desfrutar do que lhe é devido.⁴⁴

Assim, nasce, para a análise, a figura do *free-rider* ou *free-loader*, oriunda da teoria econômica e filosofia moral. É o exemplo do viajante sem o bilhete, que se vale da responsabilidade e conduta dos demais, que pagam devidamente o serviço, para auferir vantagem egoística e indevida, desprezando qualquer sentimento de solidariedade, sendo que “seu agir demonstra inequívoco desvalor moral, desconsiderando as estruturas normativas do reconhecimento recíproco”.⁴⁵

Desta forma, ainda segundo o pensamento de Kuhlen, citado por Oliveira.⁴⁶

É necessária a imposição de penas a delitos que são de pouca lesividade, mas repetidos por um grande número de pessoas, pois a maioria não se dá por um dano espetacular, mas sim pela reiteração de pequenas contribuições. O recurso ao Direito Penal seria importante, especialmente em vista da possibilidade de que os custos de multas e sanções administrativas sejam incorporados aos orçamentos das empresas e repassados aos clientes, esvaziando o potencial repressivo do Direito administrativo sancionador.

Feinberg e Wohlers, citados por Dias, lembram que a não-punição fará com que o infrator obtenha um ganho “enquanto (que) os cumpridores das normas, não obstante a sua supremacia moral, sofrem uma perda”.⁴⁷ Isso significa para os autores, em outras palavras, que há uma inversão nos valores, pois a desonestidade é compensada, passando a ideia de que infringir regulações sociais compensa, o que viola o princípio de que todos têm direitos iguais e que “a legitimidade da sanção penal respectiva reside precisamente no restabelecimento da igualdade jurídica perturbada”.⁴⁸

⁴³ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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. 310-311, jul./set. 2003.

⁴⁴ WOHLER, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons: Madrid, 2006. p. 300.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 14, p. 30, set./dez. 2013.

⁴⁷ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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.

⁴⁸ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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.

Em outras palavras, “o *free rider* alcança uma vantagem injusta à custa das pessoas que cumprem, criando desse modo uma situação de desigualdade social”, que, dada a consagração do princípio da igualdade, no momento que passa a ser uma desigualdade jurídica, mereceria a sanção penal como resposta, justamente para a sua eliminação simbólica.⁴⁹

Embora reconheça a possibilidade jurídica dos delitos por acumulação, D’Ávila resume bem as (outras) diversas críticas dogmáticas que surgem com o conceito de delitos acumulativos, traçando quatro pilares fundamentais.⁵⁰ O primeiro deles que a questão dos delitos acumulativos violaria o princípio da culpa, que é o limite da responsabilidade penal, afinal *nullum crimen sine culpa*,⁵¹ sendo inviável, para fins de Direito Penal, atribuir uma sanção ao agente por um comportamento inofensivo apenas pela eventual cumulação, que envolve a participação de terceiros.⁵² Segundo, a inadequação do controle de grandes riscos por meio do monitoramento de condutas individuais. Em terceiro lugar, na leitura de que as condutas cumulativas não ofendem a um bem jurídico e que, portanto, ofenderia o princípio da proporcionalidade. E por último, como exposto acima, que se trata, em verdade, da ampliação do Direito Penal para acolher as hipóteses de conduta de bagatela.⁵³

O ponto é altamente controvertido na doutrina, pois há várias críticas sobre a possibilidade de visualização de delitos cumulativos, e, portanto, a utilização do Direito Penal para tutelar essas condutas, em casos como o do *free rider*, por exemplo, em que a conduta é imoral, mas não intensamente relevante para caracterizar um ilícito penal, especialmente pelo perigo que representa a instrumentalização do Direito Penal para a punição de condutas meramente imorais.⁵⁴

Lima sustenta a necessidade de uma conjugação de fatores para ser possível pensar na figura penal do *free rider*, *verbis*:

Oportuno é referir que a mencionada figura cruza-se, mas não coincide na sua totalidade com a da acumulação. A ausência de dano na conduta do *free rider* é devida ao fato de que a maioria refreia o seu interesse egoísta. Daí que o problema chega surge contexto cumulativo apenas quando reunidas duas

⁴⁹ DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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..

⁵⁰ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 390.

⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1994. p. 86.

⁵² 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.

⁵³ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 390.

⁵⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 14, p. 33, set./dez. 2013.

condições essenciais: a comprovação de que a conduta do agente é tida como prática egoísta ou obtenção de um benefício injusto à custa da cooperação; a conclusão de que tal comportamento é cometido em número suficiente para que a sua continuidade constitua uma ameaça para o bem coletivo. Ademais, a lógica do grande número pode ser explicada, em determinadas situações, pelo hábito e não sob a perspectiva do parasita. Mesmo que considerado o *free rider*, a incriminação reside, em última análise, na possibilidade de repetição e multiplicação de comportamentos dessa natureza.⁵⁵

Além disso, segundo Reis, corre-se o risco de criminalização da bagatela, ou a transformação do injusto individual em coletivo, já que necessariamente haverá condutas de terceiros contribuindo para o fato típico, bem como a eventual utilidade do Direito Penal para promover o processo de reeducação e conscientização da sociedade.⁵⁶

3 Alternativas jurídicas não-penais para a regulamentação das condutas por acumulação

Diante do debate brevemente exposto acima, surge um campo aberto para a discussão que os chamados “delitos” por acumulação estariam melhor abarcados se previstos no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, em substituição ao Direito Penal, mas com a mesma finalidade, ou seja, a proteção ao meio ambiente – que é um papel indispensável ao Estado – de uma forma constitucionalmente legítima e, ao mesmo tempo, eficaz.

Esse instituto aparece primeiramente na Europa como um ramo apartado do Direito Civil, em um conjunto de regras que estabelecem as diretrizes do relacionamento com a Administração Pública, com o objetivo de racionalizar o poder político,⁵⁷ cujo impulso está ligado às grandes revoluções do século XVIII.⁵⁸

⁵⁵ LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 63, p. 57-58, maio/set. 2009.

⁵⁶ REIS, Marco Antonio Santos. *Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato*. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewfile/1361/1149>> Acesso em: 17 fev. 2014.

⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

⁵⁸ “A verdade é que, ao longo do tempo, principalmente no curso do século XIX, foi surgindo um regime jurídico especial para as Administrações Públicas. De um lado, as necessidades de gestão de interesses gerais faziam surgir aparentes privilégios à Administração, poderes públicos específicos que eram ignorados no campo de outros ramos jurídicos, dentre os quais se destacava o poder sancionador ou o poder de execução de seus próprios atos. De outro lado, diante da desconfiança ante o extraordinário desenvolvimento e aumento dos poderes da Administração Pública, foi surgindo uma série de sujeições e limites às suas atividades. Assim, foram a jurisprudência e a legislação, amparadas na doutrina, criando esse conjunto de regras especiais às quais deveriam submeter-se as ações administrativas. Esse sistema de normas e princípios acabou tornando-se o hoje conhecido Direito Administrativo dos modelos de influência *civil law*”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

Se aplicado à proteção do meio ambiente, sem as dificuldades (in)transponíveis do Direito Penal, talvez pudesse se constituir em uma forma de defesa mais eficaz da saúde ambiental em termos dos “delitos” por acumulação, já que se passaria ao largo dos problemas levantados pela dogmática penal para criminalizar as condutas.

Além disso, a “criminalização” nem sempre alcança os efeitos projetados em virtude da falência do sistema carcerário, aliada a um sistema de garantia (necessário), que prolonga, em muito, a resposta estatal, evitando que se trabalhe com políticas de prevenção, e sim aposte-se as maiores fichas na repressão, cujo efeito, depois do dano já consumado na esfera ambiental, terá, em termos práticos, pouca valia.

É por isso, entre outras causas, que Hassemer denomina de Direito Penal simbólico a tentativa de garantir o meio ambiente através do Direito Penal, já que “por um lado não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos; por outro lado, obedece a propósitos de pura jactância da classe política”, já que acalma a opinião pública e desobrigam os poderes públicos de perseguir uma política eficaz de prevenção e proteção efetiva, bem como pela percepção de que os verdadeiros poluidores do meio ambiente nunca serão castigados.⁵⁹

Desta forma, Hassemer observa que os novos problemas que se pretende abarcar pelo Direito Penal estariam melhores protegidos se tutelados por outras áreas do direito, tais como o direito administrativo, o direito civil e o direito público, devendo ser afastados do Direito Penal, sugerindo regular as novas questões da sociedade “moderna” por um direito de intervenção, situado entre o Direito Penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre o direito civil e o direito público, justamente para dispor de normas materiais e processuais menos exigentes, bem como penalizações mais brandas que o Direito Penal.⁶⁰

4 Considerações finais

A incerteza trazida pela sociedade de risco deve, necessariamente, obrigar ao Direito, especialmente o penal, rever as suas (antigas) convicções para atender às realidades atuais. Entre elas, a proteção do meio ambiente não pode mais restar limitada somente por opção dogmática a conceitos, regras e práticas que se mostram inadequadas para a sua proteção.

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 33-34, abr. 1998.

⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 18, p. 156, fev./mar. 2003.

Ademais, o fenômeno da globalização (que não é novo, é verdade) agora se encontra caminhando em conjunto com os também – e sempre existentes – riscos civilizatórios, numa combinação de percurso que potencializa as ameaças globais, porque, doravante, determinadas condutas humanas (e o trato da questão nuclear é uma delas) têm a capacidade de atingir o planeta inteiro. Nada mais será isolado ou reduzido a um único espaço, pois a globalização, como 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 de uma humanidade – que não para de aumentar, populacionalmente falando, e de se desenvolver, tecnologicamente analisando e - 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 consumir mais progresso e avanços nas diversas áreas, o que requer reforço da exploração ambiental.

Entretanto, é inadequado renunciar a todas as conquistas históricas do desenvolvimento do Direito Penal, em nome de uma possível e efetiva proteção (simbólica) ambiental, quando outros ramos do Direito, especialmente o administrativo, podem desempenhar, com a prontidão que a matéria merece, uma melhor solução.

No caso específico dos delitos cumulativos, realmente alguns obstáculos para se criminalizar as condutas parecem insuperáveis. Entretanto, o desenvolvimento de uma nova conceituação do que seja os crimes de perigo vem resolvendo, para parte da doutrina, boa parte das impossibilidades levantadas para a aplicação do Direito Penal.

Ocorre que, de outra banda, o direito administrativo sancionador também se apresenta como potencialmente apto para regular a matéria, e, quiçá, com uma efetividade maior do que o Direito Penal, já que, naturalmente, não possui as amarras e limitações necessárias daquele, podendo produzir um resultado mais eficaz para evitar as pequenas condutas lesivas ao meio ambiente, se aplicada a lógica do grande número.

Por outro lado, se a matéria ambiental adquiriu status de prioridade sendo o desenvolvimento sustentável um valor constitucional supremo, por que deixar de lado a mão mais forte do Estado, que sempre esteve calcada na ameaça realizada pelo Direito Penal?

No que diz respeito à proposição de Kuhlen – qual seja, a penalização das pequenas condutas individuais e nocivas ao meio ambiente desprovidas de ofensividade se legitimaria pela possibilidade da prática por um grande número de pessoas, repercutida pela clássica expressão e se todos assim fizessem, tratando-se de uma hipótese de perigo abstrato sem a necessidade de se 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 é inapropriado, e outras áreas jurídicas atuam, com mais legitimidade e eficácia, na regulamentação de tais comportamentos.

Metodologicamente, não há como sustentar coerentemente que exista limitação constitucional para a produção de leis pelo Legislador, que somente pode elaborar tipos penais que protejam bens jurídicos e, ao mesmo tempo, deixe de exigir, ao aplicar/interpretar os tipos criados à existência de ofensividade aos mesmos bens. Para esses casos (que, sem dúvida, devem ser evitados) calha a aplicação do direito administrativo sancionador ou a regulação por normas incentivadoras de boas práticas. 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 mantêm-se longe da esfera punitiva aquelas condutas que não preenchem os requisitos necessários para serem enquadradas como delitos, prestigiando as conquistas em relação aos direitos e às garantias fundamentais e constitucionais.

E, para tanto, a alternativa que se apresenta é a antecipação da tutela prevista na retomada da noção dos crimes de perigo – especialmente, na área de proteção ambiental - apostando-se em um direito preventivo. De que adianta – em termos ambientais, logicamente – penalizar os responsáveis pela poluição de um rio, se as águas já estão poluídas? Qual é o retorno para a natureza de se punir as fábricas que lançam produtos proibidos ao ar, se a camada de ozônio já parece com um queijo suíço? Para clarificar, 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 preciso 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. Para tanto, fundamental uma reconceituação do que sejam os crimes de perigo – especialmente os abstratos – cuja conduta deve ser apreciada dentro do contexto fático na qual é produzida.

Essa é a questão, cuja simplicidade (qual direito aplicar) esconde justamente a sua complexidade, pois se há um campo que o direito não pode se dar o luxo de errar é justamente na área ambiental, pois as consequências são irreversíveis.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização*. Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- . *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013.
- CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do 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.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- . *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- DIAS, Augusto Silva. What if everybody 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, jul./set. 2003.
- 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.
- GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 36, jan. 2010.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 28, abr. 1998.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 18, fev./mar., 2003.
- . *Direito Penal*. Fundamentos, estruturas, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles e outros. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- LIMA, Vinicius de Melo. O princípio da culpa e os delitos cumulativos. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 63, maio/set. 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Itinerário do Direito Ambiental Brasileiro: prevenção, controle e reparação. In: *Direito Ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PISA, Adriana. Direito Penal x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. *Revista de Direito Ambiental*, v. 54, abr, 2009.

PRADO, LUIZ REGIS. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REIS, Marco Antonio Santos. *Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato*. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewfile/1361/1149>> Acesso em : 17 fev. 2014.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madri: Civitas, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOHLER, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los critérios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons: Madri, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.