



**O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações
Futuras: Contributo ao Debate sobre o Delito
Cumulativo**

Orientação: **Professor Doutor José Francisco de Faria Costa**

Doutorando: **Guilherme Costa Câmara**

Dissertação de Doutoramento em
Ciências Jurídico-Criminais na
Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra

*Ao Senhor Professor
Doutor José de Faria Costa*

*Ao valoroso Ministério
Público brasileiro*

PALAVRAS PRÉVIAS

Ao meu orientador de tese, Professor Doutor José Francisco de Faria Costa quero tornar manifesto o meu genuíno agradecimento pelo incentivo, comprometimento, acessibilidade, fecundas sugestões e – não menos relevante ao êxito de qualquer orientação acadêmica – notável arte em constelar horizontes e descortinar novas mundivisões.

Também externo a minha gratidão ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, assim como ao Professor Doutor Antônio dos Santos Justo, ambos incentivadores de primeira hora de minha jornada acadêmica coimbrã.

Devo um agradecimento deveras especial à valorosa e combativa instituição do Ministério Público do Estado da Paraíba, fazendo-o nas pessoas dos integrantes do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, que autorizaram, à *unanimidade*, o meu afastamento temporário das funções de agente ministerial – deliberação esta que refletiu nitidamente a alçapremada importância outorgada ao dispositivo constitucional que estabelece a necessidade de aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público, e que tornou possível a presente Tese de Doutorado: Senhores Doutores Oswaldo Trigueiro do Valle Filho (Procurador-Geral de Justiça), José Marcos Navarro Serrano, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macedo, Sônia Maria Guedes Alcoforado, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Josélia Alves de Freitas, Alcides Orlando de Moura Jansen, Antônio de Pádua Torres, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Paulo Barbosa de Almeida, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Otanilza Nunes de Lucena, Francisco Sagres Macedo Vieira e Marilene de Lima Campos de Carvalho.

De igual modo agradeço ao UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa, designadamente pela concessão de bolsa de estudo e total confiança na investigação desenvolvida, agradecimento que presto nas pessoas do Magnífico Reitor, Professor Doutor José Loureiro Lopes e do Vice-Reitor e Coordenador do Curso de Direito, Professor Doutor Oswaldo Trigueiro do Valle.

Também devo um especial agradecimento ao Secretário-Chefe da Reitoria, o sempre obsequioso Professor Paulo Andriola.

Não poderia deixar de registrar a minha gratidão a todos os dedicados funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fazendo-o em nome tanto da zelosa Coordenadora dos Mestrados e Doutoramentos dessa Faculdade, Doutora Conceição Abreu, como da prestimosa Senhora Ana Paula Figueiredo (corresponsável por importantes Serviços Acadêmicos prestados pela Faculdade). Agradeço, outrossim, na pessoa do Professor Doutor Kai Ambos, a obsequiosidade e a atenção de todos os responsáveis pelo dinâmico pulsar do magnífico acervo de obras jurídico-penais que fazem da *Bibliothek für Strafrecht* – núcleo que integra o conjunto de Bibliotecas da *Georg-August Universitätsbibliothek* (Göttingen, Baixa Saxônia) – uma inesgotável fonte de pesquisas.

Agradeço, de igual modo, a solicitude e o apoio dos colegas Doutores Felipe Negreiros, Alexandra Vilela e Márcia Mieko Morikawa, bem como da Mestra Lara Sanábria.

Uma palavra derradeira, mas não menos importante, vai encaminhada à Marlene Câmara, Nina Pfeffer e Mayra Lavoí, bem como aos meus amados filhos – *Kim, Carol, Kevin, Kathrin e Kerstin* – (que sempre demonstraram inesgotável compreensão pelas horas de convívio que lhes foram subtraídas): *norte e sentido da estrada ainda por trilhar.*

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

ADA	– Anuário de Direito do Ambiente
ADPCP	– Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ARSP	– Archiv für Rechts- und sozialphilosophie
AT	– Allgemeiner Teil
Bd.	– Band
BCrimLR	– Buffalo Criminal Law Review
BFD	– Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)
Bol. IBCCRIM	– Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
BT	– Besonderer Teil
BverGE	– Bundesverfassungsgericht
Cap.	– Capítulo
CP	– Código Penal
CPBr .	– Código Penal Brasileiro
CPEs.	– Código Penal Espanhol
CRB	– Constituição da República Brasileira
CRP	– Constituição da República Portuguesa
Dir. pen. econ.	– Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia
Djus	– Direito e Justiça
DocPen	– Doctrina Penal (Buenos Aires)
Ed(s).	– Editores
EPC	– Estudios Penales y Criminologicos
FDUC	– Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Fest.	– Festschrift
GA	– Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	– Grundgesetz (Lei Fundamental da República Alemã)
Hrsg.	– Herausgeber
Indice pen.	– L'indice Penale
JA	– Juristische Arbeitsblätter
JR	– Juristische Rundschau
JuS	– Juristische Schulung
JZ	– Juristenzeitung

KritV – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft
MSchrK – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJ – Neue Justiz
NJW – Neue Juristische Wochenschrift
NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ – Österreichische Juristen-Zeitung
RBCCr – Revista Brasileira de Ciências Criminais
RDE – Revista de Direito e Economia
RDPC – Revue de Droit Pénal et de Criminologie
RIDirP – Rivista Italiana di Diritto Penale
RIDirPP – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RdirPC – Revista de Derecho penal y Criminología
RFil – Rivista di Filosofia
RFilC – Revista Filosófica de Coimbra
RIDP – Revue International de Droit Penal
RJUA – Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP – Revista do Ministério Público (Portugal)
ROA – Revistas da Ordem dos Advogados
RP – Revista Penal (Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha)
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RT – Revista dos Tribunais
s/d – sem data
s/a – sem ano
STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)
StGB – Strafgesetzbuch
StPO – Strafprozessordnung
T. – Tomo
TRF – Tribunal Regional Federal
UPR – Umwelt und Planungsrecht
WiVerw – Wirtschaft und Verwaltung
ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

RESUMO

O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate sobre o Delito Cumulativo

Orientação: Professor Doutor José Francisco de Faria Costa

Doutorando: Guilherme Costa Câmara

A Dissertação ora sinteticamente resumida discute e analisa criticamente o papel do direito penal moderno na “proteção do futuro”, a realizar-se, segundo sustentamos no presente trabalho, mediante a tutela das componentes biofísicas da natureza, proteção que tem como um de seus eixos axiológicos fundantes o dever de salvaguardar as *gerações futuras*. Já em um plano propriamente dogmático a investigação busca aprofundar o debate acerca da figura ainda pouco conhecida do “delito cumulativo”, designadamente com o propósito de testar até que ponto ela poderá mostrar-se operatória para a realização daquela proteção.

Deve dizer-se que uma preocupação mais acirrada com o problema das gerações futuras fica claramente a dever-se às refrações dos “novos perigos” sobre a nossa disciplina. Nesse contexto é possível capturarmos uma característica saliente do direito penal moderno: *uma notável antecipação da intervenção da maquinaria penal para um momento prévio à lesão*. Tal movimento nas placas tectônicas da normatividade penal é reflexo de uma racionalidade que não apenas transforma perigos em riscos, como apresenta-se já como uma nítida inerência de uma sociedade em que tanto a definição como a delimitação dos riscos converteram-se em um dos aspectos matriciais do conflito social.

No trabalho ora em desimplicação advogamos que o dano-violação deve permanecer, pese a forte e crescente presença de delitos de perigo abstrato, como o eixo matricial da ideia de ofensividade, designadamente com vistas à tutela das componentes do ambiente natural. E, cumpre agora anunciar, característica saliente do direito penal ambiental como ramo emergente do direito penal moderno é, mormente tendo em mira o aumento da importância

da *ação coletiva* no âmbito da sociedade de risco, a emergência do *delito cumulativo*.

Imperioso é, portanto, sondar a lesividade *sui generis* do contributo singular, algo que nos reclama o perfilamento de uma hermenêutica capaz de o reaproximar do agir humano propenso à massiva multiplicação. Donde, entra na composição do cânone interpretativo que a Dissertação assume como indispensável a uma clara compreensão da realidade actual, o perceber-se que consequências danosas de grande magnitude podem emergir já de danos-contributo reiterativos, isto é, provir de singulares aportes inquinantes e fortemente tendentes à concentração territorial.

Ao direito penal moderno cumprirá, então – este um dos pontos cardeais do trabalho ora epitomado –, antecipar-se não ao dano global e remoto, mas ao dano real (de sede local, territorialmente próximo e ainda modesto). Esta a melhor forma de deter-se a descontrolada “expansão” do *princípio da ofensividade* (que tem lugar mediante o manejo desmedido da técnica do perigo abstrato) e de, quiçá, obter-se uma mais efetiva tutela penal do futuro.

Na tese propomo-nos a corrigir a categoria do delito cumulativo em ordem a torná-la não só uma noção político-criminal proveitosa como, simultaneamente, um conceito operatório em termos estritamente dogmáticos. É que o delito cumulativo em sua configuração primitiva notabiliza-se por ensejar um forte adiantamento da tutela penal do ambiente: uma técnica orientada a uma defesa ainda mais avançada do que a técnica tradicional do perigo abstrato.

Sem embargo, é nossa firme convicção que se não pode ultrapassar a barreira última do cuidado-de-perigo, nem instituir um delito de perigo presumido de acumulação. Para nós, em um delito cumulativo o fator determinante não é a absoluta inidoneidade da conduta (quando perspectivada em sua singularidade) para promover uma afetação do bem jurídico, mas sim, opostamente, a ofensividade singular e condicionada do aporte individual, sempre a depender de dois fatores medulares: a) o contributo do agente deve apresentar um peso próprio mínimo (a conduta há de ultrapassar o chamado limiar de significância); b) a ação contributiva deve intersectar o perímetro territorial de um *contexto de acumulação*.

Em lapidar síntese: à míngua de um contexto de acumulação não haverá delito cumulativo. Restará esvaziado o conteúdo de injusto penal, pois não acudirão à conduta incriminada nem o desvalor de ação, nem o desvalor de resultado.

E, para estritos fins de imputação, cabe exprimir que uma vez ultrapassado o *umbral de relevância* (com a superação do valor-limite fixado com vistas a desafiar o problema da acumulatividade da conduta), já de uma perspectiva *ex ante*, força do conteúdo de desvalor da ação contributiva, estará preenchido o primeiro nível de imputação, *i.e.*, o aporte singular será tido já como um risco relevante posto que apto, em tese, a afetar o bem jurídico. No entanto, somente com a intersecção do contributo desvalioso na esfera territorial de um contexto de acumulação é que se satisfará o segundo nível de imputação, ligado, como se sabe, ao desvalor de resultado a ser objeto de acerto judicial *ex post*: a realização do risco criado, ou seja, um dano-violação.

Sustentamos, portanto, que somente com o ingresso ou intersecção da ação em um contexto instável de acumulação adquirirá a conduta contaminante conteúdo de significado material. De ver-se, pois, que a natureza parcialmente intangível do bem jurídico em causa impõe que sua afetação fique a depender da existência de um contexto de acumulação no âmbito territorial em que praticada a conduta. Só assim revestir-se-á tanto a ação (indiferente ao bem jurídico coletivo se tomada individualmente), como o resultado (ofensa de dano-violação ao meio ambiente) de peculiar relevância jurídico-penal, vindo o ilícito a atingir alguma *ressonância ético-social*.

Abstract

Environment Criminal Law and the Protection of Future Generations:
A Contribution to the Debate on Cumulative Offense

Doctor adviser: Professor José Francisco de Faria Costa

Doctorand: Guilherme Costa Câmara

This Dissertation critically discusses and analyses the role of modern criminal law in the “protection of the future”, which – as we advocate in this work – should be under the tutelage of the biophysical components of nature. This protection takes as its main axis the duty to protect *future generations*. In a more dogmatic sphere, the investigation seeks to deepen the debate on the little known matter of “cumulative offense”, specifically with the purpose of testing how far it can be used in that protection.

One must say that a bigger concern with the problem of future generations is clearly due to the refractions of “new dangers” in our discipline. In this context, it is possible to capture an important characteristic of the modern criminal law: a noticeable anticipation of the intervention of penal machinery to a moment prior to the crime. Such movement of the tectonic plates of the penal normativity is the reflection of a rationality, which not only transforms dangers into risks, but is also presented with a clear inherence of a society where both the definition and the limits of risks have converted into one of the most important aspects of social conflict.

In this work we advocate that the legal injury-violation should be maintained, despite the strong and heavy presence of crimes of abstract danger, as the axis of the idea of offense, namely for the tutelage of the components of natural environment. The emergence of cumulative offense - it is important to say at this point - is a vital characteristic of the environmental criminal law, as a branch of the modern criminal law, always bearing in mind the increasing importance of the *collective action* on the risk society.

It is, therefore, crucial to investigate the *sui generis* injuriousness of the singular contribution, which leads us to adopt a hermeneutic capable of bringing

it back to the human action inclined to massive multiplication. Thus, as part of the interpretative canon, this Dissertation assumes as being indispensable a clear understanding of the current reality, what injurious consequences can emerge of reiterative harmful contributions, that is, originating in singular contaminating contributions that prove to be inclined towards territorial concentration.

Therefore, it is the modern criminal law's duty – and this is one of the main arguments of this work – to anticipate not the remote and global injury, but the real injury (locally, territorially near and still humble). This is the best way to stop the out of control “expansion” of the principle of *offensiveness* (which takes place due to the technique of abstract danger) and, maybe, of obtaining a more effective penal tutelage of the future.

In the thesis we propose to correct the category of cumulative offense in order to make it not only a profitable criminal-political notion, but also, simultaneously, an operative concept in purely dogmatic terms. The fact is that cumulative crime, in its primitive configuration, is notorious for enabling a strong advancement in the legal protection of environment: a technique aimed at an even more advanced defence than the *traditional* technique of the abstract danger.

Nevertheless, it is our firm conviction that one cannot go over the last frontier of careful-of-danger, nor establish an accumulation offense of presumed danger. In our opinion, in a cumulative offense, the determining factor is not the absolute inappropriateness of conduct (when seen in its singularity) to promote disturbance of the protected legal interest, but, on the contrary, the singular and conditional offensiveness of individual contribution, always depending on two crucial factors: a) the contribution of the agent should present a minimum liability (the conduct should go beyond the so called threshold of significance); b) the contributive action should intersect the territorial perimeter of an *accumulation context*.

Briefly, if there is not an accumulation context, there will not be a cumulative crime. The content of legal unfair will be empty, since there will be no reason to use the arguments of action devaluation or result devaluation.

And, purely for imputation purposes, it is important to mention that, once the *threshold of relevance* is crossed (with the overcoming of the established

limit-value, in order to defy the problem of the accumulativity of conduct), in a *ex ante perspective*, forced by the content of demerit of the contributive action, the first level of imputation will be fulfilled, *i.e.*, the singular contribution will then be seen as a relevant risk, theoretically to affect the protected legal interest. Nevertheless, only with the intersection of the singular contribution into the territorial sphere of a context of accumulation will the second level of imputation, connected, as we know, to the result valueless being subject to *ex post* judicial adjustments: the realisation of created risk, that is, a legal injury-violation.

Thus, we argue that only with the inclusion or intersection of singular action in an instable context of accumulation will the contaminating conduct acquire a material meaning. The partially intangible nature of this protected legal interest forces its disturbance to become dependent on the existence of an accumulation context in the territorial scope within which the conduct is performed. Only then will the action (indifferent to the collective protected legal interest if it is taken individually) and the result (offense of legal injury-violation towards the environment) assume specific juridical and legal relevance, forcing the illicit act to achieve an *ethical and social resonance*.

INTRODUÇÃO¹

1. Crise do Direito Penal e a relação liberdade-segurança em uma “sociedade de risco”; 2. Transição funcionalizadora *versus* retorno ao Direito penal nuclear: em busca de uma racionalidade compatibilizadora; 3. Bem jurídico dinâmico, gerações futuras e os limites do moderno Direito Penal; 4. Uma primeira aproximação do chamado “delito cumulativo”; 5. Imbricação do problema da acumulação com os bens jurídicos de dimensão coletiva; 6. Delito cumulativo e tutela do meio ambiente

“O problema com o nosso tempo é que o futuro já não é o que era”

Paul Valéry

1- Crise do direito penal e a relação liberdade-segurança em uma “sociedade de risco”

Os novos grandes perigos que sulcam a paisagem das sociedades contemporâneas prestam-se a um estridente e perdurante chamado ou apelo por (mais) direito penal ⁽²⁾. Deveras, ações de grupos terroristas de grande

⁽¹⁾ O presente trabalho guarda observância às regras gramaticais e ortográficas para o português do Brasil, bem como ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de Dezembro de 1990 (em vigor desde Janeiro de 2009). Sem embargo, as citações de fragmentos dos textos que integram o acervo bibliográfico da pesquisa encontram-se transcritas na grafia original.

⁽²⁾ Aqui perspectivado enquanto ato do poder Legislativo, pese seu horizonte de projeção não se confinar, como se sabe, ao exercício do poder político, na medida em que também se refrata como ordem de liberdade, *i.e.*, como “*ramo do saber jurídico que mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito*”. V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*, *Direito Penal Brasileiro*, 2^a. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40. Itálicos do autor. Pode também dizer-se, mediante utilização de uma imagem mitológica,

impacto, manipulações genéticas reificadoras (orientadas a uma questionável eugenia positiva, aptas a diluir a linha divisória entre coisas e pessoas ⁽³⁾ e a instrumentalizar as *gerações futuras*), contaminações de produtos alimentícios, organizações criminosas de atuação transnacional, bem como, e agora de modo cada vez mais sensível, dramáticas e “globalizadas” alterações climatéricas, provavelmente ativadas por *cumulativos* golpes civilizacionais produzidos pelas forças prometeicas da Ciência sobre o meio ambiente descortinam um mundo novo e desconhecido. Um mundo grávido de riscos ⁽⁴⁾ – novos grandes riscos que se somam aos riscos tradicionais –; um mundo em que um único indivíduo ⁽⁵⁾ pode provocar resultados lesivos de inaudita magnitude: riscos tecnológicos, ecológicos e genéticos insuscetíveis de limitação às coordenadas espaço⁽⁶⁾-temporais, com aptidão, talvez, para

que o direito penal possui a “face de Janus” e as suas bocas expressam tanto a linguagem da retribuição punitiva, como a linguagem da liberdade.

⁽³⁾ Segundo MARTIN REES, com suporte na obra *Remaining Eden* (Avon books, New York, 1997), de LEE SILVER “(...) poderia levar apenas algumas gerações para a humanidade cindir-se em duas espécies: se a tecnologia que permite aos pais planejar crianças geneticamente perfeitas fosse disponibilizada apenas para pessoas abastadas, haveria um progressivo afastamento entre os ‘geneticamente magnificentes’ e os simplesmente ‘naturais’”. De outro lado também alerta que mesmo mudanças não-genéticas podem ocorrer de modo repentino, “transformando o caráter mental da humanidade em menos de uma geração, à medida em que novas drogas podem ser rapidamente desenvolvidas e comercializadas”. De modo que “os fundamentos da humanidade, essencialmente inalterados ao longo dos registos históricos poderiam começar a ser transformados neste século”. V. REES, Martin, *Our Final Hour*, New York: Basic Books, 2003, p. 12.

⁽⁴⁾ Esclarecemos que os termos “perigo” e “risco” apresentam-se de modo intermutável ao longo do texto. Sem embargo, para uma nítida diferenciação conceptual, v. o ponto 4.1, do Cap. I, *infra*.

⁽⁵⁾ Novamente com REES, de modo deveras inquietador: “Estamos a ingressar numa era em que um (único) indivíduo pode, através de uma conduta realizada às ocultas, provocar milhares de mortes, ou ainda tornar uma cidade inabitável por longos anos; uma era em que uma avaria no ambiente cibernético pode causar estragos em importantes segmentos da economia global: transporte aéreo, geração de energia ou ao sistema financeiro. Na verdade, desastres poderiam ser causados por alguém que não é propriamente maligno, mas simplesmente incompetente.” V. REES, Martin, *Our Final Hour*, *ob. cit.* [n. 3], p. 61. Interpolamos.

⁽⁶⁾ Os limites espaciais e as fronteiras geofísicas em um mundo – disparado e vertiginoso – em que as distâncias apresentam-se anuladas e já não constituem qualquer obstáculo, parecem

estilhaçar os fundamentos naturais da vida e, deste modo, comprometer tanto as presentes como as futuras gerações ⁽⁷⁾.

Riscos que ao ingressarem em um dado contexto de imediato o transformam; “riscos evolucionários” que se caracterizam por serem insusceptíveis de comparabilidade: haveria “condições de se estabelecer um critério razoável de confronto entre alguma coisa, qualquer coisa, e a destruição das florestas tropicais, que provavelmente está a intensificar as atuais mudanças climáticas?”; ou “entre qualquer situação da vida e os danos

progressivamente dissipar-se do horizonte existencial do cosmopolita homem pós-moderno. Com o “fim da geografia” (como se sabe PAUL VIRILIO cunhou esta expressão em contraposição ao “fim da história”, quiçá prematuramente anunciado por Francis Fukuyama) as possibilidades de distanciamento crítico do perigo também foram pulverizadas, como revelam tanto o impressionante potencial de risco de uma contaminação nuclear ou química, como a criminalidade transnacional, sem fronteiras. Para uma compreensiva visão acerca da refração do fenômeno “globalização” sobre o “território” do direito penal, v. COSTA, José Francisco de Faria, “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, *in: RBCCr*, nr. 34 (2005), p.09 ss., onde esgrime (à p. 14) que a criminalidade globalizada (transnacional) “tem a qualidade ou característica de não ter ‘locus delicti’, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime”. Mais recentemente, do mesmo autor, v. “A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos”, *in: RLJ*, Ano 136º., n. 3944, Coimbra: Coimbra Editora, Maio-Junho de 2007, p. 258 ss.; o mesmo também em *Direito Penal e Globalização – Reflexões locais e pouco globais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 41 ss. Ressaltando que ainda se está bem longe de adquirir uma “exata definição do conceito de globalização”, no entanto ponderando que mais importante é o caracterizar-se o fenômeno como uma dinâmica ainda em franco desenvolvimento, e que “nesse sentido por globalização pode considerar-se tudo o que não é mais controlável pelo Estado nacional”, ressaltando, por outro lado, caber às normas penais em razão da sua relevância e urgência no contexto do sistema normativo, um “papel pioneiro” no processo de construção de uma legislação global, mormente por divisar a necessidade de evitar que “os bens jurídicos garantidos pelo direito nacional sejam desmantelados e contornados através da globalização”, SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung”, *GA* (2003), p. 299 ss., p. 300 e 303.

⁽⁷⁾ Ver a Parte Terceira, sobretudo o Cap. VIII, onde curamos de discutir e de problematizar um conceito de bem jurídico (meio ambiental) destinado a tutelar seletiva, pontual, fragmentária e subsidiariamente interesses intergeracionais da humanidade e, sobretudo, de aprofundar uma análise crítica acerca da legitimidade dessa específica intervenção penal.

que podem ser causados à saúde das pessoas pelo buraco na camada de ozônio?”⁽⁸⁾.

Trata-se, seguindo aqui uma semântica de contornos nitidamente sociológicos, de grandes riscos: “O contexto actual é o da maximização e máxima indeterminação do risco. Vivemos numa sociedade de riscos individuais e colectivos inseguráveis. São eles acima de tudo que minam a ideia de progresso e a linearidade e cumulatividade do tempo histórico. São eles os responsáveis pelo retorno da ideia do tempo cíclico, da decadência, da escatologia milenarista”⁽⁹⁾.

Mas, bem é de ver, o trabalho que ora se introduz não se propõe a uma abordagem sociológica do mencionado *topos*, conquanto não recusemos que o mesmo constitui um ponto de partida⁽¹⁰⁾, circunscrito à investigação da repercussão e das eventuais consequências dogmáticas e político-criminais daquele modelo macrosociológico no espaço das Ciências Penais.

D’outra banda, é curial analisarmos se podemos realmente falar em um “direito penal do risco” como constructo normativo, e também como categoria fundante de uma teoria crítico-explicativa do direito penal moderno. Deixar de constatar não se faz lícito que, no mínimo, há uma sensibilidade social acrescida quanto aos “novos riscos” – não mais confinados a um determinado local ou a um específico grupo social⁽¹¹⁾ – e uma sensação de insegurança subjetiva, senão já uma aversão ao risco⁽¹²⁾ que parece ressoar como um

⁽⁸⁾ São indagações formuladas por Wolfgang KROHN e Georg KRÜCKEN. V. “Risiko als Konstruktion und Wirklichkeit – Eine Einführung in die sozialwissenschaftliche Risikoforschung”, in: *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 21 s.

⁽⁹⁾ SOUZA SANTOS, Boaventura, *A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência*, 2ª. ed., t. I, Porto: Edições Afrontamento, Outubro de 2002, p. 34.

⁽¹⁰⁾ V. Cap. I, *infra*.

⁽¹¹⁾ Riscos que, segundo BECK, “não mais se restringem às fronteiras nacionais: riscos globais”. V. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1986, p. 17.

⁽¹²⁾ Podemos concordar com CALLIES quando teoriza sobre o binômio risco-insegurança, vindo a relacionar a aversão ao risco a uma crescente demanda por segurança por parte dos cidadãos, que passam a exigir maior proteção do Estado contra os novos riscos, tendência esta que termina por desaguar em um novo “direito fundamental à segurança” e em uma “forte

sedutor apelo à política criminal com vistas a uma mais extensiva intervenção da maquinaria do direito penal. Neste ritmo pode dizer-se, com FARIA COSTA, que as “sociedades actuais (...) aspiram: uma mais intensa regulação dos comportamentos sociais (...) e coletivamente exigem um máximo de proteção que lhes afaste todos os riscos” (13).

Tendo presente uma tal representação da realidade contemporânea há quem afirme que o papel do Estado na percepção do cidadão nas modernas sociedades pós-industriais “não é mais aquele que outrora usava caracterizar-se como o de um *Leviatã*: um Estado ameaçador (gerador de riscos) contra o qual os cidadãos precisavam se defender, mas sim o de um Estado civilizado – que deve proteger o meio social contra os riscos provocados por terceiros” (14). De um jato: quer-se um Estado provedor de segurança.

Percebe-se, pois, a existência de um ambiente fortemente propício ao estabelecimento de um puro “direito penal do risco”, mercê elaboração de um conjunto de normas fortemente orientadas para o futuro (15) (posto que frente ao potencial catastrófico do agir coletivo uma reação *a posteriori* pode revelar-se socialmente trágica), e cuja característica mais notável flagra-se precisamente no adiantamento da intervenção penal para um momento (bem) prévio à lesão, mediante tipificação de crimes de perigo cada vez mais

tensão entre duas diferenciadas concepções de Estado: Estado de direito liberal e Estado autoritário-social”. V. CALLIES, Rolf-Peter, “Strafzwecke und Strafrecht”, *NJW* (1989), Heft 21, p. 1338 ss., p. 1.338. Deveras, difícil não pôr-se de acordo com aqueles que afirmam que “medo e insegurança tornaram-se temas do Século XX”. V. Franz-Xaver KAUFMANN, em *Unsicherheit*, 1997, p. 37, citado por Cornelius PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 72.

(13) COSTA, José Francisco de Faria, *As Linhas Rectas do Direito*, Coleção: Os Espaços Curvos do Direito, t. 8., Porto: Instituto da Conferência (Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados), p. 32.

(14) HASSEMER, Winfried, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, p. 106.

(15) Crítico em relação a esse direcionamento (e ácido quanto ao programa da teoria da prevenção geral positiva), vendo na atual tendência à “ampliação da proteção penal a cada novo afloramento de perigo para a vida, saúde ou meio ambiente, a possibilidade de o direito penal oferecer soluções apenas superficiais”, CALLIES, Rolf-Peter, “*Strafzwecke und Strafrecht*”, *cit.* [n. 12], p. 1340.

abstratos ⁽¹⁶⁾ (bastante distanciados do dano-violação ao bem jurídico), mas que também apresenta pelo menos dois outros traços ou sinais bem marcantes, a saber: uma intensiva tipificação da negligência ⁽¹⁷⁾ e uma forte desocultação de bens jurídicos coletivos ⁽¹⁸⁾.

Não por acaso também intercede a questão de saber se essa panorâmica geral não estaria a indiciar um franco declínio do valor liberdade – categoria axial das democracias liberais. Bem, certo apenas é que, e é preciso deixar bem timbrado, um algo já pronunciado “contingenciamento” da liberdade não se deixa explicar, tão-somente, em função dos chamados novos grandes riscos ⁽¹⁹⁾.

É que ao lado ou paralelamente às novas formas de manifestação do risco – cujo esboço por assim dizer em *al fresco* acabámos de pintar – que decididamente concorrem para uma tensão interna profunda, senão para u’a crise do direito penal ⁽²⁰⁾, posto dele exigir uma maior eficácia para lidar com novos problemas que povoam a realidade social contemporânea (contudo, sem que a tanto seu perfil “clássico” e orientado para os riscos tradicionais esteja adaptado), temos testemunhado os ordenamentos jurídicos do nosso entorno jurídico-cultural realizarem um movimento brusco de retorno ao cárcere.

Tal movimento ou tendência, como se sabe, é consequência de políticas de (in)tolerância zero ⁽²¹⁾ que se voltam ao “combate” à *deviance* comum e até

⁽¹⁶⁾ Há de observar que em uma sociedade tecnológica como a atual o recurso aos tipos de perigo abstrato assumiu contornos tais que já se descortina, inquestionavelmente, a necessidade de uma análise mais cuidadosa acerca da influência exercida pelos novos riscos sobre o direito penal moderno.

⁽¹⁷⁾ Mencionando a importância crescente da figura da negligência num direito penal “adequado à sociedade do risco”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, t. I, 2ª. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 262.

⁽¹⁸⁾ Também voga nesse sentido, CUESTA AGUADO, Paz M., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, in: *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Luís Miguel Reyna Alfaro (Org.), Lima: ARA, 2005, p. 159 ss., p. 169.

⁽¹⁹⁾ Muito embora a expansão, sobretudo “quantitativa” da malha penal fique a dever-se, de certo modo, à essa fenomenologia.

⁽²⁰⁾ Sobre isso, em detalhe, o Cap. I, item 6, *infra*.

⁽²¹⁾ Sobre o “oximoro” da tolerância zero, pondo em destaque, com “bondade cruel”, a sua interna contradição, COSTA, José Francisco de Faria, “A Criminalidade em um Mundo globalizado: ou Plaidoyer por um Direito Penal não-securitário”, in: *Direito Penal Especial*,

de bagatelas, algo que tem vindo a encontrar, tal como a tutela penal dos “novos riscos”, ampla ressonância no tecido social, que anseia – como quem aspira ao máximo de eficiência, funcionalidade e segurança em um automóvel tecnologicamente avançado – pelo máximo de proteção.

Daí que no transcurso do discurso que ora começamos a prenunciar irromperão, de modo episódico e descontínuo, incursões nessa realidade empírico-normativa, destinadas a pôr de manifesto o mencionado movimento de retorno à pena de prisão como solução final para a criminalidade comum ⁽²²⁾ – agora com a peculiar característica de tratar-se de um encarceramento “em massa” ⁽²³⁾ – a revelar a mais nova máscara do Estado, ainda carcereiro...

Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89 ss.; p. 91 *usque* 94. Não vai demasia anotar que o *slogan* “tolerância zero” desprende-se da teoria criminológica conhecida como “janelas quebradas”, consoante pontifica Wesley SKOGAN, na obra *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in American Neighborhoods*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1990, esp. p. 49 ss. “Tolerância zero” que se encontra fortemente imbricada ao movimento de “lei e ordem”. Sobre esta última tendência, de origem claramente norte-americana, fundamental, Günther ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen: J.C.B. Mohr & Siebeck, 1976.

⁽²²⁾ BAUMAN analisa a situação “emblemática” da penitenciária Pelican Bay, localizada na “democrática” e ensolarada Califórnia, em que “(...) the sole task left to the guards is to make sure that the prisoners stay locked in their cells... *incommunicado*. Apart from the fact that the prisoners are still eating and defecating, their cells could be mistaken for coffins”. Também alerta o referido autor que: “Pelican Bay prison has not been designed as a factory of discipline or disciplined labor. It was designed as a factory of exclusion of people habituated to their status of the excluded. The mark of the excluded in the era of time-space compression is *immobility*. What the Pelican Bay brings close to perfection is the technique of *immobilization*”. Põe, enfim, em evidência que “the numbers of people in prison or awaiting likely prison sentences are growing, and fast, in almost every country. Nearly everywhere the network of prison enjoys a building boom”. V. BAUMAN, Zygmunt, *Globalization – The Human consequences*, Polity press: Cambridge, 1998, p. 108, 113 e 114. Cursivas do autor. Ainda uma nota. Mantivemos o texto no idioma de origem para não quebrarmos sua intensa força intrínseca.

⁽²³⁾ Deveras, imperioso é trazermos à colação excerto esculpido por FARIA COSTA, em que os movimentos continuamente oscilantes de avanço e sobretudo de recuo da história, e também do pêndulo, são capturados (mas não imobilizados, de modo que podemos flagrar, desde que não levantemos os olhos com a indiferença e a desatenção tão incontinentes ao nosso tempo de eternas urgências... um sutil deslocamento) e, em seguida, graficamente descritos como aparentemente semelhantes, *in verbis*: “(...) a história não se faz de forma rectilínea e sempre

Retorno do pêndulo em tudo e por tudo evidenciador da firme persistência de uma racionalidade voltada à incapacitação do ser-aí-diferente, que a pós-modernidade com as suas genéticas contradições insiste em não ultrapassar.

Tudo conduz-nos, enfim, à constatação de que o direito penal “clássico” (ou o direito penal “moderno” bicéfalo) mantém-se caninamente fiel à sua opção preferencial pelos pobres, a permitir descortinar uma, mais uma, paradoxia das sociedades pós-industriais ⁽²⁴⁾: firmes e resolutas que permanecem em promover uma *neoprisionização* em um tempo (que é o nosso) e em um espaço sócio-cultural (mundial) nos quais o requisito (ou será já uma virtude?) *mobilidade* não se apresenta apenas como valor em ascensão, pois é já vertigem (hipermobilidade) e obsessão.

Deve, outrossim, deixar-se aqui logo esclarecido, isto faz-se mesmo instante, que o valor segurança – ideia cofundante e simultaneamente móbil da intervenção penal (juntamente com o princípio-valor liberdade ²⁵) – não pode ser maximalizado ⁽²⁶⁾ até ao limite ou ao ponto de fracturar-se,

ascendente. Há retrocessos. Só que, de modo diferente do pêndulo, nunca o retrocesso se dá para o mesmo lugar”. De seguida, este autor leciona que o movimento da história não é hermeneuticamente circular, pois desenvolve a trajetória de uma “espiral hermenêutica”. V. COSTA, José Francisco de Faria, “A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos”, *cit.* [n. 6], p.262.

⁽²⁴⁾ Que apresenta um desemprego estrutural como uma de suas características mais marcantes (e isso não concorre, evidentemente, para o esvaziamento das prisões). Sobre as sociedades pós-industriais, fundamental, BELL, Daniel, *Die nachindustrielle Gesellschaft*, trad. Siglinde Summerer und Gerda Kurz, 2ª. ed., Frankfurt; New York: Campus, 1976.

⁽²⁵⁾ Lembrando que “(...) Sendo a manifestação primeira do poder punitivo do Estado, como tal uma ordem de repressão o direito penal é também, por paradoxal que pareça, uma ordem onde a *libertas* se tem como estrela polar”, COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal – Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25.

⁽²⁶⁾ Não constitui erro vincular-se, como o faz STÄCHELIN, ao atual contexto securitário à figura da proibição de infraproteção (“*Untermassverbot*”) – figura antagônica à proibição de excesso (“*Übermassverbot*”) -, que possui como característica fundamental, nas palavras do autor, “uma propensão a relativizar os processos de ponderação ao cuidar de prejudicar o resultado dos mesmos”. V. STÄCHELIN, Gregor, “Lässt sich das ‘Untermassverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?” *in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main; Berlin; New York: Peter Lang, 1995, p. 267 ss., p. 274.

irremissivelmente, o “equilíbrio instável” ⁽²⁷⁾ existente entre ele e o valor liberdade. (Equilíbrio de forças a ser sempre preservado e defendido em um Estado que se reconheça como democrático e constitucional de Direito).

Depois, se a ideia de Justiça não pode respirar quando dela subtraem-se as notas da proporcionalidade, da igualdade e do equilíbrio (isso já como resultado de imponderadas concessões político-criminais a modelos radicais que passam então a dominar a narrativa, o discurso e sobretudo a *praxis* penal), por seu turno, o *declínio da liberdade* – liberdade entendida como valor fundamental e não como valor absoluto – comparece como primeiro sintoma desse preocupante quadro de asfixia de valores provocado pela predominância de um único valor (segurança) – logo alçapremado à condição de valor supremo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Deixando esclarecido, de modo percuciente e rigoroso, que à luz da estrutura (ontoantropológica), que caracteriza o nosso modo de ser comunitário, o direito penal não pode ser perspectivado meramente como um ordenamento de liberdade, mas também como uma ordem de segurança, e que liberdade e segurança convocam-se como elementos essenciais (bens jurídicos de corte ontológico) ínsitos à própria relação matricial de cuidado-de-perigo a perpassar todo o existir da comunidade humana – um dinâmico e insuprimível ser-com-os-outros –, bem como ainda que os impulsos de e para a liberdade não prescindem, dada a relação “ontoantropológica de cuidado-de-perigo” para com o outro, da ideia de segurança; sublinhando, outrossim, que esses dois valores se sustentam em uma tensão constante: numa relação de “equilíbrio instável”, COSTA, José Francisco de Faria, “Poder e Direito Penal – Atribuições em torno da liberdade e da segurança”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 136º., nr. 3942, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 151 ss. Alerta o autor, no entanto, para o risco de ruptura: “É claro que, como em tudo na vida, aquele equilíbrio instável pode ser dolosamente quebrado. E as derivas libertárias ou as derivas de sinal contraditório, securitárias, são os exemplos acabados de rompimento dilacerado e dilacerante daquela harmonia subtil (...). O que faz com que seja da nossa natureza aceitar o comum viver, o sentir comum como um território onde a segurança não pode ser puxada ao limite porquanto, então, se torna perigosa. E se torna perigosa na medida em que absorve, aniquila, nadifica a liberdade”. COSTA, José Francisco de Faria, “Poder e Direito Penal”, *cit.*, p. 156. Admitindo, implicitamente, um desequilíbrio nessa primitiva tensão, CALLIES avalia (“*Strafzwecke und Strafrecht*”, *cit.* [n. 12], p. 1.339), pessimisticamente, que o direito penal perdeu o seu “originário sentido de proteção da liberdade individual”.

⁽²⁸⁾ Profundamente sobre as implicações relacionadas a uma “visão panpenalista” dos problemas suscitados pelos novos grandes riscos, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, 3ª. ed., Milano: Giufrè, 2003. Lapidar

Com efeito, a atual pulsão por segurança subalterniza de modo não insignificante inclinações algo libertárias reconhecidas em propostas descriminalizadoras afinal logo desobstinadas, posto que concretizadas em ínfima proporção, e ativa um projeto neocriminalizador marcado por ambições de completude; é dizer, obedientemente devotado à missão de comprimir mais e mais os espaços de liberdade, que periclitam verem-se cobertos, quadrícula à quadrícula, por uma malha penal inteiriça e inconsútil, podendo afirmar-se, e bem, com ANABELA MIRANDA, que “o aumento de demanda de segurança relativiza a demanda de liberdade” ⁽²⁹⁾.

Ou, ainda, e também mercê emprego de uma terminologia pertencente à ciência econômica, dizer que um (próspero) direito penal superavitário ⁽³⁰⁾ tende a promover vincados défices de liberdade. De facto, não serão poucas as evidências quanto à existência de um saldo negativo para as esferas de liberdade, que se vêm reduzidas – e cada vez mais e mais... Uma tal perspetivação das coisas também permite visualizar, segundo estamos firmes em crer, um tendencial aumento ou “sobreatribuição da responsabilidade individual” ⁽³¹⁾ que, aliás, também caracteriza, e isto se não pode desconhecer, a contemporânea sociedade de risco, concretizável força de um intensivo adiantamento ⁽³²⁾ da intervenção jurídico-penal (o que é o mesmo que dizer: antecipação da punibilidade) para um instante muito anterior ao dano. Tendência esta que não deve ser observada com indiferença.

quanto ao importante papel dos juspenalistas em defesa de uma ordem equilibrada e justa, FARIA COSTA (“Poder e Direito Penal”, *cit.* [n. 27], p. 156), *in expressis verbis*: “Resistir racionalmente aos apelos viscerais do securitarismo como outrora se resistiu ao perfume do abolicionismo libertário, eis a tarefa dos penalistas que prezam a liberdade e defendem a segurança justas”.

⁽²⁹⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal – Novos Desafios – Velhos Rumos”, *in: Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 208 ss., p. 215.

⁽³⁰⁾ Bom é de recordar a velha, revelha e ainda palpitantemente atual parêmia latina: *summum jus, summa injuria*.

⁽³¹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?: sobre a ‘incapacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC*, a. 13 (2003), p. 303 ss., p. 312.

⁽³²⁾ Até a um grau no qual não é mais possível discernir qualquer ofensa a um bem jurídico.

Dito isso, cabe ainda frisar, tendo presente o universo de condutas desvaliosas relacionadas aos novos grandes riscos, que não se desconhece a importância (dogmática, inclusivamente) daquele “equilíbrio instável” congenial ao binômio ⁽³³⁾ liberdade-segurança para a discursividade hermenêutica que deverá fecundar tanto o estudo, como a interpretação e a análise da eventual legitimidade dos “delitos orientados para o futuro” (*zukunftsbezogene Delikten*), designadamente daquele que constitui o tema cardial da presente dissertação: o debate acerca do “delito cumulativo” ⁽³⁴⁾.

2 – Transição funcionalizadora versus retorno ao direito penal nuclear: em busca de uma racionalidade compatibilizadora

Traçado esse sucinto diagnóstico aproximativo do atual estado da crise (de identidade?) do direito penal deflagrada, em grande medida, segundo estamos em crer, pelo problema dos novos grandes riscos da sociedade atual, caberá discutirmos no presente trabalho a contemporânea tendência para uma progressiva “funcionalização” da reação penal, mediante recorrente introdução de normas cuja finalidade vem pré-orientada à obtenção da proteção mais eficaz e performaticamente possível a interesses de recorte universal, tudo a provocar um acirrado debate, que tem como pano de fundo, evidentemente, a *legitimidade* de um tal movimento.

⁽³³⁾ Que, de certo modo, exprime a ontológica ambivalência do direito penal: “(...) o direito penal como tutela de bens jurídicos pela via do sacrifício de outros bens jurídicos, *maxime* a liberdade”. Com suporte em von LISZT, o sempre preciso Manuel da Costa ANDRADE, flagrado em “Direito Penal e modernas técnicas biomédicas”, *in: RDE*, a. 12 (1986), p. 99 ss., p.103.

⁽³⁴⁾ Deve, então, deixar-se logo gizado que a presente tese não se propõe (seria mesmo deveras pretensioso intentá-lo e o próprio título do trabalho indicia) a estudar todas as modernas formas de manifestação do perigo passíveis de tutela jurídico-penal, parecendo-nos mais proveitoso investigar algumas das atuais inclinações dogmáticas e político-criminais orientadas a domesticar os *perigos transgeracionais*, *i.e.*, perigos diretamente associados à cumulativa intervenção da ação humana sobre o planeta.

Cumpra também repisar que a exasperada ⁽³⁵⁾ dilatação da malha penal que viemos tratando – a pôr profundamente em causa o caráter fragmentário⁽³⁶⁾ da normatividade penal – despertou uma forte reação doutrinária iniciada pela denominada “Escola de Frankfurt”, cuja marcante característica reside na elocução de um discurso também ele algo radicalista, um discurso via de regra pandeslegitimante das normas penais orientadas a uma autônoma proteção de bens jurídicos supraindividuais ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ É a desmedida, é o excesso, é a imoderação que merecem censura doutrinária, posto que para que haja um mínimo de adesão à realidade histórica convém logo admitir que a palingênese do direito penal caracteriza-se por uma vincada vocação expansiva ou uma genética propensão à neocriminalização. MERKEL, já lá se vão muitos anos (*Über Akkrezens und Dekrezens des Strafrechts und deren Bedingungen*, 1873), doutrinava que “onde se registou a expansão do campo do direito, verifica-se que, por via de regra, a justiça criminal teve parte no empreendimento. À semelhança dos *lictors* que seguiam permanentemente na peugada dos cônsules romanos, como símbolos e garantes da sua autoridade, também a justiça criminal segue, com a corte dos seus servidores e instrumentos, os avanços do direito, garantindo que a sua vigência não será efêmera”. Cuida-se de excerto capturado por ANDRADE, Manuel da Costa, “Direito Penal e modernas técnicas biomédicas”, *cit.* [n. 33], p.100. Realmente, bem é de ver que na dimensão em que o sistema de justiça criminal se autorreproduz incessantemente como um modelo propositivo de normalização do mundo da vida – ele jamais será efêmero.

⁽³⁶⁾ Cornelius PRITTWITZ conta entre os doutrinadores que alertam para uma acentuada discrepância entre um direito penal que se declara “programaticamente limitado” e a realidade quotidiana: reveladora de uma política criminal “fortemente criminalizadora”. V. “Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtbeschränkungspostulate”, *in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 387 ss.

⁽³⁷⁾ Convém assinalar que o discurso deslegitimador de normas penais protetivas de interesses coletivos e de determinadas “funções” – e aqui palmilhamos à risca a linha de entendimento prosseguida por ALESSANDRO BARATTA –, de um lado importa em “indireta legitimação” de normas (extrapenais), cuja aptidão para tutelar os novos interesses também pode ser questionada; de outra parte, o resultado desse discurso crítico permanece circunscrito a uma “dimensão puramente quantitativa” (restrição da expansão do sistema penal), não se projetando a uma “dimensão qualitativa”. De modo que a legitimação restrita a determinados objetos de proteção ao fundamento da sua relevância penal, “deixa em aberto a questão da legitimidade do próprio direito penal quanto ao fundamento da sua natureza instrumental”. Daí que os “esforços teóricos e político-criminais com vistas a uma redução do sistema punitivo e contenção de sua tendência expansiva – muito embora louváveis – não têm o condão de

Que fique logo evidenciado para além de toda a dúvida: as notas e observações críticas a serem lançadas na trama narrativa deste trabalho a algumas das mais recentes propostas orientadas à obtenção de um *plus* de prevenção normativa (fruto de uma crescente consciência antecipatória) relativamente aos novos grandes riscos não significam, não devem significar, que estejamos a apoiar ou a defender um recuo incondicional e generalizado do direito penal.

É que se não podemos deixar de atestar a bondade da afirmação que voga no sentido de que a “contenção e a redução do poder punitivo impulsionam o progresso do Estado de Direito” ⁽³⁸⁾, também não há como recusar que o próprio Estado Democrático e “Social” de Direito, não pode, dada à própria natureza do crime, prescindir do poder punitivo, se bem que regrado, limitado e mantido cativo do princípio da ofensividade.

De modo que a crítica a algumas das características bem marcantes do chamado direito penal moderno não deve ser interpretada, em hipótese, como defesa de algum tipo de abolicionismo ⁽³⁹⁾, ainda que setorial, *e.g.*, cirurgicamente direcionado à extirpação em bloco do chamado direito penal secundário ⁽⁴⁰⁾, tomada de posição esta que representaria, a nosso pensar e sentir, um inaceitável virar as costas a bens jurídicos macrossociais – a resultar em um inconcebível retroceder da roda da história ⁽⁴¹⁾.

equilibrar, por meio dos resultados quantitativos dessa operação, o déficit quanto ao controle qualitativo da legitimação instrumental do direito penal”, equação que tem como “resultado final uma reprodução ideológica e material do sistema penal baseada na diferenciação entre situações relevantes e situações irrelevantes para esse sistema”. V. “Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”, *in: Fest. für Arthur Kaufmann*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 393 ss., p.397.

⁽³⁸⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.*, *Direito Penal Brasileiro*, *ob. cit.* [n. 2], p. 41.

⁽³⁹⁾ Para uma visão que nos seus traços essenciais só se pode denominar de *fundante* do abolicionismo, HULSMAN, Louk, *Peines Perdues – Le Système Pénal en Question*, Paris: Editions du Centurion, 1982.

⁽⁴⁰⁾ Sobre o direito penal secundário, v. o ponto 4, do Cap. III, *infra*.

⁽⁴¹⁾ Críticos em relação à proposta de limitação do direito penal à proteção de bens jurídicos personalistas, valorando-a como “esforço em fazer girar para trás a roda da história”, dada a sua correspondência com o modelo penal “clássico” do Século XIX, STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, 5^a. ed., Köln *et al.*: Carl Heymanns, 2004, p. 32.

Tudo ponderado fica bem evidente que uma análise vertical do novo ou moderno direito penal não prescinde de modo algum de uma frutuosa dialética dialogação com alguns dos postulados defendidos pela retroaludida Escola penal⁽⁴²⁾.

É oportuno enfatizar que o prosseguimento de um crivo crítico de inclinação moderadamente minimalista⁽⁴³⁾ não nos conduzirá necessariamente a um plaidoyer por um retorno a um legendário e mítico direito penal clássico, nem mesmo sequer a uma apologética em defesa de uma estrita limitação da intervenção punitiva ao perímetro normativo do chamado direito penal nuclear⁽⁴⁴⁾ – entendido como um sistema de normas incriminadoras precipuamente destinado à proteção de interesses individuais. Proposição que valoramos como fortemente restritiva, no que ela não vai nada mal; todavia, vistas as coisas de jeito não perfunctório, nela descortinamos uma proposta *qualitativamente* equivocada, posto que divorciada da ideia de Estado *social* de Direito, nomeadamente ao sustentar-se na tutela penal de bens jurídicos monotemáticos (teoria monista ou personalista): ergo, insatisfatória para abraçar a polifacetada realidade criminógena⁽⁴⁵⁾, *maxime* aquela que se abate sobre um número difuso de vítimas inermes.

⁽⁴²⁾ V., sobretudo, o Cap. I, item 6 e o Cap. VI, itens 6 e ss., *infra*.

⁽⁴³⁾ Um direito penal no contexto de um Estado democrático de direito, balizado pelo princípio da dignidade humana deve, como se sabe, apresentar um raio de intervenção assaz limitado. Entendemos, pois, que o direito penal não pode prestar-se a servir de remédio para todos os males e disfunções sociais, sob o risco de converter-se, ele próprio, em fator de desequilíbrio e de instabilidade sistêmica.

⁽⁴⁴⁾ Afirmação que não pode nem deve ser interpretada como indicação de um qualquer pendor “ideológico” em favor de uma neocriminalização descontrolada (“elefantíase”); direcionamento a ser repudiado, uma vez que assinala nada menos que tendencialidade à construção de um direito penal repleto, descomunal – numa palavra: ciclópico.

⁽⁴⁵⁾ Mister lembrar que desde os “idos do Código de Hamurabi” (portanto já em linguagem escrita) que “bens jurídicos personalísticos como vida e integridade física, propriedade e um bom nome (honra), assim como bens jurídicos públicos ou coletivos, tais como declaração juramentada e segurança monetária, *i.e.*, proibição de perjúrio e de contrafação de moeda são, pelo menos tais bens, penalmente protegidos desde tempos imemoriais através do com isso aqui sucintamente esboçado – direito penal nuclear”. V. HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? – Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 17.

Um tal direcionamento – ainda não fomos demovidos desta compreensão das coisas – importará, pois, em inconsiderada e temerária recusa à própria natureza dinâmica da vida, recusa em reconhecer o surgimento de emergentes realidades delitivas, que têm como nota característica uma notável aptidão para afetar bens e interesses comunitários de primeira grandeza (supraindividuais); demais disso, agora a reclamar cuidada reflexão, essas “novas realidades” quase sempre também repercutem ou reverberam sobre a esfera pessoal, vindo assim a causar obstáculo à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana ⁽⁴⁶⁾.

Também não vai demasia timbrar em assinalar que um chamado por um direito penal “clássico” – orientado com exclusividade à proteção de bens jurídico-penais de dimensão individual (por mor a propriedade privada: sempre e sempre tida como mais digna e necessitada de tutela do que a própria liberdade de locomoção) não resultará, como nunca em tempo algum resultou, em uma ampliação dos espaços de liberdade. Muito pelo contrário.

Em boa verdade, abreviando razões, uma tal convocação tem contribuído, como já anotámos, é para um encarceramento em massa ⁽⁴⁷⁾, no que pode já falar-se no surgimento de um “Estado-penal” ⁽⁴⁸⁾ que, a rigor, muito pouco ou nada tem a ver com o direcionamento do direito penal para os “novos riscos”.

Segundo estimamos, uma opção por um direito penal clássico (ou um retorno ao seu núcleo mais duro ^[49]), importará em rejeição a variegados

⁽⁴⁶⁾ Não enfrenta de modo algum os novos potenciais de perigo, ou “só o faz demasiado tarde um direito penal que se volta apenas à proteção dos bens jurídicos clássicos”, HEINE, Günther, “Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts”, *NJW*, n.º. 39 (1990), p. 2425 ss., p. 2426.

⁽⁴⁷⁾ Aqui se não pode desperspectivar a dramática hiperpovoação carcerária norte e sul-americanas, com resultados, como se sabe, absolutamente desastrosos para as camadas sociais mais fragilizadas. Para estas falta, parece faltar, um corpo de doutrina cujos próceres lhes tenham um mínimo de identidade de classe.

⁽⁴⁸⁾ Uma expansiva “criminalização da miséria” como resultado da progressiva “substituição de um Estado providência por um Estado penal e policial”, é assinalada de forma acutilante por Loïc WACQUANT, em: *Punir os Pobres. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 21 ss.

⁽⁴⁹⁾ Vendo nesse retorno, talvez com demasiada intrépida verve, algo de “escandaloso”, para então indagar: “O que significa uma lesão corporal quando comparada com uma ilimitada e

interesses⁽⁵⁰⁾ e valores dignos de tutela penal (bem jurídicos e não “meras colorações axiológicas do momento” – FARIA COSTA), porquanto nem sempre susceptíveis de apropriada proteção por meios extrapenais; valores ⁽⁵¹⁾ plasmados, é verdade, na forja de vertiginosa trajetória temporal e que se surpreenderam densamente solidificados em nosso tempo histórico; valores e princípios ⁽⁵²⁾ transcendentais ao sistema, mas que já se podem reconhecer em função de sua dimensão e significado social como integrados ao conceito de “mínimo ético” ⁽⁵³⁾ (JELLINEK ^[54]). Dito numa cunhagem nobilitante e por nós

continua intervenção na linha germinativa do Homem?”, STRATENWERTH, Günther, *in*: “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *ZStW*, 105 (1993), Heft 4, p. 679 ss, p.688.

⁽⁵⁰⁾ Para que um interesse possa ser caracterizado como bem jurídico pressupõe-se que tenha significativa “importância para os indivíduos, para o papel que desempenham em sociedade, enfim, para a coletividade como um todo, de modo a que a sua preservação não fique a depender, tão-somente, do jogo livre e sem limites das forças sociais”. V. STÄCHELIN, Gregor, “Lässt sich das ‘Untermassverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?”, *cit.*[n.26], p. 278.

⁽⁵¹⁾ Para HARTMANN os valores existem independentemente da presença de um sujeito que valora, posto que “como princípios de ação cumpre-lhes co-determinar a realidade”, HARTMANN, Nicolai, *Ethik*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1926, p. 136.

⁽⁵²⁾ De forma bastante gráfica podemos dizer, com BANDEIRA DE MELO, que o princípio jurídico é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido”. V. MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

⁽⁵³⁾ FARIA COSTA leciona que o mínimo ético responde a uma racionalidade hermenêutica. Esse mínimo é um “centro proposicional normativo” e “(...) Os valores são um em si como queria Hartmann, mas são-no na temporalidade. Valores que embora não sendo eternos são no entanto dignos de serem indefinidamente repetidos pelo ser-aí-diferente (...). Há valores que valem à pena ser vividos (...) valores que ao valerem ser vividos provocam o direito penal a protegê-los. E esta tensão de provocação é tão densa e tão forte que faz com que o direito penal tenda a coincidir com o mínimo ético”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 316 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2ª. ed., 1908, p. 45, *apud* BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht – AT*, 11ª. ed., Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2003, p. 12.

inteiramente subscrita: “o direito penal só protege os bens ou valores que, em uma determinada comunidade e em um também determinado momento histórico, constituem o mínimo ético que não pode ser, nem mais, nem menos, do que o núcleo duro dos valores que a comunidade assume como seus e cuja proteção permite que ela e todos os seus membros, de forma individual, encontrem pleno desenvolvimento em paz e tensão de equilíbrio instável”⁽⁵⁵⁾.

Chegados a este ponto, estamos em crer que o referente axiológico enseja uma tendencial neutralização a inclinações de recorte funcionalista (“Zweckrational”) extremado⁽⁵⁶⁾; curial é admitir-se, pois, a existência de novos territórios problemáticos (meio ambiente, biogenética etc) para a preservação de tais valores, valores comunitariamente assumidos e que reclamam uma ordem de agregação pacificadora; valores, todavia, que devem materializar-se ou receber concreção normativa sem restrição ou diminuição das garantias individuais fundamentais.

Ao instante em que reconhecemos a existência de chão para fincar mais um pilar em defesa simultaneamente da liberdade e da segurança, também observamos que avultam razões para buscar reforçar-se um pouco mais a já longa procura por “sólidos critérios materiais de moderação do poder punitivo”. Aliás, nesta senda não convém deslembrar que o desenho das fronteiras do direito penal em um Estado de Direito deve observar considerações não apenas de efetividade⁽⁵⁷⁾, como também de justiça^(58/59).

⁽⁵⁵⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 302.

⁽⁵⁶⁾ Endossamos, *verbum ad verbum*, a seguinte assertiva: “Sem densidade e fundamento axiológicos o direito, mormente o direito penal, poderia servir, com utilidade, a mais brutal ordem de terror (...) O direito penal tem, por conseguinte, de postular-se como uma ordem aberta de valores historicamente situados”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 284.

⁽⁵⁷⁾ Em sentido convergente, PRITTWITZ, Cornelius, “Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch?”, *ob. cit.* [n. 36], p. 387 ss.

⁽⁵⁸⁾ Subscrevemos, *in integrum*, a assertiva que voga no sentido de que “a procura do justo é uma tarefa sem fim, mas que vale a pena ser vivida”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *in: As Linhas Rectas do Direito*, *cit.* [n. 13], p. 36.

⁽⁵⁹⁾ De um outro ângulo, há de observar que, mesmo em um Estado democrático e social de direito, finalidades de justiça – e não só de segurança – podem reclamar limitações à liberdade individual, em ordem a garantir esse mesmo Estado de direito.

Essa procura justifica-se, sobretudo, porque a prolífica positividade normativa do nosso tempo parece progressivamente desocultar que a política criminal de alguma forma vem afeiçoando-se à ideia – que está bem perto de ser uma pura superstição vivaz – tão equivocada quanto difundida, que o direito penal funciona ou deve funcionar qual instrumento mágico ⁽⁶⁰⁾, quase crístico ou salvífico para a solução das crises do mundo moderno. Realmente, as tendências de propagação do arsenal penal acima repertoriadas conduzem-nos à conclusão que o carácter fragmentário do direito penal – plasmado em uma função de proteção tão-só tópica de bens jurídico-penais – converteu-se em uma mera proposição programática e sem qualquer densidade material.

Tudo isso leva-nos a refletir que o nosso horizonte problemático situa-se um pouco além do ponto-de-vista *quantitativo* (e de certo modo também *qualitativo* ^[61]), para fixar-se nos problemas que uma intensiva antecipação da tutela penal com vistas à proteção de certos bens jurídicos sem dúvida suscita. É que razões de segurança podem estar a pressionar em demasia a dimensão temporal-prospectiva do direito penal moderno, quiçá para além das forças e das promessas da categoria do “perigo” ⁽⁶²⁾.

O que ficou dito termina por tornar bem claro, uma vez reconhecida a necessidade de tutela penal de alguns dos novos grandes perigos (designadamente aqueles que sejam parametrizáveis e passíveis de prognose

⁽⁶⁰⁾ “Fama” esta que deve creditar-se ao facto de ser a pena a resposta mais contundente ou o argumento mais “sensível” (lembrando BECCARIA), que a comunidade organizada em Estado pode oferecer para determinados problemas.

⁽⁶¹⁾ Para uma aprofundada visão da doutrina germânica relativamente ao emprego de critérios quantitativos ou qualitativos, colimando operar uma distinção entre crime e contraordenações, v. ANDRADE, Manuel da Costa, “Contributo para o conceito de contraordenação (A experiência alemã)”, *in: Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários*, vol. 1 (Problemas Gerais), Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra ed., 1998, p. 75 ss.

⁽⁶²⁾ O contexto em que a legislação de justiça criminal hoje é analisado, é um “contexto de uma política de segurança”, vera expressão de uma sociedade que pode ser chamada de sociedade de risco, *i.e.*, o “ambiente sócio-cultural em que um direito penal de segurança é percebido e valorado, já como uma das condições de estabilidade dessa mesma sociedade de risco”. V. KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *Universitas – Zeitschrift für interdisziplinäre Wissenschaft* (1992), Heft 3, 1992, p. 227 ss., p. 229.

estatística), a importância em estabelecer-se limites máximos às técnicas de prevenção. Tarefa esta que exige o redesenho de uma linha de horizonte menos etérea e fugaz para o direito penal moderno. Linha bem gizada e capaz de permitir divisar sem vacilações ou titubeios os perigos que situam-se para lá do seu horizonte e assim, talvez, poder conter propensões político-criminais de semblante pós-iluminista, algo que estimamos, cabe deixarmos logo enfatizado nesta introdução, mais frutuoso do que recusar-se, *tout court*, tutela penal aos novos bens e interesses ⁽⁶³⁾.

Segundo pensamos, o estabelecimento dos limites máximos de flexibilização (a “técnica” do perigo [⁶⁴] abstrato representaria esse marco ou limite?) que o direito penal moderno – entendido como unidade superestrutural complexa em cujo âmago entrecruzam-se caminhos aparentemente impossíveis – pode suportar também deverá prestar-se a dominar (e aqui não há qualquer paradoxo ou contradição, *maxime* tendo presente que vivemos um “período de bifurcação”) arroubos secessionistas impulsionados por “conceitos supérfluos” ⁽⁶⁵⁾, afinal verberados em dessintonia com “princípio da

⁽⁶³⁾ Muito embora bens e interesse sejam conceitos diversos, posto que “o primeiro indica tudo aquilo que seja susceptível de satisfazer uma necessidade humana, (enquanto) o segundo expressa a relação que se estabelece entre um bem e o sujeito titular (...), são utilizados indistintamente, expressando sob pontos de vista diferenciados, uma mesma realidade, daí que a tutela de um reclama a tutela do outro”. V MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale – Parte Generale*, Padova: Cedam, 5ª., 2007, p. 191. Interpolamos.

⁽⁶⁴⁾ Conexionando a supressão dos espaços de risco permitido com o fenómeno da “sobrevvalorização” do valor segurança sobre o valor liberdade, a resultar numa ampliação da tipificação dos delitos de perigo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal – Aspectos da la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999, p. 32 e 35.

⁽⁶⁵⁾ Mais do que novas nomenclaturas – “direito de intervenção”, direito penal de “segunda velocidade” etc – sobressai, principalmente, o seu imponente potencial antigarantístico. Aliás, em um mundo em que “tudo que é sólido desmancha-se no ar” (MARX), não cabe mostrar-se indiferente aos riscos que inerem ao surgimento de um novo multiversum punitivo, que traz consigo a possibilidade de criação de um quasar penal, capaz de canibalizar todos os fragmentos de liberdade ainda existentes.

economia” (“*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*” [⁶⁶]), em ordem a tornar a reação punitiva do direito penal moderno mais coesiva e aglutinante.

Decerto – e aqui do que se trata mais não é do que um afloramento ou de um prelúdio – que esse programa não deve importar em aposentação do princípio do bem jurídico-penal. Não cabe, portanto, mudar inteiramente as regras do jogo (dogmático). No entanto, isso não nos impedirá de analisar, ponderadamente, em que medida o bem jurídico pode continuar a prestar-se como “conceito crítico” (⁶⁷) ou barreira de contenção (aliado, é claro, às coordenadas que a Constituição sem dúvida estabelece); deve, por outro lado, evitar afeiçoar-se em demasia a uma visão monocular ou reducionista por incapaz de compreender – não a natureza última das coisas – mas a própria realidade plurímota do nosso tempo, algo que nos conduzirá, inevitavelmente, a abordar problemática bem atual relacionada à possibilidade de convivência, em caráter excepcional, do direito penal moderno com normas não sustentadas em bens jurídicos.

Também estamos em crer que o estabelecimento de fronteiras e limites claros às técnicas de imputação (no que fica logo insinuado que a ideia do bem jurídico por vezes é instrumentalizada para o efeito de conferir alguma legitimação teórica a mecanismos restritivos dos espaços de liberdade engatilhados por uma visão penal e de mundo panprevencionista) pode, quiçá, contribuir positivamente para o fortalecimento de uma racionalidade capaz de reduzir a atual elevadíssima tensão (⁶⁸) entre a dogmática e a política criminal, provocada, como se sabe, pelo irrompimento daquele já assinalado exuberante impulso por segurança – disparado, em boa medida, pelo *topos* “sociedade de risco”.

(⁶⁶) Fórmula lógica atribuída a GUILHERME DE OCKHAM, frade franciscano nascido na Inglaterra por volta de 1280, cujo pensamento contribuiu para a elaboração do moderno pensamento científico e para a superação da filosofia escolástica medieval. Sobre isso, v. ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 298 e s.

(⁶⁷) HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main: Athenaeum, 1973, p. 19 ss.

(⁶⁸) Tensão que sempre existiu (como anota ROXIN, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft, Heft: 39, Berlin-New York: Walther de Gruyter, 1973, p. 2). Ocorre que, na atual quadra histórica, parece experienciar-se um quadro já quase de ruptura.

Sem dúvida que em função de uma viragem teórica ocorrida faz mais de vinte anos que o modelo de recorte fortemente positivista resultou algo matizado – isto tendo em vista a necessidade em estabelecer-se, no que concerne à persecução da criminalidade, uma adequada valoração de certas finalidades práticas –, vindo, dessarte, a prevalecer, sem perder-se de vista a unidade sistemática entre a política criminal e ciência estrita do direito penal, uma compreensão do sistema total do direito penal que tem como referente considerações de política criminal. Isto é, atualmente propende-se a conferir, no contexto da “ciência global do direito penal”, “precedência teleológica” (*trans-sistemática*) à política criminal. Voga nesse sentido, no espaço jurídico-penal português, a doutrina de COSTA ANDRADE, quando leciona, e bem, que “(...) A ruptura do equilíbrio tradicional de étimo positivista significou aqui, fundamentalmente, a conversão duma política criminal intrassistemática numa política criminal trans-sistemática (...). Significou (...) a sua autonomização face ao *domínio* e aos *fins* do jurídico-criminalmente relevante em relação ao qual passa a assumir uma posição de transcendência”⁽⁶⁹⁾.

Sem embargo, pese embora louvarmos a emergência de um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal, o prevencionismo de que viemos falando permite observar uma cada vez mais assumida dependência e subordinação do direito penal (mundo da certeza do direito e, se lançarmos um mirada para os precedentes judiciais, também mundo da segurança jurídica) a um crescente “pragmatismo”⁽⁷⁰⁾ político-

⁽⁶⁹⁾ ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea”, *ROA*, a. 44 (1984), p. 481 ss., p. 506. Em sentido levemente dissonante, FARIA COSTA, designadamente quando asseroa que a “nova ‘ciência do direito penal total’ não deve, por isso, conceder primazias absolutas nem aceitar sujeições impostas. Deve, outrossim, buscar uma conjugação de conhecimento que permita, ao direito penal, realizar aquela fundamental tarefa do Estado (...), movem-se e actuam todas no *mesmo* plano ou segmento”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 29 e s. Itálico do autor.

⁽⁷⁰⁾ Entendendo que o juízo dogmático-penal não deve ser de modo algum “obscurecido por compromissos pragmáticos”, SCHÜNEMANN, Bernd, *!El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! – Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, (trad. Ángela de la Torre Benítez), Cuadernos de Conferencias y Artículos Nº. 38, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 39.

criminal (mundo em mutação), com consequências nada desimportantes para a própria dogmática ⁽⁷¹⁾, precipitada a elaborar novas categorias e conceitos em função de exigências político-criminais de recorte acentuadamente ⁽⁷²⁾ prevencionista, vindo o saber dogmático, destarte, a experienciar o comprometimento do rigor sistêmico-estrutural que lhe é próprio, em tentativa (quicá inidônea) de acompanhar exigentes e nem sempre decifráveis cálculos de eficiência político-criminal: não raro inconciliáveis com princípios e fundamentos irrenunciáveis da ciência penal.

Não se pretende comunicar com isso confissão de qualquer fundamental apego a um positivismo legalista extremado e por isso incapaz de abrir-se à realidade empírica, é dizer, ao problema; sequer fazer profissão de fé em nome de uma qualquer “fronteira inultrapassável” que não seja o princípio *nullum crimen*, vez que em um Estado de Direito material não mais se justifica uma superioridade hierárquica da Dogmática penal face à Política Criminal e à

⁽⁷¹⁾ Aqui singelamente entendida como método científico voltado à análise de um direito positivo já dado.

⁽⁷²⁾ O que se põe agora em causa, evidentemente, não é a bondade de um cuidado em relação ao perigo, nem a razoabilidade de uma racionalidade protetiva de bens jurídicos coletivos (tendo em vista a necessidade de evitação de situações de elevadíssimo risco), mas um exuberante panprevenционismo, com aptidão para sacrificar a *dignidade humana*. A título de exemplo, sabe-se que recentemente a conduta consistente em conduzir veículo automotor sem habilitação foi objeto, na Alemanha, de criminalização (com efeito, o § 21 da Straßenverkehrsgesetz – StVG pune a conduta ali descrita com 01 ano de pena privativa de liberdade ou multa). Deveras, realiza a dita conduta típica, cabe explicitar, ainda quem tenha todas as condições para conduzir veículo sem oferecer um perigo sequer abstrato para qualquer cidadão, condutor ou peão. Presume-se o perigo à simples falta de um documento fornecido pela pública administração. Nesse sentido, um estrangeiro (“extracomunitário”) que, e.g., tenha sido durante vinte anos habilitado a conduzir automóveis na Turquia, ao fixar residência na Alemanha, caso não venha a realizar novos exames para habilitar-se a conduzir veículo automotor nesse país, cometerá o delito em tela, bastando-lhe a tanto mover-se como condutor de automóvel em uma qualquer “Autobahn”. Todavia, se se tratar de um cidadão comunitário, a habilitação do país de origem é prontamente validada, logo não incidirá ele em qualquer delito ou mesmo em infração contraordenacional caso seja flagrado ao volante. Em síntese, ainda que não tenha sido, quicá, esta a intencionalidade do legislador, o tipo de ilícito em espeque parece conviver bem com um *direito penal de autor* – melhor: direito penal do inimigo –, inimigo que é perfeitamente identificável: o condutor *extracomunitário*, quicá uma espécie de “terrorista do asfalto”.

Criminologia (ciências globais ou totais do direito penal), apenas realçar que também não acomoda-se muito bem à ideia de “ciências conjuntas” inverter-se a roda da história não para autonomizá-las da dogmática, mas para tornar esta última refém de injunções de política criminal.

Adensado de outra forma: o conferir certa permeabilidade dogmática aos influxos axiológicos injetados pela política criminal (“penetração axiológica”) e mesmo o reconhecer-se o caráter trans-sistemático desta não deve conduzir à dissipação dos contornos intrassistemáticos daquela ou a sua desossificação devido à profissão de um credo de obediência cega a uma racionalidade utilitária (“Zweckrationalität”), cuja teleologia volve-se para a prevenção geral de crimes, às vezes, a “qualquer preço” ⁽⁷³⁾.

Tudo sopesado devemos concluir que os dados empíricos produzidos pelos “novos riscos” devem, sempre, ser traduzidos e analisados não apenas à luz límpida de uma “Wertrationalität”, mas também, concomitantemente, sob um ponto de vista normativo, seja no curso do processo de vertebração sistêmica, seja ao instante de sua interpretação, em ordem a que o sistema estruturante da dogmática penal possa recepcionar novas categorias de imputação, sem o sacrifício de sua coerência interna e sem afronta ao Estado de Direito.

3 – Bem jurídico dinâmico, gerações futuras e os limites do moderno Direito Penal

Não se desconhece – aliás, a trama argumentativa entrelaçada no texto ora em descortino não desvalora em nada o que agora se afirma – a importância de uma intervenção penal responsável e equilibrada em função dos novos perigos: perigos tardomodernos. Também não se ignora que o poder punitivo ora contrai-se, ora expande-se e pelas razões pontificadas em parágrafos precedentes há mesmo de divisar que a atual quadra parece acenar

⁽⁷³⁾ Para ROXIN “(...) A política criminal não tem por objeto a luta contra a criminalidade a qualquer preço, senão a luta contra o delito no marco de um Estado de Direito”. V. ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Catizano, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 70.

para a necessidade de uma moderada atualização do direito penal ⁽⁷⁴⁾, movimento que deve concretizar-se, todavia, sem uma paralela abstrativização, desmaterialização, volatização, liquefação ou integral sacrifício da categoria dogmática e também político-criminal do bem jurídico ⁽⁷⁵⁾.

Donde, patente e líquido que os problemas e questões aqui já avançados revelam a necessidade de estudarmos, detidamente, o bem jurídico (como, aliás, já deixámos aflorar) não tanto em sua gênese histórica ⁽⁷⁶⁾, que desde os seus primórdios (basta pensarmos na famosa crítica de

⁽⁷⁴⁾ Que, evidentemente, não deve confundir-se ou baralhar-se com um expansionismo simbólico, acicatado e promovido pelos *criminal entrepreneurs*, movimento ou tendência tão próximas de um direito penal ultra susceptível a influências políticas populistas cambiantes. Sobre as variegadas formas de manifestação da legislação simbólica (normas-álibi, normas de gerenciamento de crise etc), compulsar HASSEMER, Winfried, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ* (1989), Heft 12, p. 553 ss. (Anote-se que existe tradução para o idioma espanhol: "Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos", trad. Helena Larrauri, in: *Pena y Estado – Función Simbólica de la Pena*, Santiago do Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 23 ss.).

⁽⁷⁵⁾ A doutrina majoritária entende que é função do direito penal a proteção de bens jurídicos (penais): COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 22; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n. 17], p. 113 e s.; ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, Band I, 4ª. ed, München: Beck, 2006, p. 16; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, *ob. cit.* [n. 54], p. 15; STRATENWERTH, Günther/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 41], p. 29; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª. ed., Berlin: De Gruyter, 2004, p. 5; SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht – AT*, 6ª. ed., Grasberg bei Bremem: RS, 2007, p. 1; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht – AT*, 37ª. ed., Heidelberg et al.: C.F. Müller, 2007, p. 4. (desta obra há tradução para a língua portuguesa, realizada, porém, a partir de uma edição mais antiga: Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1976 – trad. Prof. Juarez Tavares).

⁽⁷⁶⁾ A bibliografia já é praticamente inabarcável, no entanto há alguns trabalhos fundamentais na literatura especializada alemã, que merecem cita por terem logrado reavivar a importância desse instituto, sobretudo para a dogmática penal. É conferir: RUDOLPHI, Hans-Joachim "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes", in: *Fest. für Richard Honig zum 80 Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 151 ss; MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut – Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns, 1972; HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, *ob. cit.*, [n.67]. Mais recentemente: HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et al.: Carl Heymanns, 2002, e, ainda, *Die Rechtsgutstheorie*, Roland Hefendehl et al. (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2003.

BIRNBAUM^[77] ao modelo individualista de bem jurídico proposto por FEUERBACH) desnuda um enredo de progressiva expansão da esfera de direitos personalísticos para a esfera de proteção de interesses difusos e de funções ⁽⁷⁸⁾, mas sim, principalmente, a partir de sua feição “moderna”, trans-sistemática e dinâmica: dinamização do bem jurídico filtrada por um olhar crítico e propulsionada de forma bidimensional ⁽⁷⁹⁾.

Feitas essas ligeiras e sucintas aproximações cabe interrogar se haverá como compatibilizar a categoria do bem jurídico (sem esfumá-la por completo) com novas estruturas de imputação, tais como aquela renunciada pelo – no que refere mais de perto, porém não exclusivamente, à proteção do meio ambiente – chamado delito cumulativo ⁽⁸⁰⁾. Trata-se, evidentemente, de indagação que imbrica-se e interlaça-se com a própria fisionomia – mas também com os limites – do direito penal moderno e que ao longo deste trabalho procuraremos aprofundar e responder.

De sublinhar que um direito penal algo orientado para os novos riscos, atrai, quase por inércia, uma preocupação de nervura prospectiva com a tutela não apenas das gerações atuais, como também, e de maneira muito saliente, com a salvaguarda das *gerações futuras* ⁽⁸¹⁾, consoante deixam manifesto os atuais esforços do legislador em estender a intervenção penal até aos domínios do ambiente e do patrimônio genético da espécie.

⁽⁷⁷⁾ Sobre a elaboração do conceito de bem jurídico em BIRNBAUM, veja-se ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista), Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 37 ss.

⁽⁷⁸⁾ No sentido do texto, BARATTA, Alessandro. “Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 37], p. 406.

⁽⁷⁹⁾ Sobre isso, v. Cap. VI, ponto 6, *infra*.

⁽⁸⁰⁾ Objeto nuclear da presente pesquisa. Podemos aqui também referir, apenas lateralmente, aos chamados “delitos-obstáculo” (*reati ostativi*) como mais uma “nova estrutura de imputação”, porém de viés mais nitidamente securitário, voltada a uma alargada persecução criminal de atos preparatórios (“*anteriori allo stesso tentativo punibile*”), tudo ao ensejo de evitar-se, em clara opção por um direito penal do comportamento, a realização de ações perigosas, a cumprir-se ou executar-se mormente mercê punição de condutas que se revelem “(...) a premissa idônea para a comissão de outros delitos”. V. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, *ob. cit.* [n. 63], p. 216.

⁽⁸¹⁾ Ver o Cap. V, *infra*.

Desde logo, a nosso parecer, também não sofre dúvida ou entredúvida que um direito penal cinzelado à moda clássica – meramente reativo e limitado à proteção direta de bens jurídicos personalísticos – não suscita nem enseja qualquer tentativa, sequer mesmo de provocação de uma tal discussão, colapsando (desmuniado e rendido) diante dos atuais megarriscos.

Diga-se a esse propósito que existe doutrina a acenar para a necessidade de avançar-se um pouco mais as barreiras de proteção ⁽⁸²⁾ e a defender um novo caminho pelo qual o direito penal, mediante elaboração de “normas de conduta referidas ao futuro” (e sem qualquer específica referibilidade a interesses individuais) possa vir a contribuir para uma maior segurança das gerações porvindouras, uma vez que o modelo tradicional “desconhece completamente o tema da justiça intergeracional” ⁽⁸³⁾; tal orientação doutrinária ressalva, no entretanto, que o direcionamento por ela sugerido não deverá resultar em uma pura funcionalização do direito penal ⁽⁸⁴⁾.

Trata-se, ver-se-á oportunamente em minúcia ⁽⁸⁵⁾, de uma visão cética, designadamente quando avalia que o direito penal, ancorado sob a plataforma do bem jurídico falharia precisamente nas questões mais instantes e urgentes, relacionadas por mor à preservação de uma vida digna tanto para as atuais, como para as futuras gerações. Realmente, a já longa crise que atravessa a civilização tecnocêntrica parece exercer alguma pressão (a que a doutrina penal decididamente não está imune) para uma *relativização* do dogma do bem jurídico, a ter lugar mediante introdução de um conjunto de “normas de conduta relacionadas ao futuro” (mais um novo paradigma?), com vistas à proteção do homem como “elo de um contexto de vida”, já como forma de “superar o áspero

⁽⁸²⁾ A tentativa, bom é de lembrar, constituiu, ninguém desconhece, uma primeira ferramenta antecipatória de que a dogmática tradicional nunca abriu mão.

⁽⁸³⁾ STRATEWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n. 49], p. 680.

⁽⁸⁴⁾ STRATEWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n. 49], p. 686.

⁽⁸⁵⁾ V. Cap. V, ponto 3.1., *infra*.

confronto entre o homem e a natureza, que moldou todo o pensamento da modernidade”⁽⁸⁶⁾.

Ergo, também é objetivo da tese, problematizar, tendo como pano-de-fundo o dístico, “rectius”, o topos argumentativo “sociedade de risco”⁽⁸⁷⁾, até que ponto o direito penal dito “moderno” pode atuar como instrumento idôneo e racional de tutela da própria humanidade e dos interesses transgeracionais que lhe são intrínsecos, buscando-se, então, estabelecer uma comunicação dialógica entre: (a) o cuidado-de-perigo – expressado por intermédio da técnica do perigo abstrato –; (b) os bens jurídicos de perfil coletivo (e, mais especificamente, o meio ambiente); c) a pretendida tutela penal das gerações futuras e; d) a questão da acumulação – esta a figurar como nódulo fundante e simultaneamente motor a impulsionar o eixo tetragonal da pesquisa⁽⁸⁸⁾.

4 – Uma primeira aproximação do chamado delito cumulativo

Comparece nesse ambiente de alguma volatilidade dogmática e político-criminal, em parte tributável à própria dinâmica da *Risikogesellschaft*, o denominado *delito cumulativo* (também referido como “delito aditivo”, ou ainda, e com menos frequência, “delito coletivo”) – epicentro de nossa investigação e a merecer nossa cuidada reflexão.

Impende anotar que uma análise compreensiva da lógica da acumulação destinada a contribuir, ainda que singelamente, para uma fundada meditação acerca das suas eventuais refrações (normativas) sobre a arquitetura do direito penal moderno, não deve cingir-se a uma argumentação apodítica – e animada “da una forte tensione morale” – acerca da bondade ou imprestabilidade desse equipamento teórico para a “tutela penal do futuro”.

Deve, pois, basear-se em uma pesquisa pontual e detida sobre cada um dos múltiplos nódulos problemáticos e subproblemáticos (sem dúvida

⁽⁸⁶⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n.49], p. 691.

⁽⁸⁷⁾ Sobre esse *topos*, desenvolvidamente, o Cap. I, *infra*.

⁽⁸⁸⁾ Problema que agora retorna ao cerne do debate dogmático-penal, muito embora cuide-se de uma categoria proposta já há mais de vinte anos. Deve, aliás, concordar-se com ditado que ensina que em Direito nunca se abandona definitivamente uma ideia.

necessitados de uma interessada e criticamente fundada perspectivação) que compõem a teia teórico-empírica sustentadora do conceito em descortino, por forma a que, ao final e ao cabo, possa-se afirmar (ou negar) a “capacidade de rendimento” (*Leistungsfähigkeit*) deste para a prevenção e o controle do perigo.

Em jeito de síntese – e sem a indumentária do pregador moral que não cabe ao investigador envergar ⁽⁸⁹⁾ –, e também com decidida intencionalidade em contribuir propositivamente para um debate que encontra-se aberto (e ainda envolto em importantes dúvidas e obscuridades), trataremos, ao longo da pesquisa, de realizar uma compreensiva análise crítico-objetiva das virtualidades do pensamento da acumulação para uma adequada tutela do meio ambiente, tendo, porém, sempre presente que as atuais exigências de prevenção geral não devem servir de empuxo para o desmantelamento dos alicerces em que a dogmática, enquanto sistema, encontra sustentação.

Assentados esses pontos faz-se curial logo enfatizar que nos estreitos e bem espartilhados limites de uma introdução – não convém ser exaustivo. Apoiados nesta orientação metodológica ⁽⁹⁰⁾, portanto à guisa de mera aproximação dos mais destacados contornos conceptuais e tópico-problemáticos do delito cumulativo ⁽⁹¹⁾, há de referir, em primeiro lugar, a

⁽⁸⁹⁾ GADAMER exprime, enfaticamente, que o exercitamento das funções de “pregador moral nas vestes de investigador, tem algo de absurdo”. V. GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, trad. Flávio Paulo Meurer, 7ª. ed., Petrópolis; Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2005, p. 15.

⁽⁹⁰⁾ Metodologia a ser aqui compreendida – na dicção sempre acrisolada de CASTANHEIRA NEVES (*Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra editora, 1993, p.9) – como *meta* ou *caminho (odos)* para algo que está situado além.

⁽⁹¹⁾ Terminologia e conceito sugeridos por LOTHAR KUHLEN a partir do estudo do tipo de ilícito estabelecido em o § 324 (Poluição das Águas) do Código Penal Alemão. V. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, *in: GA* (1986), p. 389 ss.; ver também, do mesmo autor, “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW*, 105 (1993), Heft 4, p. 697 ss. Não é despidendo assinalar, malgrado por ora apenas lateralmente, que a ideia de acumulação foi concebida por LOOS, pese por ele não trabalhada dogmaticamente, no já longínquo ano de 1974, isto por ocasião de uma aturada análise que empreendeu do crime de corrupção administrativa. Com efeito, em determinada passagem do texto, refere o distinguido autor à categoria cognominada pelo próprio de “Massengefährdungsdelikten”, palavra composta evidenciadora dos perigos criados por um grande número de autores individuais, capazes, *in toto*, de provocar um dano de monta. O

condutas puníveis que, ao serem apreciadas isoladamente (é dizer, sem referência a, ou conexão com condutas outras idênticas ou fortemente assemelhadas), são percebidas logo como inofensivas: não perigosas ou apenas portadoras de escassa entidade lesiva para o bem jurídico. Dito de outro modo: quando singularmente considerados tais comportamentos não se entremostam nem mesmo sequer abstratamente perigosos a um bem jurídico coletivo. Sem embargo, uma vez iluminados por uma realística hipótese de repetição coletiva (atual ou iminente), tais contributos súbito adquirem um renovado potencial ofensivo. Articulado em tonalidade mais dramática: o “contínuo acumular de inúmeros riscos estatisticamente insignificantes pode ao final gerar uma massa crítica capaz de definir o nosso destino” ⁽⁹²⁾.

exemplo, sempre a servir de fiel facilitador à apreensão do conceito, foi buscar não muito longe: ali nos danos ambientais provocados por emissões de poluentes. V. LOOS, Fritz, “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, in: *Fest. für Hans Welzel*, Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 879 ss., p. 891 e 892. Ainda no âmbito do espaço jurídico-penal alemão, é de fazer cita dos trabalhos monográficos trazidos a lume por Wolfgang WOHLERS (*Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Berlin: Dunker und Humblot, 2000), Roland HEFENDEHL (*Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n.76]) e Mathias DAXENBERGER (*Kumulationseffekte – Grenzen der Erfolgszurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1997). Também aborda o tema, agora na última edição de seu manual: ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, ob. cit. [n. 75], p. 38 ss.). Em vernáculo, tratam da questão, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, e.g., em algumas passagens da mais recente edição do seu prestigiado tratado (*Direito Penal – Parte Geral*, ob. cit. [n. 17], p. 152-154; 315 e 345 e s); bem como, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, cit. [n. 31], p. 303 ss.; também em: *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 218 ss.; p. 231 ss.; D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 384 ss.; NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, in: *Direito Penal Hoje – novos desafios e novas respostas*, Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 291 ss.; e, ainda, LOUREIRO, Flávia Novera, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente, enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos – Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, 2007 – Dissertação de mestrado (policopiada) em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁽⁹²⁾ Acompanhamos aqui STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, ob. cit. [n. 28], p. 7. Cumpre, no entanto, ressaltar que

A essas características acresce que para os defensores do delito cumulativo a fundamentação de um “Kumulationstatbestand” e a responsabilização penal pelos contributos individuais que não possuam, concretamente, autônoma aptidão para provocar um dano-violação ou um perigo (sequer abstrato) para um bem jurídico “überindividuell” radica, quer nos problemas dos “grandes números” ⁽⁹³⁾, quer na magnitude do dano.

Entre as muitas e complexas questões e problemas de difícil acomodação dogmática que o delito cumulativo atrai para a órbita gravitacional do direito penal meio ambiental caberá esquadrihar e tentar dilucidar se apesar da aparente ausência de reprovação ético-social – quiçá tributável ao carácter inexpressivo (não perigoso) do singular contributo acumulativo –, deverá este, ainda assim, concitar um juízo de censura jurídico-penal a ser resgatado, quintessencialmente, do carácter repetível e emulável da conduta a censurar, cuja consequência, globalmente danosa, seria passível, em tese, de representação pelo agente.

Ao longo do trabalho caberá problematizar se um contributo individual insignificante em sua singularidade (microlesão) – supostamente inane e incapaz de afetar ou colocar em crise o bem jurídico –, é um contributo suscetível de recondução a um tipo de ilícito (interpretável como de conteúdo material aditivo ou acumulativo), ou nada mais do que um afloramento factual insusceptível de desgarrar-se do raio de atração ou campo de força do princípio – norma de elevado grau de generalidade (DWORKIN) – da insignificância (espaço de atuação livre do direito penal).

Digamo-lo com outras palavras. Faz-se mister investigar se a lógica da acumulatividade suspende ou neutraliza, com carácter generalizante, qualquer possibilidade de atuação do referido princípio (que, como se sabe, segundo a opinião majoritária da doutrina, funciona como causa de exclusão da

este autor não se alinha à corrente doutrinária que defende a necessidade de adequação do direito penal aos novos riscos.

⁽⁹³⁾ V. o Cap. VI, ponto 5.2., *infra*.

tipicidade), bem como sondar se determinados pressupostos deverão fazer-se presentes para que este efeito neutralizador se produza ⁽⁹⁴⁾.

Também não há consenso doutrinário se em direito penal a noção de acumulação dá ensejo a uma técnica legislativa destinada à construção de “tipos acumulativos” ⁽⁹⁵⁾, ou se deve ser tomada como um conceito eminentemente dogmático, voltada à interpretação de um número limitado de tipos e à imputação de certos comportamentos ⁽⁹⁶⁾; ou mesmo ainda se deve ser assumida simplesmente como categoria de análise crítico-limitativa ⁽⁹⁷⁾.

Perquirir, também, se a estrutura de imputação suscitada pelo delito cumulativo não conduzirá o direito penal moderno a vulnerar princípios e categorias dogmáticas fundamentais – patrimônio de um direito penal do facto –, especialmente a culpa ⁽⁹⁸⁾, para vir a estabelecer-se como uma espécie de “instituto de equilíbrio do risco independente da culpabilidade” (de que fala-nos WOLF ⁹⁹), com ancoragem, quiçá, num modelo de responsabilização por facto de outrem (sanção *ex injuria terti*).

Nessa linha de argumentação um ponto outro merecedor de atenção e destaque, posto sugerir uma possível imputação penal por condutas de terceiros, refere precisamente à eventual incompatibilidade da nova “dogmática

⁽⁹⁴⁾ E, já por imposição lógica, somente na hipótese de eles não se confirmarem, é que ficaria autorizada a punibilidade dos contributos individuais formalmente acomodáveis à moldura típica.

⁽⁹⁵⁾ Como parece entender o principal defensor do delito de acumulação, para quem um “tipo cumulativo não exige que uma ação isolada resulte em lesão, sequer um perigo, senão que o agir singular faça parte de uma espécie de comportamento que, se fosse realizado em grande número, poderia causar uma lesão ou perigo”. V. KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 399.

⁽⁹⁶⁾ Daí que existe doutrina que entende que estariam mais próximos do conceito de (in) adequação social. Nesse sentido, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 305.

⁽⁹⁷⁾ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main *et al.*: Peter Lang, 1995, p.461 ss., p. 462.

⁽⁹⁸⁾ Sobre isso, criticamente, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 466.

⁽⁹⁹⁾ WOLF, Rainer, “Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft”, *in: Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, n.º. 15 (1987), p. 357 ss.

da acumulação” (insinuadora de uma responsabilidade individual randômica^[100]), designadamente naquelas situações postas a girar por uma dinâmica causal coletiva ^[101]), com a tradicional dogmática da comparticipação, cabendo examinar, outrossim, se não nos encontramos diante de situações de “autoria paralela” (“Nebentäterschaft”) ⁽¹⁰²⁾.

De assinalar que a dogmática penal da acumulação não parece fundamentar-se em pressupostos ônticos como ação e causalidade, ou seja, os tipos interpretáveis como tipos acumulativos não estariam a exigir qualquer demonstração de causalidade “entre o contributo singular e o dano global” ⁽¹⁰³⁾. Aliás, neste passo cabe deixar logo anotado que HEFENDEHL⁽¹⁰⁴⁾ fala da necessidade em buscar-se “equivalentes materiais à tradicional causalidade lesiva real” ⁽¹⁰⁵⁾.

As características e nuances retroassinaladas reclamam – o espírito investigativo conduz-nos nesta direção – uma compreensiva análise acerca das possibilidades de harmonização da “dogmática da acumulação” com o sistema “racional-final” ou teleológico-funcional ⁽¹⁰⁶⁾, forte tendo em vista, de um lado, o distanciamento deste modelo das chamadas realidades ônticas prévias, afinal tão caras ao finalismo (ação, causalidade, estruturas lógico-reais *et cetera*); de outro, a circunstância dele partir de uma concepção de injusto como “realização

⁽¹⁰⁰⁾ V. o Cap. III, ponto 8.2., *infra*.

⁽¹⁰¹⁾ Sem também desconsiderarmos que o delito cumulativo perfaz-se, preferencialmente, mercê ações negligentes.

⁽¹⁰²⁾ V. o Cap. IX, itens 4.2 e ss., *infra*.

⁽¹⁰³⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 307. De sublinhar que KUHLEN alerta para a necessidade de não baralhar-se a figura da acumulação com o instituto conceitualmente assemelhado denominado “causalidade cumulativa”. Deveras, nesse último modelo, segundo o autor, não cuidaria de ventilações hipotéticas desde a origem (do tipo: “o que seria quando uma ação fosse realizada em grande número”), como sói ocorrer no “modelo” da acumulatividade, mas de imputação decorrente da entrada de um resultado material concreto, *i.e.*, não hipotético. V. KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)”, *cit.* [n. 91], p. 399, nota de nr. 56.

⁽¹⁰⁴⁾ V. o Cap. VII, ponto 5.1., *infra*.

⁽¹⁰⁵⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p. 182.

⁽¹⁰⁶⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 205 e s.

de um risco não permitido dentro do alcance ou âmbito de proteção do tipo”⁽¹⁰⁷⁾.

Ao influxo de tentarmos encontrar os limites últimos do direito penal moderno também caberá ao longo da pesquisa averiguar se o delito cumulativo pode ser classificado como um *quarto nível de ofensividade ao bem jurídico*, ou seja, se pode ser perspectivado como uma nova “categoria-limite da noção jurídico-penal de ofensividade” ⁽¹⁰⁸⁾, talvez situada em um ponto ainda mais remoto da concreta lesão ao bem jurídico ⁽¹⁰⁹⁾ do que a técnica de tutela já bastante controvertida do perigo abstrato faz presumir, vindo, destarte, a reforçar tendências da moderna política criminal em imputar “todo o merecimento de pena à ação” ⁽¹¹⁰⁾ – em inequívoco desprestígio do desvalor de resultado ⁽¹¹¹⁾.

Também caberá problematizar (para o caso de a tríade ^[112] estrutural tradicional da ofensividade penal mostrar-se insusceptível de comportar qualquer acrescentamento) se o delito cumulativo pode caracterizar-se como um subtipo de crimes de perigo abstrato. Nesse tocante estimamos

⁽¹⁰⁷⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 207.

⁽¹⁰⁸⁾ Essa sentença fomos tomar de empréstimo a FÁBIO D’AVILA (*Ofensividade e crimes omissivos próprios*, *ob. cit.* [n. 91]), que faz uso de uma tal moldura frásica ao influxo de caracterizar não a figura da acumulação, mas os crimes de perigo abstrato.

⁽¹⁰⁹⁾ Entendendo que o delito cumulativo constitui clara afronta ao princípio da ofensividade e também da culpa, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 303 ss. Divergindo desse entendimento, FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n.17], p. 153). Sobre estas duas bem diferenciadas visões da doutrina portuguesa sobre o problema da acumulação, v. o Cap. VII, ponto 7, *infra*.

⁽¹¹⁰⁾ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale – Parte Generale*, *ob. cit.* [n. 63], p. 180.

⁽¹¹¹⁾ É bom deixar devidamente anotado que uma autonomização dos delitos de acumulação, *i.e.*, uma estruturação de tais delitos mercê elaboração de tipos de ilícito que representem o estabelecimento de uma barreira de proteção ainda mais antecipada à danosidade, de algum modo já permite conjecturar sobre uma eventual inadequação técnica ou “incapacidade de rendimento” dos tipos de ilícito de perigo abstrato para uma eficaz tutela dos bens jurídicos ambientais.

⁽¹¹²⁾ Seguindo de perto a terminologia sugerida por FÁBIO COSTA (*O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 642 ss.), nunca é demais lembrar que a ofensividade pode estruturar-se em três níveis, “todos eles tendo como horizonte compreensivo e integrativo a expressiva nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo”.

encontrarmo-nos em presença de um dos problemas mais instigantes suscitados pela dogmática da acumulação, no que é já de antecipar-se que a doutrina não é consensual quanto a interpretação a dar a alguns pontos de vista esposados por LOTHAR KUHLEN ⁽¹¹³⁾ (o principal conceptor da teoria do delito cumulativo).

5. Imbricação do problema da acumulação com os bens jurídicos de dimensão coletiva

Cabe explicitar que uma perspetivação do delito cumulativo como categoria dogmática autónoma remete à necessidade – não descurada no presente trabalho ⁽¹¹⁴⁾ – de aprofundarmos a pesquisa e o estudo dos bens jurídicos coletivos (bens de natureza supraindividual) que, como se sabe, servem aos interesses não de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, mas a interesses comunitário-sociais.

Conjugadamente à sondagem de uma particular genética imbricação da figura da acumulação a tais bens, haverá de indagar se tal vinculação não ficaria a dever-se a uma suposta *intangibilidade* desses bens a ataques isolados, posto serem eles, em tese, dotados de uma invulgar “capacidade de resistência” (“Wehrhaftigkeit”) a ações ofensivas desencadeadas de modo não reiterativo.

Também cumprirá perscrutar qual a estrutura típica dos delitos que têm como objeto de tutela bens jurídicos coletivos (questão, aliás, pouco discutida pela doutrina); ou seja, se possuem, como propõe FIGUEIREDO DIAS, natureza material análoga aos delitos de perigo abstrato; ou se, na especificidade do problema da acumulatividade em direito penal do ambiente, já em razão da aparente irrelevância da conduta singular – em tese inepta para

⁽¹¹³⁾ Exprimindo que Lothar KUHLEN classifica o delito cumulativo como crime de perigo abstrato, contudo ponderando tratar-se de questão não pacificada na doutrina, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 227. De sua vez, SILVA DIAS avalia que “é o próprio KUHLEN (“Umweltstrafrecht”) quem diz que, em rigor, nos delitos de acumulação não se verifica um perigo abstrato (...)”, *in*: “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 336.

⁽¹¹⁴⁾ Cap. VII, *infra*.

afetar o bem jurídico e insuficiente, por si só, para instabilizar o “halo do bem jurídico” ⁽¹¹⁵⁾ –, tratar-se-ia, propriamente, de um verdadeiro delito de acumulação.

6. Delito cumulativo e tutela do meio ambiente

Conforme ficou indiciado no item anterior, o estudo do delito cumulativo remeter-nos-á, necessariamente, ao direito penal do meio ambiente, não havendo pois demasia afirmar-se que esta zona da criminalidade revela-se imprescindível para o estudo da “dogmática da acumulação”: espécie de laboratório da normatividade onde a ideia de acumulação pode ser melhor “testada”, pese embora a própria tutela penal do ambiente encontrar-se, como se sabe, sob constante ataque de um importante seguimento da doutrina ⁽¹¹⁶⁾, que enumera, junto a outros “problemas”, os seguintes ⁽¹¹⁷⁾: existência de elevados déficits de execução; forte acessoriedade administrativa ⁽¹¹⁸⁾; abundância de conceitos jurídicos indeterminados; e, não menos digno de enriquecedora discussão, acrescidas dificuldades relacionadas à questão da

⁽¹¹⁵⁾ Conceito introduzido na dogmática penal contemporânea por FARIA COSTA, e que permite estabelecer “(...) uma diferenciação entre proteção directa e proteção indirecta – esta percebida através da definição de “halo” do bem jurídico”. Para maiores detalhes, veja-se o multicitado *O Perigo em Direito Penal* [n. 53], p. 40 e s, na nota 34.

⁽¹¹⁶⁾ O meio ambiente constitui (além da economia, drogas, terrorismo etc), na “percepção coletiva um dos centros de risco”, algo que tem conduzido à elaboração de uma política criminal despreocupada quanto às consequências da ampliação do universo punitivo com a “instrumentalização da proteção destes bens jurídicos não através do tipo de delito de dano ou lesão (...) mas por meio de delitos de perigo (geralmente abstrato)”. Nesta linha de desenvolvimento argumentativo, HASSEMER, Winfried, *Critica al Derecho Penal de Hoy*, 2ª. ed., primeira reimpressão, trad. Patricia Ziffer, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 58 e s.

⁽¹¹⁷⁾ Nos termos em que se seguem, v. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 570 e s.

⁽¹¹⁸⁾ Incumbirá, demais disso, verificar se o conteúdo dos tipos interpretáveis como tipos acumulativos ficará sob dependência, parcial ou total, de normas administrativas, como, aliás, com indisputada frequência sói ocorrer em sede de tutela penal do ambiente. Admitindo que o “conteúdo integral do ilícito dos delitos colectivos terá frequentemente de se exprimir em função de normas extrapenais, nomeadamente administrativas”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 152.

responsabilidade penal da pessoa jurídica ⁽¹¹⁹⁾, isto quando, devemos enfatizar, parte importante dos danos ambientais são, e ninguém duvida, produzidos por tais entes.

A outro tanto, também teremos oportunidade de sondar se o direito penal do ambiente assoma já como um microssistema (estruturado no vórtice de uma crise ecológica sem precedentes), cuja eficácia prático-normativa talvez ressinta-se do deveras acidentado terreno em que encontra-se assentado, notabilizando-se também, segundo tem-se defendido com alguma insistência, mas talvez sem suficiente consistência, por apresentar um expressivo distanciamento espaço-temporal entre a conduta e o bem jurídico protegido (a tornar duvidosa a própria relação de causa-efeito: “erosão dos critérios de causalidade”); é neste sentido que pode compreender-se a asserção de que estaria-se aqui perante um tortuoso espaço da normatividade, onde predomina uma forte tendência à antecipação da tutela penal: prado fértil a uma contagiante proliferação de crimes de perigo abstrato e agora, também, dos delitos de acumulação ⁽¹²⁰⁾.

Aliás, não é de suspeitar que uma das questões mais discutidas relativamente aos crimes ambientais faz sobressair a controvérsia do bem jurídico a tutelar ⁽¹²¹⁾, a encaminhar-nos ou remeter-nos ao já referido problema da tutela penal das gerações futuras, à guisa de sondarmos se nesse preciso *topos* é possível divisar um qualquer núcleo axiológico com aptidão ou força persuasiva para legitimar a densificação de um bem jurídico de dimensão coletiva.

Acresça-se, a outro tanto, que a considerarmos uma hipótese renunciadora de consideráveis agravos ao meio ambiente como saldo final da

⁽¹¹⁹⁾ Um expressivo setor doutrinário questiona, como se sabe, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, principalmente ao argumento de que lhe faltariam capacidade de ação e de culpabilidade.

⁽¹²⁰⁾ Em termos razoavelmente aproximados ao sentido final do texto, D’AVILA, Fábio 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”, *RBCCr*, 67 (2007), p. 29 ss., p.33.

⁽¹²¹⁾ Consoante evidencia MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltsstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 462.

convergência de uma gama ou feixe de microlesões, e uma vez também estabelecido como altamente provável um tal desfecho, cumprir-nos-á, par e passo, perquirir (admitida em abstrato como válida e legítima a teoria em descortino) se acaso deverão os contributos singulares de reduzido potencial de menoscabo ao bem jurídico ser valorados, sistematicamente, como merecedores de reprimenda penal; bem como, de igual modo, sondar se somente poderão ser objeto de imputação penal – com fundamento em uma acumulação altamente provável – quando estiverem eles em presença de determinados pressupostos ou condições ⁽¹²²⁾, como, por exemplo, um bem demarcado *contexto de acumulação* ⁽¹²³⁾.

Cumpre, finalmente, mas não por último, explicitar que a problemática, “*rectius*”, a lógica da acumulação não fica de modo algum adscrita à criminalidade meio ambiental. Há, inquestionavelmente, seja-nos permitido afirmar, outras áreas da normatividade penal que têm vindo ao longo do tempo a ser identificadas como sujeitas à esfera de influência e às refrações normativas do problema da acumulatividade ⁽¹²⁴⁾.

Neste trabalho, todavia, tendo sobremor em ponto de mira a teleologia (direcionada a sondar a chamada “tutela penal do futuro”) e a unidade lógico-argumentativa interna da tese, iremos nos debruçar sobre as implicações do problema da acumulação de um modo quase que exclusivamente circunscrito à tutela jurídico-penal do meio ambiente.

Também cabe antecipar, a brevíssimo traço, que no trabalho ora em introdução buscaremos desenvolver uma análise dos fundamentos éticos e filosóficos da ideia ou conceito de acumulação subjacentes à atual tendência político-criminal de “deslocação de situações de responsabilidade colectiva para o âmbito da responsabilidade individual” ⁽¹²⁵⁾. Com efeito, questão fulcral reside em saber se o direito penal “herdado da Ilustração e continuamente

⁽¹²²⁾ Também coloca tais questões, WOHLERS, Wolfgang; *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 141 e s.

⁽¹²³⁾ V. o Cap. X, *infra*.

⁽¹²⁴⁾ Tráfico e consumo de drogas, corrupção administrativa, sonegação de tributos, apenas para ficarmos com alguns âmbitos delitivos de maior visibilidade académica.

⁽¹²⁵⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 313.

racionalizado através da assimilação progressiva de estruturas morais, pode participar em tais tarefas” (¹²⁶).

Nessa senda convirá então investigar se é eticamente sustentável (questão de legitimação) a punição de condutas quando tal só apresenta, em tese, alguma utilidade social caso essas condutas se vejam confrontadas com o problema dos “grandes números” (ínsito ao delito cumulativo), só então vindo o autor individual a comparecer como fonte dos “problemas sociais relacionados à degradação meio ambiental” (¹²⁷). Questionar, outrossim, até que ponto é lícito e legítimo querer impulsionar uma reeducação dos cidadãos para o risco mediante emprego da pesada clava do direito penal (pedagogismo penológico).

Dito em linguagem sincopada: caberá problematizar e discutir se a tessitura de uma norma com o só propósito em alertar o cidadão para a não realização de condutas inofensivas (quando perspectivadas *per se*), não passará de mera tentativa de condução moral da vida com uma explícita intencionalidade em dar impulso a uma massiva mudança de hábitos e comportamentos.

Bem, ao concluirmos esta introdução, reconhecidamente já um tanto quanto alongada, devemos lançar, ainda, uma derradeira nota: o trabalho ora apresentado encontra-se lastreado, sobretudo, nas doutrinas especializadas alemã (¹²⁸) e portuguesa (¹²⁹), e, particularmente no que concerne à

(¹²⁶) DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 314.

(¹²⁷) Argumentando que uma tal orientação constitui uma das consequências advindas da “mensagem secreta” do direito penal do meio ambiente, que apresenta uma inclinação para a “personalização e individualização das contradições políticas e sociais”, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 477.

(¹²⁸) Uma certa predominância de referências ou fontes germânicas no presente trabalho fica evidentemente a dever-se ao singelo facto de a teoria da acumulação haver sido introduzida e desenvolvida no multiverso dogmático-penal exatamente em Alemanha, no ano de 1986, por Lothar KUHLEN.

(¹²⁹) Jamais desatualizada quanto às doutrinas científicas (quando não ela mesma pioneira e inovadora) provenientes de outros ordenamentos jurídicos. Teorias e teses que ao longo do processo de recepção interna submetem-se ao crivo de um penetrante e simultaneamente criativo espírito crítico, com aptidão e vigor intelectual para reelaborá-las e enriquecê-las, vindo, não raro, a sobrepujá-las.

interlocução do problema das “gerações futuras” ⁽¹³⁰⁾ com o chamado delito cumulativo é consentido dizer-se que se cuida de uma verticalização investigativa até o momento não prosseguida monograficamente pela dogmática penal dos países de cultura jurídica romano-germânica.

⁽¹³⁰⁾ Cabe logo reconhecer as dificuldades de enquadramento dogmático dessa figura força da sua forte heterogeneidade pré-jurídica, ou seja, a sua aturada compreensão suscita a abertura do pensamento jurídico para outros universos e disciplinas, a reclamar uma análise pancompreensiva, tanto de ordem moral e filosófica, como de corte antropológico e sociológico.

PARTE PRIMEIRA:

O DIREITO PENAL NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE DE RISCO

CAPÍTULO I

“Sociedade de risco”: refração sobre o ordenamento jurídico penal

1. Sentido do problema; 2. Emergência dos “novos riscos”: Da sociedade industrial à sociedade de risco (primeira e segunda modernidades); 3. A moderna sociologia do risco; 3.1. ULRICH BECK: Os “novos grandes perigos” como característica de uma viragem epocal; 3.1.1. Modernidade reflexiva e a sociedade de risco autoconsciente: eventuais refrações no multiverso penal; 3.2. LUHMANN: Racionalidade orientada para o risco. O “primado” do futuro; 3.3. A classificação dos riscos segundo LAU; 4. Uma primeira contemplação jurídico-penal do problema: o risco e o perigo; 4.1. Diferenciação normativa entre risco e perigo; 5. Refração dos “novos” perigos sobre o direito penal: o Direito penal moderno como direito penal orientado para a prevenção; 6. “Sociedade de risco” como topos argumentativo para uma crítica ao “direito penal de risco” e paradoxalmente causa fatora da (permanente) “crise” do direito penal; 7. Considerações

*Die Wirklichkeit, von der wir sprechen
können, ist nie die Wirklichkeit an sich.*

Werner Heisenberg

1. Sentido do Problema

Devemos esclarecer, logo à partida, divergindo aqui da opinião de alguma doutrina, que não estamos diante de um simples “tema da moda”⁽¹³¹⁾. É que a locução “sociedade de risco” suscita profundas e continuadas discussões, análises e também controvérsias intensas em variegados campos disciplinares há um lapso temporal já razoavelmente lato, debate que também alcança o universo penal⁽¹³²⁾, onde provoca “problemas novos e incontornáveis”⁽¹³³⁾. Não carrega, pois, pese o caráter difuso e multimodo, por vezes enganador do conceito, e que muito fica a dever-se à estrutural hipercomplexidade das sociedades atuais, os signos da superficialidade e da fluidez teórica tão peculiares às proposições transeuntes.

Realmente, se bem meditarmos cuida-se de um *topos*⁽¹³⁴⁾ que tem vindo a demonstrar uma insuspeita fecundidade⁽¹³⁵⁾, mantendo uma forte relação de proximidade com a inclinação – peculiar ao nosso tempo de

⁽¹³¹⁾ Não se pode deixar de referir ser esse o parecer tanto de FREHSEE, Detlev, “Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, in *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 14 ss., p. 14, como também de SEELMANN, Kurt, “Risikostrafrecht”, *KritV*, 75 Jahrgang (1992), Heft 4, p. 452 ss., p. 452.

⁽¹³²⁾ Falando em um extraordinário progresso (“erstaunliche Karriere”) da ideia de risco tanto na órbita penal, como fora do seu campo gravitacional, PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 29.

⁽¹³³⁾ A expressão fomos respigar em DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”, in: *RBCCr*, 33 (2001), p. 39 ss., p. 43.

⁽¹³⁴⁾ Nas palavras de SILVA SANCHÉZ, um “lugar-comum”, v. *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 21.

⁽¹³⁵⁾ Destacando tanto a fecundidade como o modo quase imediato e sem hesitação como o *topos* ou radical problemático “sociedade de risco” foi recepcionado pelas Ciências Jurídicas, timbrando ainda em assinalar o pioneirismo, no espaço jurídico-penal alemão, do *artigo* de WOLF (“Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft”, citado à nota n. 99), HILGENDORF, Eric, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?”, *NStZ* (1993), p. 10 ss., esp. à p. 12. Não se desconhece que o tema foi introduzido, monograficamente, no âmbito jurídico-penal, por PRITTWITZ (*Strafrecht und Risiko* [n. 12]), autor que ao longo desse trabalho estabelece uma imbricação entre o modelo de “sociedade de risco” desenvolvido por BECK, com os atuais dilemas do direito penal.

incertezas e de vertiginosas viragens – de redesenho da malha penal ⁽¹³⁶⁾, movimento ou tendência que inaugurou um rico debate, senão já uma crise, com inegáveis implicações ao nível político-criminal, bem como também, com inevitáveis reverberações dogmáticas, e.g.: retração das margens de risco permitido e maior censura penal do perigo.

Frente a isso pode falar-se no aparecimento não de um único problema, antes e talvez de modo mais preciso, na erupção de um verdadeiro cortejo de problemas ⁽¹³⁷⁾ entre os quais avulta, no contexto de um sistema jurídico-penal compelido a orientar-se para os “novos riscos”, aquele relacionado à discussão acerca da capacidade de rendimento do princípio do bem jurídico (designadamente com vistas ao asseguramento do futuro).

Donde, ainda que seja lícito objetar que estaria em desacordo com a realidade assumir-se que atualmente já estamos a viver em uma “verdadeira” sociedade de risco, seguro parece que a ingerência deste *topos* no território da nossa disciplina, ou para sermos mais precisos, em um seu importante distrito (que não poucos já designam de “direito penal do risco”), concita-nos a ponderar que ele representa, nomeadamente para o efeito de uma melhor

⁽¹³⁶⁾ De modo que quando a validade das fronteiras tanto formais como materiais do direito penal são profundamente alteradas, não vai demasia enfatizar, em unissonância com Detlev FREHSEE (“Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, *cit.* [n. 131], p. 14), que “o direito penal já não evolui, apenas muda de forma”.

⁽¹³⁷⁾ Daí que preferimos assumir, dolosamente, o risco de atrairmos uma crítica no sentido de que com a presente análise estaríamos a admitir a possibilidade de repercussão de irritativos e desarmônicos timbres sociologizantes no território penal a ignorarmos ou abordamos a moderna sociologia do risco (mas, evidentemente, não toda ela, algo que, uma vez se tenha presente a inabarcável bibliografia já disponível, revela-se virtualmente impossível) de modo demasiadamente superficial. É que estamos plenamente convencidos – desnecessárias aqui considerações adjuvantes – que o conhecimento sociológico, queiramo-lo ou não, espirala-se sobre a episteme penal, constatação esta a impedir que o venhamos a prefigurar qual objeto de perspetivação de carácter meramente aproximativo. Claro está, outrossim, que não nos vinculamos, em hipótese nenhuma, a uma qualquer corrente descendente da teoria pura kelseniana, que se proponha a sustentar uma representação hermética do direito.

compreensão da atual evolução do direito penal – bem mais ⁽¹³⁸⁾ que um simples “tema da moda”.

De outra margem, um olhar minimamente interessado (distante de uma qualquer descompromissada *epochè*) permite logo descortinar que o estudo e a compreensão do direito penal em sentido total ⁽¹³⁹⁾ não prescinde, sob um prisma metodológico, e com intencionalidade dirigida para uma visualização mais aguçada e menos obscura de sua intrínseca dinâmica e de seus atuais desenvolvimentos, de uma resoluta abertura – que não se resume a uma diminuta e tímida frincha – para a realidade empírica (que ora se convoca como horizonte problemático ou coordenada zetética em constante contato com a linha diacrônica da história), em tudo e por tudo indiciadora da irrupção de novos problemas, *i.e.*, de novos perigos ⁽¹⁴⁰⁾, perigos que ostensivos ou cobertos por um dissimulador véu, esbatem a facticidade e o solo movente da vida quotidiana, a comprimir mais e mais o horizonte ôntico ou o cenário de possibilidades do ser-aí-no-mundo ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Muito embora, e isso é indisputado, nesse *topos* se não possa divisar, *per se*, um qualquer conceito dogmático-penal, suas refrações logo fazem exigências (não raro com êxito) de pronta tradução em termos dogmáticos.

⁽¹³⁹⁾ Com isso queremos, é evidente, evocar o tantas vezes referido modelo de ciências conjuntas ou globais, integrado pelos seguintes saberes: *dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia*. Sobre o tema, e com ênfase para o estado atual da discussão acerca da precedência teleológica da política criminal, v. CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal – orientado para a Vítima de Crime*, Coimbra: Coimbra ed, 2008, p. 162 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Consumo, ambiente e biogenética são postos em evidência por SILVA DIAS ao considerá-los, de modo rigorosamente exato, como âmbitos em que há uma propensão para a manifestação das ameaças que têm proveniência nos chamados “novos riscos”. Para este autor, recentes e deveras assustadoras ocorrências como, em meio a tantas, a “crise das vacas loucas” – síndrome de Creutzfeldt-Jakobs –, além de “sucessivos desastres ambientais”, afastam quaisquer dúvidas remanescentes acerca do carácter extensivo e abrangente dos novos riscos. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro – Ambiente, Consumo e Genética Humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

⁽¹⁴¹⁾ Ser-aí-situado-no-mundo não em sentido negativo, *i.e.*, como mero não-objecto, mas em tonalidade afirmativa, ou seja, como centro de multifárias possibilidades, perspectivado como propósito ou projecto existitivo que, como tal, se alheia, talvez melhor, transcende a realidade presente. Para uma leitura pormenorizada da ideia do ser do homem como ser-no-mundo, portanto para uma mais persistente e comprometida aproximação da “analítica existencial”

Atitude esta, aliás, de valoração de uma pré-compreensiva dialéctica sistema/problema ⁽¹⁴²⁾ que traduz-se já como expressão plástica de uma específica racionalidade prática, mas que não pode nem deve ser interpretada, à *outrance* – em que pese aqui não se recusar a relevância de um chamamento ou mesmo de um “retorno” à razão prática ⁽¹⁴³⁾ –, como mera intencionalidade de total submissão instrumentalizadora da normatividade (real

heideggeriana, sem dúvida que vale compulsar o texto de VATTIMO, Gianni, *Introdução a Heidegger*, trad. João Gama, 10ª. ed., Lisboa: *Instituto Piaget*, 1996. Sobre o conceito de ser-aí, pedimos licença para atrair a seguinte passagem tramada por Bernhard WELTE, *in verbis*: “A existência humana exhibe uma autotranscendência ou um tipo de vida, que na sua clareira e tarefa de ação se descentra constantemente para o outro de si mesmo, tecendo uma relação inacabada, polimórfica e consciente nele centrada. Essa relação de si mesmo ao outro, viva, clara e realizadora de si mesma é o ser-aí nas modalidades diversas da sua autotranscendência”. V. WELTE, Bernhard, *Im Spielfeld von Endlichkeit und Unendlichkeit, Gedanken zur Deutung der menschlichen Daseins*, Frankfurt am Main: Josef Knecht, 1967, p. 14 e s. Ainda quanto ao fragmento ora reproduzido, cumpre logo reconhecer que não podíamos deixar de nos valer da fecundante tradução de PEREIRA, Miguel Baptista, *in*: “A Crise do Mundo da vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *RFILC*, vol. 4, Nº. 8 (1995), p.217 ss., p. 235.

⁽¹⁴²⁾ Convictos estamos, todavia, que o *sistema*, “*rectius*”, a “coordenada de normatividade” não dirime todas as dúvidas. Daí a importância de em um movimento contínuo de ir e vir (do olhar), sempre voltarmos a contemplar o problema. Ou, para exprimirmo-nos agora com CASTANHEIRA NEVES, no âmbito do jurídico universo se estabelecem pelo menos duas coordenadas determinantes: uma coordenada de normatividade e uma coordenada problemática ou zetética. “E se a primeira é a expressão e o desenvolvimento da validade do direito, a segunda exige ser assumida pela metodologia jurídica com vista ao juízo – que retomará em concreto a dialéctica sistema/problema. A validade normativa e o juízo jurídico, com a decisiva e irredutível mediação do problemático, eis, repita-se, as duas grandes intencionalidades e dimensões da juridicidade e do pensamento jurídico. V. NEVES, A. Castanheira, “Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade”, *in*: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito – Estudos de Direito e Filosofia*, Augusto Silva Dias *et al.* (org), Coimbra: Almedina, 2009, p. 3 ss., p. 22. Para uma interessante abordagem das problemáticas anunciadas, v. SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 4ª. ed., München: BECK, 2007, p. 57 ss.

⁽¹⁴³⁾ Apelo que também conforta e reforça o valor Justiça, e que evidentemente não conduz a qualquer desordem ou entropia sistêmica.

construído) à factualidade pré-jurídica (real verdadeiro [¹⁴⁴]), posto que tal modo de refletir e proceder resultaria em redutora capitulação do sistema normativo-penal à instantaneidade (e volatilidade) intrínsecas aos problemas que interpermeiam a realidade social, logo a converter-se, no limite, num (in)consequente sacrifício dos princípios materiais da segurança (¹⁴⁵) e da igualdade. De forma que o “discorrer de um modo juridicamente relevante”, consoante esgrime FARIA COSTA deve “(...) ser feito com base em um radical problemático mas, porque problemático, pressupondo os segmentos mais característicos que o quadro organizado dos *princípios*, das *regras* e das *normas* vai deixando no seio do próprio ordenamento jurídico” (¹⁴⁶).

Não deslustra anotar que o facto de utilizarmos uma específica terminologia – detentora de densidade categorial-simbólica, logo com capacidade para condensar-se em epítome projetante de um diagnóstico temporal-cultural da realidade construída (que não é *natura naturans*, nem tampouco *natura naturata*) pelo “prodígio que é o homem” (SÓFOCLES) – não nos prende, de modo algum, a um elenco de critérios e métodos próprios de um determinado saber (¹⁴⁷); no arco deste percurso justificante, fundamental também é articular que, segundo estamos fortemente em crer, o estudo dos

(¹⁴⁴) Que também não deixa de ser “real construído”, ou seja, “real interpretado para a aplicação do direito justo”, na dicção de FARIA COSTA (*O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n.53], p. 585 s., nota 38), ao reportar-se, especificamente, ao espaço em que o perigo opera.

(¹⁴⁵) Não nos opomos a KINDHÄUSER quando este autor assertoa ser legítima a pretensão à segurança – “um direito humano fundamental que justifica a própria existência do Estado e o seu monopólio da violência”, não cabendo ao Estado minimizar ou negar os perigos de uma sociedade de risco. Aliás, que ao Estado incumbe garantir segurança é inquestionável. Todavia, disso “não segue que as normas concernentes à prova e ao princípio da culpa devam ser postos de lado”. V. KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 233. Ainda uma nota: parece-nos que não seria demasiado supor que é intenção de KINDHÄUSER elevar o valor segurança à condição de bem jurídico.

(¹⁴⁶) COSTA, José Francisco de Faria, “O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo”, *in: Linhas de Direito penal e de Filosofia – alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 9 ss., p. 14, itálicos nossos.

(¹⁴⁷) Evidentemente que estamos a nos reportar à Sociologia. Para uma abrangente e pormenorizada panoramização das linhas vectoras dessa disciplina, v. JOAS, Hans, *Lehrbuch der Soziologie*, 3ª. ed., Frankfurt; New York: Campus, 2007.

problemas penais contemporâneos não prescinde de um diálogo próximo, franco, quase íntimo com outros saberes, designadamente porque os problemas sob uma perspectiva epistemológica lata não se confinam às fronteiras de qualquer matéria ou disciplina ⁽¹⁴⁸⁾; depois, também não se deve desperspectivar que o sistema de justiça criminal integra o sistema de controle social; daí que, por tudo isso, deve buscar-se favorecer uma maior interlocução com outros saberes: saberes empiricamente fundamentados e, sobretudo, saberes que não sejam “inimigos” ⁽¹⁴⁹⁾, e sim complementares do saber penal.

Impende salientar (cuida-se, apenas, de um intencionado “aceno sinalizador”) que o exame dos (principais) modelos ou versões explicativas da

⁽¹⁴⁸⁾ Logo, comungamos com POPPER quando ele sustenta que uma disciplina ou uma ciência representa um conjunto mais ou menos conexo de teorias orientadas a solucionar famílias de problemas mais ou menos interligados, e que o investigador é sobretudo um decifrador de problemas. Com efeito, segundo este autor, e de modo bem assertivo, “(...) Nós não somos estudiosos de determinadas matérias, mas de problemas, e os problemas podem transpor os limites de qualquer matéria ou disciplina”. V. POPPER, Karl, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London and New York: Routledge, 2007, p. 88. De facto, não há como desconcordar da bondade dessa asserção, sobremor porque há de lutar, sempre, contra a força invisível que se empenha em promover – de forma semelhante ao que se passa com o “deslocamento da plataforma continental” – o progressivo “afastamento das disciplinas”. O plástico tropo ficamos a dever a Niklas LUHMANN, flagrado em *Soziologie des Risikos*, Berlin-New York: de Gruyter, 1991, p. 10.

⁽¹⁴⁹⁾ Com isso, evidentemente – e ponha-se logo às claras –, não nos propomos a defender ou a incentivar qualquer metódica que inobserve ou procure esquivar-se do “diapasão do rigor”, que, como se sabe, também não deve importar em intransponível barreira de aço ou indevassável obstáculo à dialogação franca com as disciplinas (do espírito) ou com os saberes afins; todavia, para que o rigor não se esvaia, mingue e perca toda substância – e deste modo também pode o saber penal perder a sua bem específica fisionômica identidade –, deve logo obstar-se qualquer ensaio conducente a “excursos impróprios, divagações escusadas ou peregrinações desadequadas”. Sobre essa temática e para uma compreensão, em pormenor, não de uma qualquer metódica, mas de uma metódica deliberadamente governada pelo “diapasão do rigor” – não indiferente ou arredia à importância do manejo de um “instrumentarium teórico uniforme”, por forma a que eventuais mudanças desse *instrumentarium*, sempre que necessário a uma melhor perspetivação dos problemas, do mundo e das coisas, reclamem pronto e imediato “aceno sinalizador” – cumpre consultar COSTA, José Francisco de Faria, “O Direito Penal e o Tempo. Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição”, in: *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 11, n. 1 (2002), p. 109 ss., p. 113, notas 10 e 11.

sociedade de risco em um trabalho cujo núcleo fundante encontra-se sediado no problema do delito cumulativo ⁽¹⁵⁰⁾ – densamente inter-relacionado com a tutela penal do ambiente ⁽¹⁵¹⁾ – colabora e concorre para uma compreensão mais dilargada dos movimentos e evoluções do “novo” ou “moderno” direito penal, que um setor doutrinário, em tonalidade acirradamente crítica, designa de “direito penal do risco” ⁽¹⁵²⁾, *locus* este em que, segundo estamos convencidos, anicha-se a proteção penal ambiental: ramo emergente do direito penal relacionado com a proteção do futuro ⁽¹⁵³⁾.

De modo que o problema, o “nosso problema”, exige uma comprometida atitude hermenêutica de abertura ao novo. Aliás, já se disse, e bem, que “(...) o direito, se verdadeiro direito, é abertura ao *novum*; só o mau direito se fecha sobre si próprio e se deixa anquilosar e morrer”⁽¹⁵⁴⁾.

2. Emergência dos “novos riscos”: da sociedade industrial à sociedade de risco (primeira e segunda modernidades)

Risco é uma palavra de origem controvertida ⁽¹⁵⁵⁾ que, tudo indicia, muito embora tenha sido inicialmente utilizada por aqueles que se aventuravam

⁽¹⁵⁰⁾ Enfatizando, com absoluta propriedade, que “o *topos* da sociedade do risco ajuda a compreender o desvalor das ações cumulativas e a proposta dos delitos cumulativos”, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 311.

⁽¹⁵¹⁾ Onde mais incisivamente penetram considerações adjacentes reconduzíveis à capacidade do direito penal para o “gerenciamento dos novos riscos”.

⁽¹⁵²⁾ V. o ponto 6, *infra*.

⁽¹⁵³⁾ A propósito, esse também é o título de importante trabalho urdido por Augusto Silva Dias, citado na nota n. 140, *supra*.

⁽¹⁵⁴⁾ COSTA, José Francisco de Faria, agora flagrado em: *As Linhas Rectas do Direito*, *ob. cit.*[n. 13], p. 37.

⁽¹⁵⁵⁾ Possivelmente um “termo náutico espanhol que significa correr para o perigo ou ir contra uma rocha” (GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*, trad. Raul Finker, São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1991, p. 33); GIDDENS, em um outro trabalho, afirma tratar-se de um termo de origem espanhola ou portuguesa utilizado por navegadores ao romperem territórios marinhos inexplorados; também assinala que uma das raízes do termo deriva do verbo português “arriscar”. V. GIDDENS, Anthony, *Runaway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, 3ª. ed., New York: Routledge, 2003, p. 21 e 35. Ou, quiçá, um termo de

por novas rotas comerciais marítimas, somente vem difundir-se ⁽¹⁵⁶⁾ no início do período moderno. No prosseguimento da via agora sob análise, cumpre observar que o conceito terá vindo a originar-se da percepção de que

procedência árabe. Deveras, LUHMANN (*Soziologie des Risikos, ob. cit.* [n. 148], p. 17) promove discretamente a circulação dessa hipótese, no entanto não quebra lanças por ela, daí não dignar-se sequer a apresentar qualquer fonte que a corrobore. Aliás, este autor é taxativo ao afirmar que as verdadeiras origens da palavra são desconhecidas. Mas, e é bem de ver, mesmo essa primeira aparição ou formulação palingenética de uma ideia ou conceito de risco (transfronteiriço, mas ainda longe de repercutir em ondas transgeracionais) encontrava-se já profundamente entrelaçada com o desenvolvimento de uma determinada *técnica* (*in casu*, náutica) sem a qual não teria sido possível a escolha de uma rota alternativa àquela que singrava entre *Escila* e *Caridbis*, para, dessa forma, finalmente, sobrepujar-se, através de uma racionalidade odisseica, a mítica “superioridade da corrente marinha sobre as pequenas navegações arcaicas”. Articulado o aspecto medular da questão agora de modo límpido e lapidar: superando-se, dessarte, a própria natureza. O ponto aqui em exame nos seus traços essenciais foi, como se sabe, bem coberto por HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor, em *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. Juan José Sánchez, 3ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1998, esp. às p. 109 e s.

⁽¹⁵⁶⁾ GIDDENS defende que as sociedades pré-modernas desconheciam o termo risco e que este somente passa a circular com alguma desenvoltura nas sociedades ditas modernas (*As Consequências da Modernidade, ob. cit.* [n. 155], p. 33). Já LUHMANN, com melhores argumentos, afirma que o termo começa a ser utilizado no curso da longa transição da idade média para a primeira modernidade (*Soziologie des Risikos, ob. cit.* [n. 148], p. 17 e s.). Quanto a nós, estimamos que as sociedades pré-modernas não desconheciam o vocábulo, apenas ele não era empregue no sentido e com a frequência que só os modernos, com as específicas racionalidade e mundivisão que os caracterizam, vieram a utilizá-lo e difundi-lo. Mas, e não vai demasia lembrar, “(...) A noção de risco, como se sabe, foi introduzida no espaço cultural da nossa civilização a partir do mercantilismo marítimo e significa, na sua determinação específica, a possibilidade de se sofrer um dano conexionado com circunstâncias mais ou menos previsíveis. No entanto nela estão implícitas duas ideias fortes. A primeira baseia-se no pressuposto dinâmico, na acção que se desencadeia na esperança de se obter uma vantagem através, precisamente, da acção arriscada (...). A outra reside no próprio conceito de acaso, mas em um acaso que, contudo, aceita que o risco pode ser controlado. Isto é: que a probabilidade de um evento negativo possa ser diminuída através de um comportamento prudente ou amentada força de uma conduta imprudente ou perigosa. O que implica, por conseguinte, que só um perigo dominado possa tornar-se um risco”. V. COSTA, José Francisco de Faria, “O direito penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações ‘perigosas’”, *in: Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura de Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, t. I, Milano: Giuffrè, 2006, p. 197 ss., p. 210.

consequências inauditas e inesperadas podem eclodir não de ocultos propósitos da natureza, ou de uma intencionalidade insondável de qualquer divindade pagã, mas de decisões tipicamente mundanas ⁽¹⁵⁷⁾, prestando-se, assim, a substituir em certa medida tudo o que antes era atribuído à fortuna ou ao destino. Há, pois, boas razões para asseverar que se tratava de uma categoria de riscos que não ultrapassava uma dimensão estritamente pessoal, *i.e.*, que não transcendia, ainda, a esfera individual (de ousadia) do decisor.

Neste passo é consequente avançar-se que a modernidade clássica ou “primeira modernidade” traz consigo não só uma série de riscos até então desconhecidos, como também se caracteriza pela emergência de renovadas reivindicações de racionalidade. Diríamos mesmo que ela representa, no plano sócio-jurídico-cultural ⁽¹⁵⁸⁾, uma intensa ruptura com a tradição ⁽¹⁵⁹⁾ (no que vai muito bem), *scilicet*, uma penetrante e transversal cisão com uma ideia de mundo sublunar, imanentemente transitório ⁽¹⁶⁰⁾ e ífero – subalterno lugar de passagem para a transcendente esfera celestial –, que faz irromper uma *Weltanschauung* e um sistema de valores que se seculariza a golpes de ciência:

⁽¹⁵⁷⁾ Devemos assinalar, ainda com GIDDENS (*Runaway World, ob. cit.* [n. 155], p. 21 e s.), que originalmente a palavra “risco” pressupunha uma “orientação espacial”, e que posteriormente transferiu sua carga semântica para um sentido de “ordem temporal”, relacionado à “calculabilidade das consequências prováveis das decisões de investimento realizadas por tomadores de empréstimos e financistas”.

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre a fundamental contribuição de Hugo GROCCIO para o surgimento do direito penal moderno, destacando que a “substituição da autoridade divina pela razão humana converteu-se em um dado elementar da lei penal”, MOCCIA, Sergio, “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre Ilusiones postmodernas e Refluxos lliberales”, *in: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Jesús-María Silva Sánchez (ed.), trad. Ramón Ragúes Valles, Barcelona: Bosch, 1997, p. 113 ss., p. 113.

⁽¹⁵⁹⁾ A modernidade também tem sido muitas vezes descrita como um “colapso da comunidade e da tradição e como a era do surgimento do individualismo”. V. CETINA, Karin Knorr, “Jenseits der Aufklärung – die Entstehung der Kultur des Lebens”, *in: Bios und Zoë – Die menschliche Natur im Zeitalter ihrer technischen Reproduzierbarkeit*, Martin Weiss (Hrsg.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 55 ss., p. 56.

⁽¹⁶⁰⁾ O caráter ilusório e *transitório* da vida humana *imortalizou-se* na conhecida tríade medieval de preceitos: *memento mori* (lembra-te que morrerás); *fortuna labilis* (a sorte é inconstante); *theatrum mundo* (o mundo é um palco).

esta a grande protagonista do desmonte do universo geocêntrico e pluri-esférico.

Realmente, um dos mais importantes traços identificadores dessa primeira modernidade encontra-se já numa atitude quase religiosa de crença na razão ⁽¹⁶¹⁾ (que torna o mundo cognoscível [¹⁶²]), como também num ilimitável avanço técnico (a tornar o mundo apetecível). Com efeito, muito embora o saber ainda se não tenha tornado a principal força de produção (algo que só despontará na alta modernidade ou modernidade tardia: a nossa modernidade), a razão “converte-se em ponto unitário e central, em expressão de tudo o que anela e de tudo por que se empenha, de tudo o que se quer e se produz” ⁽¹⁶³⁾.

Sem penetrar em particularidades, cabe ainda exprimir, que ao romper com a autoridade ⁽¹⁶⁴⁾, com a tradição e com o passado o homem moderno,

⁽¹⁶¹⁾ A palavra mágica, e a ninguém é escusado desconhecer, já havia sido lançada a circular desde o Iluminismo. Mas que não se trata da primeira aparição da razão no pensamento ocidental isto é evidente. Basta lembrarmos que em pleno *Renascimento*, ERASMO anotava que já para os temporalmente longínquos estoicos – “sábio é aquele que sabe viver segundo as regras da razão” (ERASMO de ROTERDÃO, *Elogio da Loucura*, trad. Paulo M. Oliveira, coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1972, p. 30). Sem embargo, é só com o Iluminismo que a razão, “*rectius*”, a autoasserção da razão (mas também da liberdade) humana converte-se em dogma. Expressado de forma mais gráfica: passa a constituir o dogma axial da modernidade.

⁽¹⁶²⁾ Já que “o mundo”, consoante bem analisou WITTGENSTEIN com a profunda sonda da racionalidade filosófica, “decompõe-se em factos”. V. *Tratado Lógico-Filosófico*, 4ª. ed., trad. M. S. Lourenço, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29 (proposição 1.2).

⁽¹⁶³⁾ CASSIRER, Ernest, *Filosofia de la Ilustracion*, trad. Eugenio Imaz, México: FCE – Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 19.

⁽¹⁶⁴⁾ Pode, com rigor, creditar-se esse rompimento com a *autoridade* a um certo “otimismo epistemológico”, cuja origem remete à convicção de que cada indivíduo carrega consigo as “fontes do conhecimento”, podendo assim prescindir daquela graças ao seu poder de percepção e intuição intelectual para distinguir a verdade da inautenticidade: “*Man can know: thus he can be free*” (Karl POPPER, *Conjectures and Refutations*, *ob. cit.* [n. 148], p. 7). Este autor também argumenta que no centro dessa compreensão acerca da possibilidade de conhecimento repousa a doutrina de que a verdade é manifesta mas, por vezes, ela pode não se revelar espontaneamente, necessitando, então, ser desvelada. Uma vez desnuda e posta diante dos nossos olhos temos o poder de distingui-la do que é falso. Mas, se a verdade é manifesta, indaga o referido autor, como explicar o erro: são os preconceitos (ilegítimos), os

civilizado e munido da incisiva navalha mental cartesiana ergue o olhar sobre um futuro não predestinado, que se lhe descortina como horizonte aberto e móbil – fecundado de imensas possibilidades – mas também de riscos inauditos: riscos cada vez mais tecnologicamente ativados. De conseguinte, o termo risco propaga-se sem receios ou hesitações, forte em sociedades que se empenham em romper quase todos os elos com o passado (¹⁶⁵), pondo-se elas a fitar o futuro de maneira particularmente ostensiva.

Permanecendo ainda no plano descritivo, no vórtice das profundas e galopantes transformações então em curso tem início um processo de desenvolvimento técnica (¹⁶⁶) sem par na história da humanidade, que, inicialmente, encontrará legitimação na necessidade de controle (em sintonia com o projeto iluminista de progresso e felicidade “para o maior número de

prejulgamentos, as crenças equívocas que nos impedem de fazer uma leitura correta, límpida e isenta de erro, responde-nos ele com BACON (*veracitas naturae*) – embora com este esteja em parcial desacordo intelectual –, autor que, como se sabe, costumava advertir que uma correta leitura do livro da natureza exige uma purificação mental de todas as conjecturas, suposições, tradições e preconceitos (*anticipatio mentis*), já como via ou vereda para aniquilar os falsos prejulgamentos mentais e assim alcançar, descortinar a verdade que, embora evidente, se oculta. Karl POPPER também aduz que a força propulsora dessa doutrina, que encorajava as pessoas a pensarem por si mesmas, “tornou possíveis tanto a moderna ciência, como um novo sentido de dignidade humana”. Contudo, para ele essa epistemologia, que apoda de otimista, é falsa posto haver viabilizado, para além das bondades já assinaladas, tanto um exacerbado individualismo, como um odioso fanatismo. Arremata então, não sem aludir a outros contornos teóricos que evidentemente ultrapassam os limites desta breve nota, no sentido de que apesar de antitradicionalista e aparentemente antiautoritária, “a doutrina de que a verdade é manifesta instaurou uma nova autoridade”. V. Karl POPPER, *Conjectures and Refutations*, *ob. cit.* [n. 148], p. 7 e ss.

(¹⁶⁵) O risco pressupõe uma sociedade que intenta de modo ativo romper com o seu passado e, para um autor como GIDDENS (*Runaway World*, *ob. cit.* [n. 155], p. 22), em opinião que se nos antolha um tanto excessiva, esta é a “principal característica” da moderna civilização industrial.

(¹⁶⁶) Força propulsora dessas transformações não será, conforme até então, a sociedade, mas as proezas da técnica. Desse modo a incerteza quanto ao futuro é plantada, visto que enquanto a realização social é estruturada em categorias, enunciada em conceitos e analisada em todas as suas ramificações, o mesmo não acontece com a técnica. Exatamente nestes termos, FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industrie-Gesellschaft*, München: C.H. BECK, 1971, p. 33.

peças” [167]), senão já de radical domesticação (*reductio ad hominem*) dos riscos provenientes da natureza (168).

Mas uma intenção de domínio, uma insofrecível vontade-de-poder-sobre-o-mundo, aliada à emergência de uma racionalidade exacerbadamente calculante (169) irá derrapar em uma crise da “civilização técnica” (170) (que nos guiará até a atual crise ecológica [171]), crise esta afinal promovida pela razão funcional fáustico-iluminista (172), cujo projeto de progresso converte o meio

(167) Projeto ou programa de felicidade de extração utilitária, logo nada aproximado do ideal de felicidade da quietude, de imperturbabilidade ou ataraxia propagado pelos estoicos, posto que mais sintonizado com o pensamento de Jeremy BENTHAM. Para uma compreensiva visão da filosofia da *stoa*, compulsar HIRSCHBERGER, Johannes, *Geschichte der Philosophie*, 4ª. ed., Freiburg am Breisgau: Herder, 1948, esp. p. 247 *usque* 274; sobre BENTHAM, pelo enfoque não perfunctório nem rapsódico que desenvolve, ver, sobretudo, PANIAGUA, José Maria Rodriguez, *Historia del Pensamiento Jurídico*, 5ª. ed., Madrid: Universidad Complutense, 1984, esp., p. 280 *usque* 295.

(168) Ao contrário dos gregos – para quem a *physis* constituía uma parte do ser, incluindo o homem, *i.e.*, a própria essência do homem –, os modernos, partindo do conceito de natureza de Descartes estabelecem uma oposição dualista entre *res cogitans* e *res extensa*, desse modo vindo a confrontar o homem com a *physis* e a lançar os fundamentos da ciência moderna. Sobre isso, em detalhe, HÖSLE, Vittorio, *Philosophie der ökologischen Krise: Moskauer Vorträge*, 2ª. ed., München: Beck, 1994, p. 48.

(169) Vale acentuar, beneficiando-nos da análise de FARIA COSTA, que a “exaltação à *outrance* da razão, sobretudo de uma razão empenhada e descarnadamente como *ratio calculatrix*, levou a exageros insuportáveis (...)”. COSTA, José Francisco de Faria, “Ler Beccaria Hoje”, *BFDC*, n. 74 (1998), Coimbra, p. 89 ss., p. 94.

(170) Para BAPTISTA PEREIRA (“A Crise do Mundo da vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *cit.* [n. 141], p. 218), em passagem que prescinde de qualquer metáfrase ou redutora interpretação, a “(...) necessidade de realizar tudo o que é tecnicamente possível (...) é a morte das possibilidades reais da natureza, da vida e do homem, o aviltamento da dignidade, que não é só humana, mas está repartida de modo análogo pelas mais díspares regiões da natureza e da vida”.

(171) Relembrem-se as palavras de HÖSLE (*Philosophie der ökologischen Krise, ob. cit.* [n.168], p. 44), para quem um “mal-entendido entre racionalidade teleológica e racionalidade axiológica subjaz à era tecnológica moderna e é a causa mais profunda da crise e dos problemas gerais de controle das sociedades modernas”.

(172) O Iluminismo, entre outras cousas, não raro antinômicas, muitas das quais, é preciso convir, extremamente positivas foi simultaneamente um processo de “alienação” e de “reificação”. Para uma persuasiva (e já coberta pelo nobre manto da história e, exatamente por

ambiente em mero objeto ⁽¹⁷³⁾. De um jato: uma mundivisão fortemente devedora de uma ideia unipolar de progresso ⁽¹⁷⁴⁾ – portanto de linearidade⁽¹⁷⁵⁾ e de cumulatividade temporal – profundamente mecanicista: uma poderosa, porém axiologicamente indigente, ideia de mundo-máquina ⁽¹⁷⁶⁾.

A maximização da razão técnico-instrumental calculante, orientada não mais à simples domesticação, mas já a uma ilimitada subjugação da natureza e

este motivo “out” ou “fora de moda”) e demolidora análise da racionalidade funcional como razão parcial e coisificadora, v. HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración*, *ob. cit.* [n. 155].

⁽¹⁷³⁾ Daí que o homem “quando se confronta com a ‘realidade objetiva’, não encontra mais a natureza mas se desencontra consigo mesmo, isto é, com objetos que criou e processos que desencadeou, que funcionam, mas que não entende por que não é capaz de explicá-los em linguagem comum”. V. LAFER, Celso, “Da Dignidade da Política: Sobre Hanna Arendt”, *in*: ARENDT, Hanna, *Entre o Passado e o Futuro*, 5ª. ed., trad. Marco W. Barbosa, São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 9 ss., p. 12.

⁽¹⁷⁴⁾ Associamo-nos a LUHMANN quando este afirma (LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 2ª. ed., Opladen: Westdeutscher, 1983, p. 11 ss.) que no âmbito de um quadro histórico-evolucionista a noção de progresso pode ser perspectivada como uma categoria moral a dotar de sentido a própria evolução social enquanto processo.

⁽¹⁷⁵⁾ Contudo, o conceito cristão de tempo, desde que contemplado sob uma ótica soteriológica ou salvacionista, ou seja, que assume como dogma a tese de que ao final do caminho (e dos tempos) a humanidade (ou um seu fragmento) deparar-se-á na cidade celestial, também pode ser considerado como linear, mas diferencia-se, é evidente, do conceito moderno de tempo linear e sem fim (e agora em progressiva aceleração: em rota de fuga para o futuro). Aliás, merece sublinhado, e um autor como FARIA COSTA (“O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo”, *cit.* [n. 146], p. 10) não deixa de ponderar, que “(...) O progresso linear – elevado a dogma, redutor, por isso, de um qualquer desenvolvimento multipolar que se pressentia já na nascente sociedade industrial – veio fechar, em um círculo de ferro, não só o pensamento mais diretamente ligado a uma raiz sociológica, mas outrossim a própria visão axiológica.”

⁽¹⁷⁶⁾ Militam boas razões para acompanharmos BOAVENTURA de SOUZA SANTOS (*A Crítica da Razão Indolente*, *ob. cit.* [n. 9], p. 61) na análise que desenvolve acerca do papel da mecânica newtoniana para uma compreensão da matéria como algo equiparável a uma máquina, *i. é.*, matematicamente decomponível, organizada e governada por leis físicas imutáveis. Segundo este autor a “ideia do mundo-máquina é de tal modo poderosa, que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna”. Cumpre apenas assinalar que a ideia de mundo como grande mecanismo automático também foi pensada por Paul Henry Thiry ou Barão de Holbach, como também não é estranha, antes devedora, tanto a Galileu, como a Descartes, podendo falar-se em um paradigma cartesiano-mecanicista, inclusive.

dos seus processos, não apenas entroniza o saber da tecnociência, como perverte o *homo faber* ⁽¹⁷⁷⁾ em *homo oeconomicus occidentalis* ⁽¹⁷⁸⁾, e também concorre para que o *homo sapiens sapiens* decline, inicialmente à condição de *homo dolens* universal (como duas grandes guerras mundiais ainda insistem em testificar), depois o avilta ao estatuto de obtuso *homo demens* – porque “a sabedoria dilui-se na inconsciente ignorância de que a técnica serra o ramo em que o homem se apoia” ⁽¹⁷⁹⁾: razão maxicalculante descarnada do ser cujo

⁽¹⁷⁷⁾ No pensamento de Hanna ARENDT ocupa uma posição focal o distinguir-se o contemporâneo mundo tecnológico do mundo mecanizado ou técnico que assoma com a Revolução Industrial. O ponto de inflexão do qual deriva tal confrontação corresponde à diferença entre ação e fabricação, e o traço denotador da disparidade prenunciada consiste em que a industrialização alicerçava-se quase tão-somente na mecanização de processos de trabalho e no aperfeiçoamento na concepção de objetos, de forma que o homem ainda preservava uma atitude de *homo faber* perante a natureza. A esta cabia prover o material com que erguia-se o “edifício humano”. Todavia, prossegue a autora, o mundo atual é fortemente ordenado pela ação do homem sobre a natureza, criando assim “processos naturais”. Textualmente argumenta: “A fabricação distingue-se da ação porquanto possui um início definido e um fim previsível: ela chega a um fim com seu produto final, que não só sobrevive à atividade de fabricação como daí em diante tem uma espécie de ‘vida’ própria. A ação, ao contrário, como os gregos foram os primeiros a descobrir, é em si e por si, absolutamente fútil; nunca deixa um produto final atrás de si. Se chega a ter quaisquer consequências, estas consistem, em princípio, em uma nova e interminável cadeia de acontecimentos cujo resultado final o ator é absolutamente incapaz de conhecer ou controlar de antemão. O máximo que ele pode ser capaz de fazer é forçar as coisas em uma certa direção, e mesmo disso jamais pode estar seguro”. V. ARENDT, HANNA, *Entre passado o passado e o Futuro*, 5ª. ed., trad. Marco W. Barbosa, São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 91.

⁽¹⁷⁸⁾ Lembrando tratar-se de uma racionalidade marcadamente de corte eurocêntrico, BORGES, Anselmo, “O Crime Económico na Perspectiva Filosófico-Teológica”, *RPCC*, n. 10 (2000), p. 7 ss., p. 13. Ao timbrar em assinalar que em plena revolução industrial, altura em que a noção de progresso ainda tinha, como “novo motor da história”, a força avassaladora das grandes narrativas e costumava andar associada a um sonho de felicidade e de destino bom, FARIA COSTA (*O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 294 e s.) também clarifica que uma tal racionalidade não aliciava considerações depreciativas ou de desaprovação. Em boa verdade era um tempo em que o *homo oeconomicus* jactava-se em ser enaltecido como *homo gloriosus*.

⁽¹⁷⁹⁾ PEREIRA, Miguel Baptista, “A Crise do Mundo da Vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *cit.* [n. 141], p. 229. Não se flagra nem dislate nem despropósito, talvez uma extrapolação excessiva quando KAUFMANN saca a conclusão que, força da imoderação

evangelho, mais fáustico ⁽¹⁸⁰⁾ do que prometeico, conduz não tanto à conquista, mas ao “fim da natureza” ⁽¹⁸¹⁾. De forma que, como adverte KINDHÄUSER, o principal fator de risco e insegurança é o homem, o homem como “elemento de incerteza na sociedade de risco devido às suas fraquezas físicas e psíquicas” ⁽¹⁸²⁾.

Contudo, bem longe de pretendermos romanticamente (contra o desencantamento do mundo) mitificar a natureza – “varrido o mito do ‘estado natural’” ⁽¹⁸³⁾ que os Séculos XVII e XVIII fabricaram” (184) – ou defendermos

(“Masslosigkeit”) do progresso técnico e econômico, o próprio futuro da humanidade apresenta-se ameaçado (KAUFMANN, Franz-Xaver, *Der Ruf nach Verantwortung – Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt*, Freiburg im Breisgau: Herder, 1992, p. 12).

⁽¹⁸⁰⁾ No princípio não era o Verbo ou Norma, “no princípio, era a ação”, ação levada até ao limite máximo, e é sobretudo da ação que cabe ao direito penal curar.

⁽¹⁸¹⁾ Locução com a qual GIDDENS (*Runaway World, ob. cit.* [n. 155], p. 27) não pretende enunciar a extinção do mundo físico e dos processos que o organizam, mas que possui força metafórica para comunicar o facto de que existem bem poucos aspectos de nosso “surrounding material environment”, que não tenham sido de alguma maneira afetados pela intervenção do homem. Cumpriu-se, enfim, em dimensão global, a utopia de Francis BACON de sermos senhores da natureza (reconquistando assim o “paraíso perdido”); todavia, como os novos riscos são – consoante analisaremos no próximo tópico – globais e ubiqüitários, a utopia pode, ao ver de alguns, subitamente, revelar-se uma *infausta* utopia negativa.

⁽¹⁸²⁾ KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 229.

⁽¹⁸³⁾ Uma natureza intocada pelo homem nunca existiu. Aliás, e na esteira de recentes estudos envolvendo as causas do desaparecimento da civilização Maia (v. VEIGA, José Eli da, *Meio Ambiente & Desenvolvimento*, São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2006, p. 20 e 104), cabe perguntar – e não nos parece que exista algum estudo a este respeito – qual o impacto que teria sobre a natureza, por exemplo, um contingente de 900 milhões de pessoas a viver do modo que as populações indígenas não aculturadas ainda vivem atualmente. Deve-se já acentuar que a ideia, decerto de raiz romântica, de uma natureza inconspicua e imóvel encontra-se demasiadamente distante da realidade. Não se comunica, portanto, com a envolvência do mundo exterior. Ora, se bem vemos as coisas, todo o mundo biótico, todas as formas de vida superiores (o que não se aplica às bactérias, pois estas simplesmente deixam a “comida boiar a sua volta”: WHITEHEAD) encontram-se envolvidas em atividades que “modificam constantemente o meio ambiente para os seus próprios fins”. Com o homem, evidentemente, não se passa de outro modo à medida que, “no caso da humanidade esse ataque ativo sobre o meio ambiente é o facto mais importante na sua existência”. V. WHITEHEAD, Alfred North, *The Function of Reason*, Boston: Beacon Press, 1958, p. 8.

um ecocentrismo ⁽¹⁸⁵⁾ astigmático, ou ainda, e em retorto giro maniqueísta demonizarmos a ciência e o desenvolvimento tecnológico, descrevendo-os simplesmente como ameaçadores ou maléficos, temos que se não pode furtar à constatação de que a *hybris* da razão instrumental-calculadora (econômica, técnica e científica) concorreu, decisivamente, para que os riscos (e também os perigos ^[186]) ultrapassassem a fronteira individual (a mera aventura pessoal) e “progredissem” até alcançar difusas dimensões existenciais, vindo a romper limites territoriais (riscos transfronteiriços), a transpassar a narrativa e a orla temporal que separa as gerações (riscos transgeracionais) para então assumirem um protagonismo que já se apresenta como uma das notas dominantes do nosso tempo histórico.

Mas, tenha-se bem presente, o sucinto percurso histórico que acabámos de proceder bem demonstra que a razão calculante e instrumental não é um apanágio da nossa era, *i.e.*, não é uma característica (negativa) exclusiva do final desse já antigo tempo “moderno”; tão-somente esgotou-se toda a reserva de ingênuo otimismo que havia quanto à capacidade de regeneração da natureza, dando então lugar a um novo olhar, mais crítico e reflexivo, e a uma nova ética acerca da própria ideia de progresso – com inegáveis refrações no campo da normatividade penal.

D’outra parte, a razão técnico-instrumental ⁽¹⁸⁷⁾ – e isso evidentemente não nos impede de reconhecer os benefícios possibilitados pelo desenvolvimento tecnológico para o bem-estar (para não falarmos no notável crescimento da esperança de vida) dos indivíduos – poderá catapultar-nos, *ex abrupto*, tal qual “acidente sem percurso” ⁽¹⁸⁸⁾, para uma

⁽¹⁸⁴⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 297.

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre essa visão radicalista da natureza, v. o Cap. VIII, ponto 2.2., *infra*.

⁽¹⁸⁶⁾ Os riscos são novos; o perigo, o perigo sempre rondou o homem, constantemente acicatado pelo desejo de “querer ter mais e sempre mais”. Imoderação (“*Masslosigkeit*”) a que os gregos chamavam de *pleonexia*, para cuja terapia (se não já antídoto) os sábios da antiguidade clássica recomendavam a *sôphrosynê*, que traduzia as necessárias “moderação e prudência”. V. HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, *ob. cit.* [n. 45], p. 46 e s.

⁽¹⁸⁷⁾ Razão que domina o atual período da história ocidental (após os períodos grego, romano, e medieval): o período tecnológico.

⁽¹⁸⁸⁾ VIRILIO entende que velocidade e aceleração são *essentialia* da modernidade que repercutem sobre as relações sociais e jurídicas. Também adverte: “Uma civilização que

“Hochgefahrenzivilization”, quando, então, seremos todos obrigados ⁽¹⁸⁹⁾, indiscriminadamente, a conviver, de modo ainda mais intenso, com as consequências dos grandes perigos: ecológicos ⁽¹⁹⁰⁾, atômicos ⁽¹⁹¹⁾, químicos⁽¹⁹²⁾ e biogenéticos ^(193/194).

recorre à imediaticidade, à ubiquidade e à instantaneidade, põe em cena o acidente, a catástrofe”. V. VIRILLIO, Paul, *L'accident originel*, Paris: Editions Gallilée, 2005, p. 47.

⁽¹⁸⁹⁾ Uma das críticas vertidas contra a tese da emergência de um novo modelo de sociedade (de risco: BECK) fundado na ultrapassagem da “lógica de produção social de riqueza”, pela “lógica de produção social de riscos” centra-se na constatação de que esse “estádio civilizacional” ainda não foi alcançado, nem mesmo sequer nos países desenvolvidos. V. MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 51.

⁽¹⁹⁰⁾ Sobre o aquecimento global, para além de outros efeitos no sistema do planeta Terra, a exemplo da corrente extinção em massa de espécies como resultado do impacto cumulativo da ação humana nos (eco)sistemas ambientais, falando, então, em uma “Era Antropocênica”, STEFFEN, Will *et al.*, *Global Change and the Earth System – A Planet Under Pressure*, in: Will Steffen *et al.*, 2º. printing, Berlin; Heidelberg; New York: Springer, 2004, esp. p. 81 ss. Itálico nosso.

⁽¹⁹¹⁾ Enfático, afirmando que o “megaterrorismo”, ou seja, o megaterror nuclear, é um risco primacial, REES, Martin, *Our Final Hour*, *ob. cit.*, [n. 3], p. 43. Deve-se vincar que o cotidiano de milhares de pessoas que transitam nos aeroportos de todo o mundo já foi, a realidade empírica não o deixa negar, sensivelmente alterado em função de renovadas ameaças terroristas.

⁽¹⁹²⁾ Postos em evidência por Rachel CARSON em obra (*Silent Spring*, Boston: the Riverside press Cambridge, 1962) que exerceu, como se sabe, uma enorme influência sobre o movimento ecológico que, na altura em que foi dada à estampa, ainda andava de gatinhas. Mas, o silêncio, o silêncio já era plenamente audível... *and no birds sing*.

⁽¹⁹³⁾ Ainda mais inquietador do que os perigos relacionados à energia atômica, são os potenciais perigos provenientes da manipulação genética e da Microbiologia, uma vez que diversas nações há décadas possuem programas secretos de desenvolvimento de armas químicas e biológicas. Em ordem a realçar o quão delicada é a situação, Martin REES estima que “o senso de responsabilidade de cada biologista é a principal coisa a impedir a espécie humana de criar um super vírus”. De facto, a tecnologia genética, ao abrir caminho para manipulações na estrutura do gene, possibilita antever mutações de consequências sociais duradoiras e inquietantes, como o surgimento de “diferentes tipos de seres humanos”. REES advoga, que – caso a tecnologia que algum dia venha a possibilitar aos pais projetarem “crianças geneticamente superiores” esteja disponível apenas para as famílias abastadas – não levará mais do que algumas gerações para a “humanidade cindir-se em duas espécies”. Haverá então uma progressiva divisão entre os “GenRich” e os “Naturais” (v. REES, Martin, *Our Final Hour*, *ob. cit.*[n. 3], p. 12 e 47). Dito de forma mais dramática: “Saberemos cada vez

Sem dúvida que esses novos perigos destacam-se por serem bem distintos daqueles desencadeados pela chamada modernidade industrial clássica, a saber: proletarização, exploração, empobrecimento, desemprego e acidentes de trabalho. Perigos que tinham como nota característica o facto de repercutirem sobre uma esfera mais limitada ou restrita de interesses.

Opostamente, os novos riscos, *i.e.*, os riscos da sociedade pós-industrial⁽¹⁹⁵⁾ possuem um carácter coletivo ou supraindividual. Mas terão eles realmente o condão de fazerem da nossa sociedade uma “sociedade de risco”,

menos o que é um ser humano”, v. *Livro das Previsões*, citado por SARAMAGO, José, *As Intermitências da Morte*, São Paulo: Cia das Letras, 2005. FUKUYAMA, de seu turno, identifica a natureza humana com o equipamento genético do *Homo sapiens*, para ser mais preciso, com o programa genético que controla nossas interações com o meio ambiente, especialmente as nossas “reações emocionais”. Para este autor elas se encontram ancoradas no nosso genoma e são repassadas de geração em geração, apresentando-se como um padrão emocional de comportamento que funciona como um porto seguro, uma vez que “tais reações instintivas formaram a base da convivência social”. Ainda segundo o referido autor são as emoções, e não a razão, que servem de base para toda e qualquer forma de interação interpessoal. Neste sistema relativamente bem estabelecido de reações instintivas e comportamentais a intervenção manipulativa que oferece a engenharia genética poderá produzir efeitos desastrosos (para o sistema liberal democrático, inclusive). A possível vitória da mente sobre a matéria que a biotecnologia promete, representa então, paradoxalmente, sustenta o citado autor, o risco de que a humanidade venha a cair em um estado de violência generalizada, isto é, em uma “guerra de todos contra todos”. V. FUKUYAMA, Francis, *Das Ende des Menschen*, 3ª. ed., Stuttgart: DVA, 2002, p. 21 e 185 e s.

(¹⁹⁴) Falando da necessidade de buscar-se respostas às questões que reportam à identidade da espécie, potencialmente em risco de fragmentação em decorrência de manipulações no seu código genético, algo que reclama a construção de barreiras normativas fundadas numa “ética da espécie”, HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, trad. Maria Benedita Bettencourt, Coimbra: Almedina, 2006, p. 116.

(¹⁹⁵) BLINKERT demonstra empiricamente a relação modernização industrial/crescimento da criminalidade, vindo a denominar de “Síndrome de Hermes” (o deus dos mercadores e ladrões na mitologia grega) o paralelismo entre progressiva economização da sociedade e crescimento exponencial da criminalidade. Todavia quer-nos parecer que soa um tanto retórico o afirmar-se que a sociedade (pós)industrial alcançou um ponto em que em lugar de ordem “só produz entropia”, isto é, desordem. V. BLINKERT, Baldo, “Kriminalität als Modernisierungsrisiko – Das ‘Hermes-Syndrom’ der entwickelten Industriegesellschaften”, *in: Soziale Welt*, 39 (1988), p. 397 ss., p. 397 ss.

cumpra indagar. Ou os grandes perigos (perigos vitais incalculáveis) encontram-se bem mais adiante ⁽¹⁹⁶⁾: à espreita das *futuras gerações*? ⁽¹⁹⁷⁾.

Bem, ainda que se não venha a aceitar todos os “postulados” de uma “sociedade de risco”, parece-nos que se não pode deixar de constatar que já se vive (consoante uma detida análise de factos empiricamente verificáveis permite constatar), designadamente em determinados setores anichados na realidade factual – no “limiar do perigo” (“Gefährlichkeitsschwelle”).

Logo, por tudo isso, não há como em sã consciência questionar-se a bondade da ideia que se volta para a necessidade de superação (“Aufhebung”) da razão tecnoinstrumental (“forma dominante em que se manifesta a racionalidade ocidental” [¹⁹⁸]), mercê tanto da revalorização da importância do exercício constante da *raison raisonnée*, portanto da razão crítico-reflexiva⁽¹⁹⁹⁾, bem como, e não menos importante (e sem descurar-se o

⁽¹⁹⁶⁾ Tenha-se presente, à guisa de exemplo: a produção de lixo nuclear, cujo acervo imortal, aliás, não para de se avolumar. Sublinhando a dependência atual da energia nuclear (nomeadamente na Europa central), bem como timbrando que uma “eliminação total das usinas atômicas ainda não está garantida”, HOFFMANN, Hasso, “Nachweltschutz als Verfassungsfrage”, *ZRP* (1996), Heft 4, p. 87 ss., p. 87.

⁽¹⁹⁷⁾ O “efeito boomerang” de que fala BECK (e sem pretendermos aqui comunicar qualquer intencionalidade em promovermos uma apologética em prol de um milenarismo ecológico), precisamente em função da maturação de tempo lato dos processos acumulativos, dificilmente alcançará as presentes gerações de um modo mais crítico ou dramático.

⁽¹⁹⁸⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit die Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n.49], p. 688.

⁽¹⁹⁹⁾ HORKHEIMER e ADORNO não pouparam críticas ao lado mais sombrio do Iluminismo. Mas ao medirem o peso das coisas, não buscaram negar a Ilustração. Denunciaram (mas não tiveram como ponto de apoio uma crítica ao sistema capitalista de produção como em WEBER), e não sobeja dúvida qualquer, a pura razão instrumental coisificadora e promotora de um descarnado niilismo tecnológico; porém não propuseram um romântico retorno à natureza mítica; propugnaram antes por um resgate do pensamento autorreflexivo, da razão teórica (eclipsada pela razão funcionalizadora ou fáustica) e revelaram uma enorme confiança na “capacidade emancipadora” (e curativa) da razão, desde que esta se apresente inclinada a refletir sobre si mesma; só então, desse modo, pode ela prestar-se como “instrumento de reconciliação” com a natureza, natureza cuja ânsia moderna de domínio e de subjugação, terá provocado a “enfermidade da razão”. Chamando a atenção para as questões precedentemente aludidas, JOSÉ SÁNCHEZ, Juan, na *Introdução à HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor, Dialéctica de la Ilustración, ob. cit.* [n. 155], p. 31 e s.

enaltecimento do primado da dignidade do outro-aí-diferente), da construção de uma nova e “especial relação do homem com a natureza, emergindo esta, não como personagem estática a que se afivelasse a máscara de uma deusa morta, mas antes como um novo ‘outro’ com o qual o *homo dolens* deste fim de milênio não pode deixar de dialogar”⁽²⁰⁰⁾.

Todavia, a questão matricial (e que ao longo da presente pesquisa buscaremos aprofundar) que subjaz a toda essa dilemática está em saber se o direito penal tem um papel a cumprir nesta *Aufhebung*, ou seja, se o direito penal, sem perder suas características fundamentais, e sem abandono dos princípios político-criminais cardeais de cariz trans-sistemático (exclusiva tutela de bens jurídicos, intervenção mínima e *ultima ratio*), pode, de algum modo, contribuir – dito em linguagem luhmanniana – para “reduzir a complexidade” e ordenar o real-social, e também reforçar a proteção das presentes e sobretudo das futuras gerações frente aos novos e grandes perigos, sem com isso estilhaçar em um turbilhão de fragmentos o seu próprio sistema.

3. A moderna sociologia do risco.

Uma análise e discussão das características e também do norte do direito penal atual não se pode desenvolver de modo divorciado da realidade empírica, como também reclama uma pré-compreensão do modelo sócio-cultural em que encontra-se entroncada a ordem jurídica dos países de tradição continental.

De outro lado, um impulso orientado a uma mais rica discussão acerca da mútua interinfluenciação das realidades social e jurídico-normativa convida a que se proceda uma guinada aproximativa (de modo algum exaustiva) de algumas das principais concepções ou vertentes de teoria social (do risco); aliás, ver-se-á a seguir, não de todo harmônicas e apenas parcialmente

⁽²⁰⁰⁾ A limpidíssima passagem fomos garimpar em munífico ensaio – tramado pelo Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Francisco de FARIA COSTA –, já anteriormente visitado (“O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo”, *cit.* [n.146], p. 15), ao final de cuja leitura não persiste nem perdura retícula ou quadricula onde se aniche a mais mínima dúvida ou ceticismo quanto ao direito penal ter sólidas, profundas e imorredoiras raízes em rico solo filosófico.

complementares. Deve também acentuar-se que não vai aqui insinuada qualquer proposta em eleger-se um específico modelo capaz de, isoladamente, explicar de modo definitivo e exauriente a propagação seja da “lógica”, seja do “discurso” do risco sobre a episteme penal, muito embora, com rigor, tais refrações já não possam ser de todo recusadas.

3.1. ULRICH BECK: Os “novos grandes perigos” como característica saliente de uma viragem epocal

Um primeiro modelo de teoria social tem seu eixo fundante em uma crítica à sociedade contemporânea, cuja nota mais característica consiste na intensificação dos chamados grandes riscos – em parte novos, em parte só recentemente descobertos ou percebidos ⁽²⁰¹⁾ – como efeito secundário dos avanços tecnológicos. Segundo tal modelo vivemos em uma sociedade permeada de riscos incalculáveis e globais, que Ulrich BECK, o principal representante dessa vertente sociológica, entendeu de difundir como “sociedade de risco” ⁽²⁰²⁾.

Deveras, a análise que esse autor desenvolve tem como ponto axial o facto de que já estamos a viver em uma sociedade de riscos de grande magnitude, de tipo atômico, químico, *ecológico*, genético ou socioeconômico, riscos com aptidão para gerar verdadeiras “enfermidades civilizatórias”; um mundo tão diverso daquele que emergiu da modernidade (industrial) clássica,

⁽²⁰¹⁾ Modelo em que se estabelece de modo bem penetrante: “Nunca está claro se os riscos se intensificaram ou se foi a nossa visão sobre eles que se aguçou. Ambos os aspectos coincidem, condicionam-se e reforçam-se mutuamente, visto que os riscos são riscos no conhecimento; mas os riscos e sua percepção não são duas coisas distintas: são uma e a mesma coisa”. V. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 11], p. 73.

⁽²⁰²⁾ Concordando que o modelo social pós-industrial contemporâneo pode ser caracterizado como de uma “sociedade de risco”, cuja característica negativa marcante reside precisamente na “configuração *do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*”, é dizer tem fundamento “no facto de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provêm, precisamente, de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos”, SILVA SANCHÉZ, José-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 21 e s. Itálicos do autor.

que não subsiste mais qualquer divisão de classes ⁽²⁰³⁾: tão-somente, partilha de riscos ⁽²⁰⁴⁾.

A “sociedade de risco” manifesta-se então como uma realidade em que os riscos naturais, ou seja, os riscos externos ⁽²⁰⁵⁾ apresentam-se cada vez mais previsíveis (força da regularidade dos eventos) e controláveis (convertem-se assim em meros riscos); de outro lado, revela-nos uma sequência de “novos riscos”, riscos atuais, mas que, paradoxalmente, dada a latência ⁽²⁰⁶⁾ e

⁽²⁰³⁾ Embora BECK (*Risikogesellschaft, ob. cit.* [n. 11], p. 62 e s; e 285) advogue que existe uma desigual distribuição de riscos (sobretudo no que tange ao eixo geopolítico Norte-Sul), também ressalva que numa hipótese radical, de dano global ou máximo, todos serão atingidos, afastando-se assim a possibilidade de uma classe dos não atingidos. Donde, cuidam-se riscos (“civilizatórios”) cujos efeitos secundários são incalculáveis para o conjunto da humanidade, cujas causas e, sobretudo, cujos efeitos apenas podem ser compreendidos a partir de uma perspectiva lata, aberta, de caráter transterritorial e transtemporal. Vale ressaltar que um autor como DI FÁBIO chama a atenção para o facto de a tese central de BECK revelar uma afinidade significativa com a teoria marxista do inevitável “colapso da sociedade capitalista pela mão do proletariado industrial por ela mesma gerado”. V. DI FABIO, Udo, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1994, p. 54.

⁽²⁰⁴⁾ Alerta-nos BECK para a circunstância de que a “lógica” da produção dos novos riscos – e isso dramatiza um pouco mais o cenário já pouco pictórico da “sociedade de risco” – encontra-se diretamente imbricada com a lógica da produção das riquezas. Contudo, a “lógica da produção de riscos” estaria a dominar a lógica da produção de riquezas típica da sociedade industrial clássica. Segundo ele, “enquanto na sociedade industrial a ‘lógica’ da produção de riquezas domina a ‘lógica’ da produção de riscos, na sociedade de risco esta relação se inverte [...]”. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft, ob. cit.* [n. 11], p. 17.

⁽²⁰⁵⁾ GIDDENS, autor que defende um modelo bem similar ao de BECK, distingue o risco em duas grandes categorias: riscos “externos”, ou seja, aqueles de procedência não humana (decorrentes da natureza), e riscos “produzidos”, i.e., o “efeito colateral do impacto do constante avanço do conhecimento técnico sobre o mundo”. V. GIDDENS, Anthony. *Runaway World, ob. cit.* [n. 155], p. 26).

⁽²⁰⁶⁾ “As forças produtivas perderam sua inocência na reflexibilidade dos processos de modernização. A ganância de poder relacionada com o progresso técnico-econômico vê-se ensombrecida cada vez mais pela produção de riscos. Estes legitimam-se como efeitos secundários latentes”. V BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft, ob. cit.* [n. 11], p. 17. Ainda com BECK podemos realçar o facto de que contaminações nucleares ou químicas, ou através de substâncias nocivas presentes nos alimentos, com frequência não são nem visíveis nem sequer perceptíveis (*Risikogesellschaft, ob. cit.* [n. 11], p. 35), têm um caráter *acumulativo*. Do

acumulatividade que os caracterizam, em função portanto da imponderabilidade das consequências à *la longue*, i.e., força de suas ingêntas incerteza e imprecisa calculabilidade científica, desventram uma inusitada dimensão futura: riscos de proporção global (“grandes riscos”) produzidos pela alta-tecnologia e que, no limite ⁽²⁰⁷⁾, podem causar o autoextermínio da espécie⁽²⁰⁸⁾.

Depois, de acordo com o modelo que estamos a relatar, parcela significativa dos novos riscos (civilizacionais), diversamente dos riscos tradicionais, força de suas intrínsecas características, não são sequer susceptíveis de cobertura por seguro, logo os eventuais danos também não podem ser objeto de reparação ⁽²⁰⁹⁾. De modo que a sociedade de risco “fotografada” por BECK caracteriza-se pela relativa superação dos antigos riscos e geração de novos e grandes riscos: riscos artificiais (produzidos pelo homem) de grande extensão e em constante expansão.

problema da contaminação do solo, das águas e do ar por agentes químicos ocupou-se, no já distante ano de 1962, ainda assim tempestivamente, a precocemente desaparecida pesquisadora Rachel CARSON (*Silent Spring*, ob. cit. [n. 192], p. 6), que, e de modo bem acutilante, exalçara: “chemicals are the sinister and little-recognized partners of radiation in changing the very nature of the world.”

⁽²⁰⁷⁾ Mas aqui, segundo entendemos – e até para que se possa logo afastar suspeitas de uma qualquer intencionalidade em tecer um discurso que beire à escatologia, isto é de que estejamos a nos enamorar por uma “lógica” da consumação dos tempos –, não se está a vogar no campo das probabilidades (em que há uma efetiva potencialidade de ocorrência do evento), mas sim a caminhar sobre o terreno instável da mera possibilidade. Convém, em adminículo, desde logo trazer à consideração que algo só pode ingressar na categoria do provável, se já se descortinar ao menos como possível.

⁽²⁰⁸⁾ Ulrich BECK (*Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Aulavortrag der Hochschule St. Gallen, Bd. 47, St. Gallen, 1990, p. 4) acentua havermos ingressado em uma fase do industrialismo na qual as pessoas são confrontadas com os desafios provocados por decisões com possibilidade de total autoextermínio da vida terrestre.

⁽²⁰⁹⁾ Donde, evidentemente, não se subsumem ao modelo de sociedade do seguro (em que realiza-se uma predição actuarial do nível de risco, por exemplo, de alguém envolver-se em um acidente de circulação), que, e isto é mesmo incontroverso, caracteriza a sociedade do bem-estar. De modo que o sistema securitário, que realiza a tarefa de antecipar provisão social para as mais drásticas situações, colapsa diante de um cenário de megaperigos. Comparar com BECK, Ulrich, *Ecological Politics in the Age of Risk*, trad. Amos Weisz, 2^a. ed., Cambridge: Polity Press, 2002, p. 2.

Deve, todavia, desocultar-se – e em tonalidade bem crítica – que o modelo teórico de BECK não é, rigorosamente, o de uma “sociedade de risco”, mas um modelo de sociedade que se caracteriza pela ameaça de perigos modernos, perigos de grande dimensão, logo, desenganadamente, um modelo de “sociedade do perigo” ⁽²¹⁰⁾: perigos tecnologicamente induzidos. É que, em que pese a existência de uma muito próxima correlação entre risco e perigo, e a literatura especializada usualmente utilizar estes termos de forma flutuante e intermutável – e, ao longo do texto assim também procedermos –, em termos rigorosos, é interdito afirmar que se cuida de uma simples sinonímia.

Aliás, como se sabe, BECK não curou em estabelecer, ao menos não no trabalho vindo a lume em 1986 (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*), uma precisa diferenciação entre estas duas variáveis, no que o seu conceito de risco ressentiu-se de alguma turbidez ⁽²¹¹⁾. Com efeito, somente posteriormente, o próprio BECK deu-se finalmente ao zelo de precisar que as situações de risco compreendem “incertezas calculáveis e determináveis produzidas pela moderna sociedade industrial na forma de visíveis ou invisíveis efeitos secundários”; já as situações de perigo coenvolvem “incertezas incalculáveis” ⁽²¹²⁾. De um jato: os perigos produzidos

⁽²¹⁰⁾ Em sentido semelhante, com esteio em EVERS (Kommune, 6/1989, p. 33), PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko, ob. cit.* [n. 12], p. 56. Para conhecer esta e outras críticas, KUHLEN, Lothar, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *GA* (1994), p. 347 ss., p. 351.

⁽²¹¹⁾ Gize-se que para LUHMANN (flagrado em *Complejidad y Modernidad – de la Unidad a la Diferencia*, trad. Josetxo Berian e José María García Blanco, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 170), “a partir de um ponto de vista da técnica da teorização, só deve utilizar-se um conceito se ele facilmente permite reconhecer o que fica excluído”.

⁽²¹²⁾ BECK, Ulrich, *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1988, às p. 120 e s. Com uma leve e quase sutil variação de tais conceitos, estimando que no modelo de “sociedade de risco” desenhado por BECK não se cuida de uma simples percepção do risco, sequer de uma proposta de mera convivência com riscos bem específicos, PRITTWITZ (*Strafrecht und Risiko, ob. cit.* [n. 12], p. 61) estabelece que em um tal modelo (que se destaca por revelar que estamos em presença de uma sociedade crivada de grandes e reais perigos), estes, *i.e.*, os perigos, deveriam ser entendidos como “riscos incalculáveis”; já aqueles, ou seja, os riscos, caberiam ser decifrados como “perigos calculáveis”. Quanto a essa questão, FÁBIO D’AVILA anota que no âmbito sociológico, o risco, em regra, é diferenciado “da noção de perigo através da sua origem em decisões humanas”. V. D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios, ob. cit.* [n. 91], p. 28, na

remetem-nos a situações em relação às quais a humanidade não possui praticamente nenhuma experiência histórica anterior que renda ensejo à estabilização de um qualquer padrão de comparação, como, v.g., os perigos decorrentes do “efeito estufa”. Trata-se, tudo bem visto, de perigos não parametrizáveis ⁽²¹³⁾.

De outra margem, diversamente de BECK, entendemos que coexistem, até porque eles “não são excludentes, os dois sistemas axiológicos: o da sociedade de classes e o da sociedade de risco. Em termos mais gráficos: ao lado da comunidade do medo (tenho medo!) que caracteriza a sociedade de risco – mormente nos países periféricos e semiperiféricos –, subsiste a comunidade da miséria (tenho fome!) típica da sociedade de classes, situação esta que não converge para uma síntese dialética (de resto impraticável), tanto mais que convoca uma soma de resultado tenebroso” ⁽²¹⁴⁾.

Também cabe aduzir, finalmente, que ao “denunciar” o potencial catastrófico ⁽²¹⁵⁾ da “sociedade de risco”, muito embora não tenha vindo a

nota n.º 20. Também se pode articular, agora com KINDHÄUSER, que “riscos são perigos calculados”. Para este autor perigos podem ser calculados em primeiro lugar porque contra eles pode-se realizar um seguro. Em continuidade afirma que o instituto do seguro permite que os perigos se tornem socialmente toleráveis, “mas os perigos também se deixam calcular quando as condições para a possível entrada do dano podem ser detectadas e controladas”. Também assinala que em especial os sistemas técnicos têm vindo a sofrer uma sensível mudança, passando de “fontes intoleráveis de perigo, para setores toleráveis de risco, uma vez que os danos podem ser excluídos quando a condição de que se cumpram todas as condições de segurança seja preenchida”. V. KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 229. Entendendo que o perigo é um “conceito *qualitativo*”, enquanto o risco revela-se um “conceito *quantitativo* que descreve com métodos confiáveis a estimativa dos danos”, HENSCHLER, Dietrich, “Langzeitrisiken im Gesundheits- und Umweltschutz: Erkennung, Bewertung und Regelung”, *in: Die Bewältigung von Langzeitrisiken im Umwelt- und Technikrecht*, Trier: Erich Schmidt, p. 11 ss., p. 17. *Itálico* nosso.

⁽²¹³⁾ Para uma diferenciação entre risco e perigo do ponto de vista estritamente normativo, veja-se o item 2.1.1., *infra*.

⁽²¹⁴⁾ CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal orientado para a vítima de crime*, *ob. cit.* [n. 139], p. 132.

⁽²¹⁵⁾ Sobretudo quando exprime que a sociedade de risco é uma “sociedade da catástrofe” (BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 11], p. 31), cujos perigos – que também deflagram novos conflitos sociais – avultam em razão dos “muros da indiferença” (BECK, Ulrich,

defender um retorno a uma concepção de tempo cíclico, BECK retumba, intencionalmente, apocalíptico. É mister, no entanto, ponderar que o ano em que o livro *Risikogesellschaft* foi lançado a circular coincidiu tragicamente com o acidente nuclear em Tchernobyl. De modo que não é de admirar-se um certo “pessimismo civilizatório” e, embora se não possa louvaminhar os eventuais déficits de objetividade científica que apresenta, eles definitivamente não comprometem o conjunto da análise ali desenvolvida.

3.1.1. Modernidade reflexiva e a sociedade de risco autoconsciente: eventuais refrações no multiverso penal

Um outro contorno teórico que também emerge com a radicalização ⁽²¹⁶⁾ da modernidade – aliás, para não poucos, mas não todos, visto que o tema não é consensual, pós-modernidade *tout court* ⁽²¹⁷⁾ – e que nessa quadra já podemos começar a encaminhar, remete a uma intensificação da reflexividade, ou para dizermos com BECK: a uma “autocompreensão da sociedade como sociedade de risco”.

A teoria da modernização reflexiva ⁽²¹⁸⁾, nos seus traços essenciais, ocupa-se em explicar ⁽²¹⁹⁾ havermos “ingressado em uma etapa de transição

Risikogesellschaft, *ob. cit.* [n. 11], p. 61). Indiferença social esta que, segundo estamos em crer, após tantos desastres notáveis, *s.c.*, mudanças climáticas perceptíveis a olho nu e desarmado, extinção de incontáveis espécies, entre outros marcantes “afloramentos”, já não se entremostra tão acentuada: mas já reclama ou clama, e não é de hoje, por intervenção penal. Censurando as previsões catastrofistas de BECK, argumentando que elas teriam um eco mais político do que propriamente sociológico, PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, *in: El penalista liberal*, José Luiz Guzmán Dalbora (coord.), Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147 ss., p. 149.

⁽²¹⁶⁾ GIDDENS sustenta (em ensaio já anteriormente visitado: *As Consequências da Modernidade*, *ob. cit.* [n. 155], p. 50), e nós não vislumbramos motivos para desconcordar deste parecer, que “(...) Nós não nos deslocamos para além da modernidade, porém estamos vivendo precisamente uma fase de sua radicalização”.

⁽²¹⁷⁾ Ajuizamos, porém, que a expressão *tardomodernidade* melhor se ajusta à atual quadra histórica, *maxime* porque a modernidade ainda não foi, técnica, cultural e cientificamente superada.

⁽²¹⁸⁾ Por modernização reflexiva deve entender-se a autoconfrontação com os efeitos da “sociedade de risco”, que se mostram rebeldes a tentativas de dimensionamento pelos

na qual as fundações da sociedade industrial e o próprio regime do Estado do bem-estar social encontram-se sendo erodidos e transformados”. Assim, se contemplarmos a ideia de modernização reflexiva como um processo que transporta-nos da “sociedade industrial” para a “sociedade de risco”, a época atual pode ser examinada de modo mais perscrutador, s.c., não apenas em função dos agravamentos dos perigos e dos riscos, mas como uma sociedade que se estrutura e se organiza com o propósito de melhor entender e, sobretudo, lidar com esses novos fenômenos ⁽²²⁰⁾.

parâmetros estabelecidos pela “sociedade industrial”. V. BECK, Ulrich, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 36 ss. No contexto de uma modernidade reflexiva fica transparente que as pessoas começam a se preocupar não tanto acerca do que a natureza lhes pode causar e bem mais com os danos provocados pelo Homem ao ambiente. Reflexividade que terá se originado “do superdesenvolvimento da modernidade industrial, que acabou gerando ameaças que não puderam ser assimiladas pela racionalidade da época industrial [...]. O que anteriormente parecia funcional e racional aparece agora como uma ameaça à vida [...] Com isso, as instituições abrem-se para o questionamento político de seus fundamentos”. V. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.*, *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30 e s.

⁽²¹⁹⁾ Deve ponderar-se que o agudo diagnóstico da crise civilizatória apresentado por BECK, no qual de modo bastante impactante exprime que a natureza transformou-se em “fenômeno produzido” (*Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 11], p. 9), já está presente nas obras dos teóricos da Escola de Frankfurt “dos anos trinta”, fundamentalmente direcionadas a uma estruturalizante crítica da razão instrumental. Sem embargo, contrariamente a HORKHEIMER e ADORNO, ele propõe que a modernidade industrial ao romper quer com os seus limites, quer com a sua própria lógica interna terminou por instaurar um novo processo, um *work in progress* denominado de “modernização reflexiva”, cujas projeções irradiam-se para além das possibilidades e panoramas da sociedade industrial clássica, descerrando-se assim um novo horizonte de possibilidades, que terminaria por assumir o controle dos princípios tanto sociais, políticos como culturais desta última, transformando-os radicalmente, quiçá para além do reconhecimento e, não raro, em contraposição aos próprios fundamentos da sociedade industrial primordial.

⁽²²⁰⁾ STRYDOM, Piet, *Risk, Environment and Society*, Buckingham-Philadelphia: Open University Press, 2002, p. 46 e s. Já para SILVA DIAS é por manifestarem-se “como se fossem catástrofes naturais e é a expansividade e a dramaticidade dos seus efeitos que obriga as sociedades contemporâneas a confrontarem-se reflexivamente com eles e com a racionalidade que os gera”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 23.

É de destacar que BECK logrou redirecionar o discurso sociológico do risco para o intrigante problema relacionado às próprias condições sociais de constituição do risco e fê-lo tendo como referente, apenas e tão-somente, uma “importante modificação social” que assumiu a forma de um “processo de endogenização”, ocorrida nos anos 70 do Século XX. Dito em forma de epítome: o meio ambiente natural foi incorporado pela sociedade ⁽²²¹⁾.

Disso decorre que muito embora as questões ambientais aparentemente manifestem-se na forma de problemas externos, elas não passariam de problemas intrassociais, *i.e.*, de ameaças internas – incertezas produzidas –, é dizer, ameaças provocadas não pelo ambiente natural externo à sociedade, mas pela própria sociedade.

Cabe ainda articular que na medida em que os diversos modelos de sociedade de risco em circulação podem estimar-se como complementares e compossíveis, confessamos não intuir o fundamento último por que dever-se-ia repudiar integralmente as teses de BECK, não sendo lícito por exemplo negar-se-lhe o mérito ⁽²²²⁾ em haver diagnosticado – ao descrever a realidade de modo bem impressionante – que estamos a vivenciar uma mudança de época ⁽²²³⁾. Melhor ainda: um momento de ruptura em que a “sociedade de risco” ultrapassa a “sociedade industrial” ⁽²²⁴⁾, porém numa velocidade bem mais intensa do que a derradeira lograra superar ou transpor a “sociedade agrária”.

⁽²²¹⁾ Fundamentalmente nessa direção, STRYDOM, Piet, *Risk, Environment and Society*, *ob. cit.* [n. 220], p. 54.

⁽²²²⁾ Muito embora reconheçamos que ele de algum modo peca por formular uma visão algo unilateralista do problema do risco.

⁽²²³⁾ O objetivo da diagnose apresentada por BECK, segundo o próprio, foi o de elaborar um novo “modelo para a compreensão dos nossos tempos”. V. BECK, Ulrich, “Risk society revisited”, *in: The Risk Society and Beyond*, Ulrich Beck e J. van Loon (ed.), London: Sage, 2000, p. 226.

⁽²²⁴⁾ Deve ainda dizer-se, nos passos de TOURAINE, que a exaustão do modelo da sociedade industrial prenuncia a transição inevitável para um novo modelo de sociedade “mais activo, mais móvel e ainda mais cheio de perigos do que aquele de que saímos”. Por outro lado, seguindo de perto a lição deste autor a sociedade pós-industrial caracteriza-se pela sua capacidade em produzir não apenas bens materiais ou serviços, mas, sobretudo, bens simbólicos dotados de invulgar aptidão para recriar ou “programar” tanto as necessidades, como alterar até mesmo os valores dominantes, distinguindo-se então da sociedade industrial (que se notabilizara por haver transformado os meios de produção) precisamente no que

Trata-se, enfim, de um modelo que em seus traços essenciais apresenta uma intencionalidade em dar o máximo de visibilidade (dramática) ao imperscrutável e ao intransparente ⁽²²⁵⁾ – pois “o que não vemos nem queremos ver sempre transforma o mundo de forma clara e ameaçadora” ⁽²²⁶⁾ – algo que para não poucos bem poderá soar como puro alarmismo. No entanto esta constitui-se, segundo pensamos, uma crítica excessiva e, quiçá, demasiadamente vassala de uma visão ingênua e utopista do progresso (e dos imparáveis avanços da tecnologia), como igualmente cega para a mais drástica crise ecológica já enfrentada pela humanidade. Mas com isso afirmar longe, muito longe estamos de defender que o direito penal será a resposta adequada a dar a todas as tardomodernas formas de manifestação do perigo.

3.2. LUHMANN: Racionalidade orientada para o risco. O “primado” do futuro

Nos quadros de uma sociedade funcionalmente diferenciada reconhece LUHMANN, logo de saída, e com a imperturbabilidade de quem não se abala com as consequências perversas (colateralidade) da evolução social, que o problema do risco (antes restrito a alguns poucos arrojados aventureiros), a mais de inevitável e incontornável – “tornou-se universal” ⁽²²⁷⁾.

É acertado assinalar que na economia da vastíssima obra de LUHMANN a modernidade, ao influxo de solidificar estruturas voltadas à organização social, passa a relacionar-se com o futuro mediante um mecanismo que ele denomina de “temporal-vinculante” (“time-binding”) e, opostamente ao que era

modifica e reelabora os próprios “fins da produção, isto é, a cultura”, daí ter vindo a defender que vivemos em uma “sociedade programada”. V. TOURAINE, Alain, *O Retorno do Actor – Ensaio sobre Sociologia*, trad. Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 150, itálico nosso.

⁽²²⁵⁾ Aqui, advirta-se desde logo, não num sentido habermasiano, pois quando HABBERMAS (*Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1985, p. 141 ss.) fala-nos de uma “nova intransparência” quer rigorosamente significar, como se sabe, o denso cipoal jurídico-burocrático (sistema) que infiltrou-se no mundo-da-vida, regulamentando-o até torná-lo deformado e opaco: resistente à qualquer rasgo ou fresta de transparência.

⁽²²⁶⁾ BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft*, ob. cit. [n. 11], p. 306.

⁽²²⁷⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, ob. cit. [n. 148], 1991, p. 3.

usual no passado (Século XIX até o terceiro quartel do Século XX), quando ainda havia certa unidade entre as dimensões temporal e social, na modernidade avançada constata-se que as incertezas próprias da dimensão temporal infiltraram-se na dimensão social ⁽²²⁸⁾. Num tal contexto, haverá agora de perceber o futuro com o instrumental da probabilidade, *i.e.*, um vero mecanismo racional de projeção temporal que passará a exercer grande influência sobre as instituições sociais, vindo a refratar-se, outrossim, sobre específicas zonas da normatividade: fenômeno a que se não encontra imune o direito penal moderno.

Não é despiciendo clarificar que esse novo sentido relacional-temporal se não logra dilucidar o “espírito da época”, decerto deságua numa profunda mudança no modo de a sociedade estabelecer uma “ligação com o tempo”. De tal sorte que o conceito de risco pode já ser concebido, não fortuitamente, como uma “forma de problematização do futuro” ⁽²²⁹⁾ – desocultando-se aqui uma das consequências mais insinuantes da já aludida intensificação (ou radicalização) da modernidade ⁽²³⁰⁾, que ao enraizar-se ainda um pouco mais no tecido social tardará em se autoultrapassar –, contorno teórico este que também descortina uma nova maneira (sistemática) de pôr-se o “horizonte temporal” em aberta perspectiva.

Mas, e é dever observar, cuida-se de um futuro que não extravasa por inteiro a orla do tempo presente, vez que “o risco (...) é uma forma para realizar descrições presentes do futuro, a partir do ponto de vista de quem pode decidir, em atenção aos riscos, por uma alternativa ou outra” ⁽²³¹⁾. De sorte que perante o quadro teórico que nos apresenta aquele autor, nas sociedades contemporâneas já seria possível observar-se, como efeito do surgimento de

⁽²²⁸⁾ Cotejar com STRYDOM, Piet, *Risk, Environment and Society*, *ob. cit.* [n. 220], p. 66.

⁽²²⁹⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 59.

⁽²³⁰⁾ LUHMANN parece ressoar como um legítimo iniciado da teoria da modernização reflexiva ao argumentar que “(...) a sociedade moderna, ao iniciar sua autopercepção (...)” passa a orientar-se para o futuro, pois “tanto na técnica como no humano se descreve a sociedade através da projeção de um futuro”. V. LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad*, *ob. cit.* [n.211], p. 157 e s.

⁽²³¹⁾ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad – De la unidad a la diferencia*, *ob. cit.* [n.211], p.163.

uma razão fortemente orientada para horizontes futuros, uma progressiva perda de aderência do passado ⁽²³²⁾ relativamente ao presente⁽²³³⁾; e, tudo indicia, ao perder capacidade em codeterminar o tempo presente, o passado terá tornado-se rudimentar e sem fulgurações.

A serem pertinentes as reflexões daquele autor, a causa última dos modernos perigos e da sua espetacular expansão, diferentemente dos perigos⁽²³⁴⁾ “tradicionais” ⁽²³⁵⁾, deve buscar-se às decisões racionais ⁽²³⁶⁾ dos

⁽²³²⁾ Para um tal fenômeno também concorre a constante perda de importância da tradição, “que selecione e nomeie, que transmita e preserve, que indique onde se encontram os tesouros e qual o seu valor”, de modo que “parece não haver nenhuma continuidade consciente no tempo, e portanto, humanamente falando, nem passado nem futuro, mas tão-somente a sempiterna mudança do mundo e o ciclo biológico das criaturas que nele vivem”. V. ARENDT, Hanna, *Entre o Passado e o Futuro*, *ob. cit.* [n. 177], p. 31.

⁽²³³⁾ Referindo-se ao presente, e de modo bastante impressionante, como uma “dimensão temporal omnívora”, neste particular considerando o nosso tempo como um tempo submetido a um “cronocentrismo exacerbado”, MARQUES, Mário Reis, “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestor?”, *in: Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito – Estudos de Direito e Filosofia, org. Augusto Silva Dias *et al.*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 411 ss., p. 412 e s.

⁽²³⁴⁾ A compreensão das assimetrias entre perigo e risco em LUHMANN também depende de que se interprete a manifestação de um conflito a partir da posição de um *observador privilegiado* (um observador de segundo grau: “O que é construído como realidade está garantido em última instância só pela observabilidade das observações”. Assim, LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad*, *ob. cit.* [n. 211], p. 151), *i.e.*, que seja capaz de distinguir aqueles que decidem, daqueles que são afetados. Dito de outra forma e operando uma tradução para a semântica do jurídico: “a fronteira entre perigo e risco depende de uma teoria da imputação”. Neste termos, LOUREIRO, João, *Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade do Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência* (Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares), Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 798 ss., p. 808. Neste ritmo, com a crescente mutação dos perigos em riscos estes, os riscos, podem ser descritos já como “artefactos de imputação” (“Zurechnungsartefakte”). Realmente, em LUHMANN a diferença entre risco e perigo repousa em situações de atribuição, subordina-se, dessarte, “a quem e de que modo os danos contingentes são imputados”. Para ele o hipotético câncer comparece como um risco apenas para o fumador; para os demais, representa sempre um perigo. Idêntico raciocínio aplica-se a quem propõe-se a conduzir veículo automotor arriscadamente, colocando então em perigo tanto pedestres ou peões como os demais condutores. Ou seja, a “diferença entre perigo e risco reside na contraposição entre quem decide (liberdade) e aquele que suporta as consequências da decisão alheia”, flagrando-se

sujeitos individuais ⁽²³⁷⁾, cuja força e potencialidade surpreenderam-se geometricamente catapultadas pelas incontáveis oportunidades advindas das novas tecnologias.

Deveras, entende LUHMANN que a partir da modernidade avançada, com o propósito em estabelecer alguma previsibilidade, o sistema social passa a assumir perigos de difícil controle (altamente imprevisíveis) na chave conceitual de riscos, e de tal modo que em sentido lato o conceito de risco termina por canibalizar o conceito de perigo. Assim, pode conjecturar-se que o “primado do futuro” desnuda-se devedor de uma específica racionalidade: capaz de verter os perigos para a linguagem do risco; isto é, uma racionalidade inclinada a traduzir os perigos (situações fora do controle decisional) para a “aritmética das probabilidades” (forma em que se faz conhecer o futuro no presente), em ordem a imunizar os processos de decisão ⁽²³⁸⁾ contra fracassos e perdas, ou seja, contra as “contingências negativas”. Ao que cremos, associando-nos aqui a LUHMANN, que um total distanciamento do risco significaria, sob as atuais condições sociais, nada menos do que um demitir-se da racionalidade calculadora ⁽²³⁹⁾.

Este autor não desconhece que complexidade ⁽²⁴⁰⁾, imprevisão e incerteza concorrem para uma maior insondabilidade do futuro. Mas uma tão

assim um claro elo interno de ligação entre risco e perigo. Detalhadamente sobre o quanto precede, consulte-se LUHMANN, Niklas, “Risiko und Gefahr”, in: *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation – Einführung in die sozialwissenschaftliche Risikoforschung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 138 ss., p. 160 e s.

⁽²³⁵⁾ Que se surpreendam condicionados tanto por fatores externos como por intromissões ou ingerências desligadas da vontade humana, situações estas prefiguradas como azar ou destino, *i.e.*, situações insuscetíveis de imputação causal do dano.

⁽²³⁶⁾ LUHMANN afirma (*Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 6), categoricamente, que “aumentou a sujeição da sociedade às decisões”.

⁽²³⁷⁾ Que agora necessitam vir descritas quanto aos seus eventuais danosos efeitos de acordo com a lógica interna do binômio *probabilidade/improbabilidade*.

⁽²³⁸⁾ Só se fala de risco se e na medida em que as consequências podem atribuir-se a decisões. Exatamente nesses termos, LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n.148], p. 6.

⁽²³⁹⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 22.

⁽²⁴⁰⁾ Verdade seja dita: já não cabe falar, apenas, em complexidade. Trata-se antes de situações de uma atordoante perplexidade diante da inadequação das tradicionais formas de

acentuada imprevisibilidade quanto ao que está por vir repousaria não apenas na hipercomplexidade da realidade, posto que ela também ficaria a dever-se aos próprios processos de decisão. Em semântica luhmanniana: processos de vinculação temporal. De outra banda não é de surpreender qualquer fissura no pensamento de LUHMANN quando ele deduz que a retromencionada “moderna” inclinação para o futuro ter-se-á acentuado, ainda um pouco mais, a partir do instante em que a “questão ecológica” (ou uma consciência ambiental) “penetrou a dimensão sociológica”⁽²⁴¹⁾.

Seja dito que é uma consideração de nervura meio ambiental que o conduz a sugerir que o modelo quantitativo (senão já atuarial) dos cálculos de risco (tratamento estatístico fortemente influenciado pela ciência econômica) já estaria a merecer um ajuste, posto ser usualmente orientado para “expectativas subjetivas de benefício”, bem como também a ponderar que esse cálculo (o seu resultado) só é aceitável, quando muito, enquanto o “portal da catástrofe”⁽²⁴²⁾ não é transposto.

Importante também é articular, seguindo de perto o pensamento de LUHMANN, que tanto a percepção, como a valoração e a aceitação do risco comparecem muito mais como um problema social do que um problema psíquico. Isso terminaria por introduzir – especialmente em face do surgimento de um acrescido interesse por segurança⁽²⁴³⁾ – o problema da “seleção dos riscos”⁽²⁴⁴⁾. (E aqui já podemos começar a nos perguntar quais riscos se

pensar a resolução dos problemas que afloraram nessa nova e movediça facticidade. Para uma instigante e instrutiva leitura sobre a conduta humana e os limites da responsabilidade em situações de alta complexidade, DÖRNER, Dietrich, *Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen*, 3ª. ed., Hamburg: Rowohlt, 2004.

⁽²⁴¹⁾ LUHMANN, Niklas, *Comunicazione Ecologica. Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?*, trad. Raffaella Sutter, Milano: Franco Angeli Libri, 1989, p. 59 e s. e p. 231 e s.

⁽²⁴²⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 10 e s.

⁽²⁴³⁾ Ao seguir-se de perto a exposição de LUHMANN (*Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 28 e 32) verifica-se, sem demora, que “segurança” apresenta-se como contraconceito (“Gegenbegriff”) ou contraponto ao conceito de risco.

⁽²⁴⁴⁾ Consoante nos dá conta Niklas LUHMANN, in: *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p.10 ss.

sobressaem ou são juridicamente relevantes a partir de uma prospectiva do direito penal ambiental).

Nesse ritmo uma “sociedade de risco”, no bem recortado enquadramento em que se estabiliza a formulação luhmanniana ⁽²⁴⁵⁾, caracteriza-se mormente por apresentar-se como uma sociedade dominada por uma específica racionalidade (normativa): intensamente voltada para o risco. De modo que uma obsedante “compulsão voltada à presentificação do futuro atinge, em maior ou menor dimensão, todo o direito” ⁽²⁴⁶⁾ – consoante, seja dito de passagem, pode-se observar, e sem muita dificuldade, ao contemplar-se o contemporâneo sucesso das diversas teorias de prevenção.

É que a espetacular irrupção dos grandes riscos, tudo está a sinalizar, terá contribuído para uma intensa consciencialização social quanto a uma exposição a riscos de alta consequência, vindo a gerar uma percepção ao risco (“Risikowahrnehmung”) – claramente condicionada por processos comunicacionais de atribuição – que, juntamente ao prefalado impulso para segurança veio convocar, para o plano jurídico, o princípio da “orientação para as consequências” ⁽²⁴⁷⁾.

De seu turno, a associação desse princípio a um estridente “discurso do risco” terá conduzido o ordenamento jurídico a chamar para a sua esfera competencial o problema do risco de maneira irrazoável, é dizer: saturando sua capacidade de prestação intrassistêmica, vindo assim a produzir o fenômeno

⁽²⁴⁵⁾ No modelo ora em disceptação, embora relevante, a tecnociência não se mostra como fator fundamental para a produção de perigos. Daí que tal formulação não é, rigorosamente, enquadrável na moldura teórica da “sociedade de risco”. A propósito, e é mister não omitir, LUHMANN (*Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 13), com uma certa dose de ironia, entende não ser papel da sociologia “alarmar a sociedade”, opondo-se assim frontalmente à “sociologia crítica” de BECK (propagada, designadamente, em *Die Risikogesellschaft*, *cit.* [n.11]).

⁽²⁴⁶⁾ Instrutivo, LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 69.

⁽²⁴⁷⁾ Segundo PRITTWITZ, um dos penalistas que mais se deteve sobre a análise luhmanniana do risco, LUHMANN não só elabora uma “crítica à legitimação das decisões jurídicas através da orientação para as consequências”, como considera que tal “princípio” (orientação para as consequências) constitui já um sintoma da “sociedade de risco”. V. PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 121 e 123, na nota 55.

que usou-se denominar de “dissolução da normatividade” ⁽²⁴⁸⁾. Com efeito, bem vistas as coisas LUHMANN inclina-se a inteligir que a ordem jurídica – entendida como “sistema funcional parcial” –, não estaria em condições de solucionar de modo adequado a questão do risco. Aliás, segundo ajuíza este autor, tem-se aqui um problema sob a vassalagem do domínio temporal. Daí verberar: “Riscos não se transgridem” ⁽²⁴⁹⁾.

Segundo PRITTWITZ, em conseguido esforço em epitomar o pensamento sócio-jurídico de LUHMANN, “quanto mais uma orientação para o risco penetra o sistema jurídico, tanto mais a função tradicional das normas em estabelecer uma decisiva distinção entre lícito e ilícito (e com isso estabilizar expectativas em ordem a facilitar a condução social), tem de ser renunciada”. Também agrega que nessa linha de compreensão um ordenamento jurídico que vê-se instado a dar solução ao problema do risco tenderia a “sobrecarregar-se normativamente e a abdicar de suas autênticas aspirações normativas”. E, uma vez interpelados por um tal quadro, “os princípios de atribuição da responsabilidade terminariam por ser abandonados, para então dar lugar a uma legislação desestruturada e orientada – de forma drástica e politicamente irresponsável – à configuração do futuro” ⁽²⁵⁰⁾.

Cabe articular, finalmente, mas não por último, que LUHMANN apoia-se em um marco teórico cuja matriz, como se sabe, repousa na teoria da diferenciação funcional da sociedade (portanto uma matriz bem distinta daquela em que BECK estabilizou o seu discurso), tendo vindo a empenhar-se em construir uma conceitualização do risco hábil a permitir que este seja compreendido como uma descrição social vocacionada à obtenção de maiores coeficientes de redução da complexidade (e também da incerteza conexionada ao futuro). Vem a propósito pôr em destaque que, visto bem de perto, o modelo de risco concebido por LUHMAN parece ajustar-se muito mais ao de uma “sociedade da contingência”, *i.e.*, uma sociedade cada vez menos segura quanto à sua capacidade de previsibilidade – do que propriamente ao de uma “sociedade de risco”.

⁽²⁴⁸⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 68.

⁽²⁴⁹⁾ LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, *ob. cit.* [n. 148], p. 67.

⁽²⁵⁰⁾ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p.126.

Alguns reparos somos instigados a fazer. Soa contraditório LUHMANN escarnecer da “sociologia crítica” de BECK e subestimar o papel (relevante) da tecnociência para a produção dos novos riscos (muito embora o próprio LUHMANN não ignore a percepção social quanto a tais riscos) e simultaneamente reconhecer que aumentou significativamente a sujeição das sociedades às decisões individuais (temporalmente vinculantes).

Também pensamos que se não pode confundir a necessidade de “denunciar” a existência fenomenológica ou empírica dos “novos riscos” (a exigirem adequado tratamento, de regra mercê políticas administrativas precisamente de “gestão do risco”) com as detrimetosas sequelas advindas de uma forte reorientação normativa para as “consequências”. O criticar-se, corretamente, o “discurso do risco” (verberado, não raro, como se sabe, com propósitos puramente simbólicos), não deve, à *outrance*, conduzir quer à negação da existência real de novos e grandes perigos (que aguardam tradução para a semântica do risco), quer a uma total inaptidão do direito para o seu enfrentamento.

Feitas essas breves observações há, ainda, de salientar a importância do apontamento que faz LUHMANN quanto ao destacado papel – na modernidade avançada – do instrumental da probabilidade para o funcionamento das instituições sociais, mecanismo tipicamente calculante que presta-se a desnudar tanto uma racionalidade fortemente orientada para o futuro, como uma sensível perda de relevância do passado – tornado intranscendente e sem qualquer luminância. Estes são, aliás, aspectos que podem ser flagrados, se fizermos aqui um paralelismo com a nossa disciplina, já na contemporânea permuta entre um direito penal do *evento* por um direito penal do comportamento: um direito penal *futuristamente orientado*.

3.3. Classificação dos riscos segundo LAU

LAU ⁽²⁵¹⁾ distingue os riscos em três categorias que, segundo propõe, coexistem paralelamente:

⁽²⁵¹⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, in: *Soziale Welt* (1989), p. 418 ss.

- a) riscos tradicionais;
- b) riscos decorrentes da sociedade industrial do bem-estar e;
- c) os novos riscos.

Os primeiros pertencem ao *ethos* de algumas atividades profissionais⁽²⁵²⁾, tendo difundido-se sobretudo aquando da passagem para a era moderna. Tais riscos, livremente assumidos e temporalmente circunscritos eram, e ainda hoje são, valorados de modo positivo. Outra importante característica desta específica categoria é que se trata de “riscos suscetíveis de imputação individualizável” ⁽²⁵³⁾.

Já os riscos inscritos na categoria “b” apresentam-se como passíveis de racionalização mediante um “cálculo de probabilidade”, fator que os torna suscetíveis tanto de estimativa como de cotejamento. O autor em epígrafe também argumenta que precisamente em decorrência do surgimento desta classe – cronologicamente intermediária – teve lugar um intenso processo de “cientificização do risco” que possibilitou a institucionalização de estruturas securitárias voltadas à coletivização ou socialização dos riscos de dimensão individual: os riscos da sociedade industrial são, portanto, riscos seguráveis.

Já os “novos riscos” (alínea “c”) caracterizam-se faticamente pelo seu caráter difuso – mostrando-se avessos à “evidenciação das conexões causais”⁽²⁵⁴⁾ –, bem como ainda por tenderem a provocar danos “difícilmente reconduzíveis a um agente determinável” ⁽²⁵⁵⁾. Com efeito não estaremos aqui, de regra, diante de riscos voluntariamente assumidos, como sói ocorrer com os chamados riscos de primeira geração ou “tradicionais”, pois os riscos tardomodernos ou “novos riscos” têm origem em múltiplas condutas individuais, ou então reconduzem-se a “decisões de teor institucional”. Desencadeiam, portanto, quase sempre, “efeitos não intencionais” provenientes do

⁽²⁵²⁾ LAU refere os seguintes exemplos: o capitão de um navio comercial, o naturalista, o médico ou o empresário em uma sociedade pré-capitalista.

⁽²⁵³⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 420 e s.

⁽²⁵⁴⁾ Esse autor também refere à sistemática dispersão das causas do risco em “sociedades funcionalmente diferenciadas”, bem como à “difusa perturbação que o risco provoca em sociedades com tais características”. V. LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 423.

⁽²⁵⁵⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 419.

comportamento coletivo ou massificado (LAU elenca, à guisa de exemplo, a poluição atmosférica) ⁽²⁵⁶⁾.

Decisivo para que os perigos coletivos fossem percebidos como resultado global de inúmeras condutas individuais foi, segundo LAU, a descoberta pela ciência da existência de intrincadas conexões causais: “Efeitos de *acumulação* certamente sempre existiram, mas só por meio da demonstração de um liame causal entre os riscos socialmente provocados e catástrofes naturais como erosão de solos, buraco de ozônio, morte das florestas, poluição do ar, dos meios aquíferos, envenenamento de substâncias alimentícias, epidemias e superpopulação ⁽²⁵⁷⁾ é que foi possível redefini-los”. De conseguinte, somente a partir do avanço do conhecimento científico é que foi possível constatar-se uma “*corresponsabilidade individual* para os perigos globais” ⁽²⁵⁸⁾.

Outro aspecto sublinhado por LAU deve ser trazido à sirga: os novos riscos, malgrado produzidos pelo homem, provocam danos que para os afetados possuem a “inevitabilidade e a anonimidade das catástrofes da natureza: é essa relação paradoxal que envolve responsabilidade pessoal e fatalidade coletiva que termina por cunhar a estrutura lógica do discurso do risco” ⁽²⁵⁹⁾.

Importante é, então, ter presente que vivemos em um tempo de múltiplos riscos, um tempo em que coexistem riscos passíveis de evitação, riscos que se deixam calcular e riscos de largo espectro, de longo “perfil” temporal, de grande magnitude, riscos capazes de provocar, *e.g.*, uma *vitimização difusa*, ou seja, riscos de danosidade supraindividual, quiçá, *transgeracional* ⁽²⁶⁰⁾: vivemos, deveras, em uma sociedade pós-industrial do risco.

⁽²⁵⁶⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 422 e s.

⁽²⁵⁷⁾ A propósito, há quem entenda que os graves problemas com que depara atualmente a humanidade são muito mais de ordem demográfica e econômica do que de “natureza química”. V. McKIBBEN, Bill, *The End of Nature*, London: Penguin Books, 1990, p. 11.

⁽²⁵⁸⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 423. Itálico nosso.

⁽²⁵⁹⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 424.

⁽²⁶⁰⁾ Riscos “produzidos pela ação humana no seio de uma dinâmica social globalizada, conduzida por uma racionalidade instrumental, que ameaça não só as estruturas comunicativas do mundo da vida mas a própria existência humana e as suas bases naturais”. V. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in se e Delicta mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p. 229.

4. Uma primeira contemplação jurídico-penal do problema: o risco e o perigo

Entendemos que uma autocompreensão da sociedade como “sociedade de risco” e, conseqüentemente, sua mais pequena tolerabilidade a condutas perigosas, interferem com alguma intensidade sobre o campo gravitacional do saber penal, que se surpreende político-criminalmente “pressionado” a intervir proativamente.

Dito agora em um timbre “funcionalista”: o subsistema ⁽²⁶¹⁾ penal vê-se instado a reorganizar-se em sintonia com a própria estruturação da realidade

⁽²⁶¹⁾ Sobre a noção de sistema e de subsistema no âmbito do direito, v., por todos, TEUBNER, Günther, *O Direito como Sistema Autopoiético*, tradução e prefácio, José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Cumpre também assinalar que associamo-nos a FARIA COSTA, quando este autor afirma que “(...) O direito é uma ordem (*ordo est relatio*) não é um sistema. Porquê? Porque o sistema pressupõe um conjunto de proposições em que o léxico e sintaxe se fixam, se cristalizam, de modo não equívoco (...). Em abono da verdade poder-se-á dizer que o direito trabalha também com elementos que são tendencialmente não equívocos e, nesta perspectiva, aproxima-se da noção de sistema. Que elementos são esses? Falamos, evidentemente, das “regras”. Porém, mesmo neste domínio, nunca será demais salientar que um espaço mínimo de interpretação de “equivocidade” se pode detectar neste preciso território do direito. Onde, com propriedade e sentido se pode continuar a afirmar que o direito é refractário a uma noção de sistema e deve antes ser visto como ‘ordem’”. V. COSTA, José Francisco de Faria, “O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou Esperanto Universal)”, in: *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 21 ss., p. 24 e s, na nota nº. 8. Pensamos que esta é uma, aliás corretíssima, visão interna (talvez melhor: *intrassistemática*) do direito. Sem embargo, assumimos que se é certo que o direito é, constitutivamente, uma ordem tal não desautoriza a compreensão de que em um sentido mais orgânico o direito também é um “conjunto unitário formado sob uma ideia de diferentes conhecimentos” (KANT), ou a “conexão interna que liga todos os institutos jurídicos e as regras jurídicas numa grande unidade” (SAVIGNY). O direito então, sem deixar de ser uma ordem, também se reconhece como um sistema, “*rectius*”, um subsistema do sistema social, que não pode prescindir das “regras” para manter sua coesão interna. Não se deve todavia perder de perspectiva que se majoritariamente tem-se entendido o direito como um sistema, isso dá-se tendo em conta ser ele constituído por um conjunto organizado de normas e de regras de imputação. Já a teoria dos sistemas sociais *autopoiéticos* propugna que o sistema social é um sistema comunicativo ou um mundo comunicativamente organizado. De modo que a teoria dos sistemas é uma teoria da comunicação. No sentido final do texto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Teoría de Sistemas y

ao nível cognitivo, orientando-se para as consequências sistêmicas relacionadas a novos contextos de macrorriscos ⁽²⁶²⁾. Estaríamos, portanto, diante um movimento tendente a, no plano jurídico-normativo, reduzir mais e mais os espaços de risco permitido ⁽²⁶³⁾ ou socialmente aceite e a promover, opostamente, um alargamento das esferas de “risco típico” ou penalmente relevante.

De outra banda, embora não seja escusado desconhecer que von BAR já em 1871 ocupa-se do problema do risco permitido ⁽²⁶⁴⁾ (“erlaubtes Risiko”);

Derecho Penal: Culpabilidad y pena en una Teoría Constructivista del Derecho Penal”, in: *Teoría de Sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades e Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), Granada: editorial Comares, 2005, p. 385 ss.; p. 385 e 387.

⁽²⁶²⁾ Com efeito, “a própria noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em direito penal guardam proximidade extremada com a questão do perigo. O risco tolerável e o perigo penalmente relevante não, em última análise, de dar a pedra de toque ao desenvolvimento de um novo Direito repressivo que se pretende estruturar, no caso, o Direito Penal de Perigo, cada vez mais presente nos dias de hoje”. V. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

⁽²⁶³⁾ Sem demérito ou prejuízo para conceitos outros, na determinação de quais circunstâncias perigosas se devem tomar em consideração para determinar o perigo idôneo, possui uma especial relevância o critério do risco permitido: “noção dogmática que vive entrelaçada com o perigo” (COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, ob. cit. [n. 53], p. 348, na nota n.º. 129). Ainda que seja certo que sempre existiram riscos permitidos, o potencial lesivo das condutas na “sociedade de risco” veio a reforçar a importância desta figura, *maxime* porque, e aqui se não vai entrar no prolongado debate sobre se se trata de uma figura que “intervém no tipo ou na antijuridicidade”, ela de algum modo “aliviaria” a responsabilização de riscos a título individual, muito embora, como adverte SCHULZ, escasseiem “critérios materiais para estabelecer quando existe um risco permitido”, não subscrevendo este autor a tese de que o fenômeno da aceleração do mundo da vida configuraria uma categoria válida a favorecer uma tal determinação. V. SCHULZ, Lorenz, “Zur Beschleunigung der Lebensverhältnisse. Überlegungen zur angemessenen Reaktion im Strafrecht”, in: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main; Berlin; New York: Peter Lang, 1995, p. 407 ss., p. 413.

⁽²⁶⁴⁾ Deveras, o conceito de risco permitido desponta em meados do Século XIX na ciência do direito cultivada em Alemanha. Com efeito, tendo em vista o então crescente número de trabalhadores expostos a perigos sempre maiores, perigos típicos da nascente industrialização, von BAR deu os primeiros passos em direção ao problema do *risco permitido*: “(...) Há certos empreendimentos industriais perigosos, mas necessários à vida, em que se pode perceber, estatisticamente, que com o transcorrer dos anos, com toda a probabilidade, um número de

que BINDING, em 1919, trabalha o problema do “risco moderado” (“massvoles Risiko”); e, em 1962, Claus ROXIN formula a teoria do incremento do risco (“Risikoerhöhungslehre”) ⁽²⁶⁵⁾ – tudo a demonstrar que uma preocupação do direito penal com o fenômeno do risco não é de modo algum algo de inédito –, foi só em idos mais recentes que a chamada “dogmática do risco” adquiriu uma real centralidade, com as monografias de Jürgen WOLTER ⁽²⁶⁶⁾ (que insere o risco na análise axiológica da estrutura do ilícito penal: “risco como imputação do evento”, vindo a acrescentar “à tradicional dupla desvalor da ação/desvalor do resultado, um desvalor de periculosidade”, e de FRISCH ⁽²⁶⁷⁾, que trabalha o risco como “conduta penalmente relevante” ⁽²⁶⁸⁾. Estes autores, juntamente

peçoas, e não só aqueles que voluntariamente ali exercem atividades, perdem a vida”. Conferir von BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhang*, 1871, citado por PREUSS, Wilhelm, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin: Dunkler & Humblot, 1971, p. 15. Assim o risco permitido é um conceito “já em sua origem, vinculado à nova sociedade industrial que surgia”. Assinalando este aspecto e também sublinhando que a “determinação dos limites do risco permitido” pressupõe uma “decisão política”, em que diversos interesses hão de ser ponderados para o efeito de aceitar-se ou rejeitar-se riscos que abalam o conjunto do corpo social, decisão que se revela particularmente intrincada quando envolve riscos que só podem ser conhecidos por especialistas, ainda assim portadores de reduzidos conhecimentos, e sempre sujeitos a controvérsias quanto às consequências futuras do comportamento, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales – Nuevas formas de Delincuencia y Reinterpretación de Tipos Penales Clásicos*, Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 71. Lembrando que a problemática do risco permitido não é recente, PRITTWITZ (*Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 301 ss.) também dedica-se a abordar a correlação entre o risco permitido e industrialização.

⁽²⁶⁵⁾ ROXIN, Claus, “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *ZStW*, 74 (1962), p.411 ss., p. 425 ss. Também publicado pelo mesmo autor *in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 146 *usque* 183. Sobre a “carreira” fulgurante do conceito de risco, em pormenor, ver PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.*[n.12], p. 29 ss.

⁽²⁶⁶⁾ Deve anotar-se que mesmo antes da locução “sociedade de risco” ganhar foros de cidade, Jürgen WOLTER já mencionava o termo “direito penal do risco” em página dedicada ao estudo do problema do incremento do risco. V. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Dunker und Humblot, 1981, p. 36.

⁽²⁶⁷⁾ FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes*, Köln *et al.*: Heymann, 1983.

⁽²⁶⁸⁾ V. MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e Responsabilità Penale*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 2.

com KRATZSCH ⁽²⁶⁹⁾, integram, como PRITTWITZ ⁽²⁷⁰⁾ bem viu, a chamada “primeira geração” do risco, uma vez que as investigações que realizaram sobre a imputação penal têm como ponto nodal a criação ou o aumento do risco.

Deve-se também anotar que assim como se passa com o risco, a noção de perigo em direito penal não emergiu recentemente, posto que os denominados crimes de perigo enquanto realidades normativas possuem um delineamento dogmático já historicamente sedimentado ⁽²⁷¹⁾. Sem embargo, foi só em quadras mais recentes, em função de mudanças sociais estruturantes (muitas das quais já referenciadas neste trabalho), que o perigo veio a recuperar uma visibilidade dogmática inaudita, designadamente a partir da vinda a prelo das – a todos os títulos indispensáveis – obras de FARIA COSTA⁽²⁷²⁾, em Portugal, e de KINDHÄUSER ⁽²⁷³⁾, em Alemanha.

⁽²⁶⁹⁾ KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985. Neste estudo o autor intenta fundamentar por que o direito penal deve ser considerado em sua totalidade como “direito penal do risco”, defendendo que não deve sobejar qualquer espaço ou lacuna à casualidade (KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung*, *ob. cit.* [n. 269], esp. p. 119 e s.).

⁽²⁷⁰⁾ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 335 *usque* 350.

⁽²⁷¹⁾ E que remonta às teorias da “perigosidade geral” e da “perigosidade abstrata”. Para um estudo mais abrangente e uma extensa relação dos defensores destas teorias na chamada “doutrina antiga”, mormente em Alemanha, v. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 283 ss.

⁽²⁷²⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53]. Sobre o conceito de perigo elaborado por este autor, v. o item 3.1., do Cap. III, *infra*.

⁽²⁷³⁾ KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der Abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989. Com isso não se está aqui, evidentemente, a menoscabar a importância de monografias várias acerca do tema, que já circulavam no dinâmico espaço jurídico alemão anteriormente à publicação do referido texto. À guisa de apanhado parcial, logo sem qualquer pretensão de apresentarmos um rol exaustivo, faz-se mister referir as seguintes obras: LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikte im Verkehrsstrafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 1967; MEYER, Andreas, *Die Gefährlichkeitsdelikte, Ein Beitrag zur Dogmatik der ‘abstrakten Gefährdungsdelikte’ unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*, Münster; Hamburg: LIT, 1992; ZIESCHANG, Frank, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

4.1. Diferenciação normativa entre risco e perigo

Em ordem a que se possa começar a avançar na compreensão de alguns aspectos de cunho jurídico-normativo – sem dúvida de algum modo sensíveis às refrações dos novos perigos sobre o domínio do jurídico-penal –, impende atrairmos o pensamento da doutrina acerca das características que distinguem o risco do perigo. Todavia, consoante deixámos insinuado, não se pode de modo algum pressupor que haja algum consensualismo no âmbito dogmático, muito embora seja possível observar, sem muita dificuldade, a existência de concepções bastantes aproximadas.

Dito isso cumpre-nos agora trazer à colação o parecer de FÁRIA COSTA, preciso ao esgrimir que “se entendermos o perigo como uma situação ou estágio a partir do qual é provável a produção de um resultado negativo (axiologicamente desvalioso), pressupõe-se também que um outro resultado de valoração positiva (axiologicamente valioso) pode acontecer. De modo que, se centralizarmos a nossa atenção sobre uma tal noção de incerteza do resultado negativo, estaremos perante o perigo, e se a projetarmos no resultado positivo, estar-se-á em face de uma situação de ‘sorte’. Todavia, se nos colocarmos em uma atitude intelectual que assuma projetivamente os dois resultados (o positivo e o negativo) fala-se, então, em uma situação de risco”⁽²⁷⁴⁾.

Dando seguimento ao propósito de franquearmos um alargamento do campo de visão em direção ao profícuo elenco doutrinário que percorre o tema *sub specie*, convocamos a diferenciação proposta por CORCOY BIDASOLO, autora que estabelece que o risco é um perigo suscetível de estimação e passível de controle. Nesse ritmo, também argumenta que uma situação de risco deve ser interpretada como “grau de perigo normativamente relevante”, e que “o perigo objetivo só tem relevância penal quando pode ser qualificado como risco. É dizer, o perigo enquanto risco com relevância penal não tem um natureza causal-naturalística, senão normativa. Para efeito de imputação objetiva de um resultado de perigo ou de lesão a uma conduta perigosa há que distinguir entre a situação de risco – grau de perigo normativo penalmente

⁽²⁷⁴⁾ COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 611.

relevante – e o juízo de perigo. Dito perigo normativo se concebe como “probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal” ⁽²⁷⁵⁾.

Já KLOEPFER defende que a aceitabilidade do risco inerente a determinadas decisões relaciona-se à minimização do perigo, visto que o risco acenaria com a entrada de um dano teoricamente possível, situações em que “é improvável que o limiar de perigo não seja alcançado”. É bem de ver, para este autor, como de resto para a doutrina dominante, o risco é “probabilidade de perigo” ⁽²⁷⁶⁾. Também pode exprimir-se que o perigo tem sido compreendido pela doutrina – no marco do nexos que se estabelece entre a conduta e o evento desvalioso – como uma *categoría relacional*.

De observar-se, além disso, que a diferenciação entre perigo e risco estabelecida pela dogmática penal não se distancia muito – dito agora de um modo reconhecidamente redutor e generalizante – da análise desenvolvida por LUHMANN ⁽²⁷⁷⁾, por mor da sua compreensão de que na modernidade avançada, com o desiderato de atingir elevados coeficientes de controle atual do futuro (previsibilidade), bem como menores níveis de complexidade, passa-se cada vez mais a perfilhar categorialmente os perigos – de jeito a traduzi-los para a *semântica das probabilidades* – como riscos ⁽²⁷⁸⁾.

⁽²⁷⁵⁾ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales e derecho penal mínimo”, in: *Derecho Penal del siglo XXI*, Santiago Mir Puig (org.), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 365 ss., p. 379. A autora também defende, com vistas ao controle objetivo de situações de risco e simultaneamente limitação da intervenção penal, que a atribuição do qualificativo de perigosa a uma conduta penalmente relevante fique a depender da “avaliação do risco” (“probabilidade de lesão no caso concreto”), isso “com independência da possibilidade de evitação da lesão pelo autor”. V. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, in: *La Política criminal en Europa*, Víctor Gómez Martín (coord.), Barcelona: Atelier, 2004, p. 25 ss., p.32 e s.

⁽²⁷⁶⁾ KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, München: BECK, 1989, p. 45.

⁽²⁷⁷⁾ V. o ponto 3.2, *supra*.

⁽²⁷⁸⁾ O que está em texto, advirta-se, evidentemente não autoriza deduzir que estejamos aqui a postular a existência de algum consenso doutrinário-penal quanto à bondade da teoria luhmanniana da “dissolução da normatividade”, entendida, consoante já se viu, como resultado de uma obsedada orientação para as consequências.

5. Refração dos novos perigos sobre o direito penal: o direito penal “moderno” como direito penal orientado para a prevenção

Essa nova realidade, os novos perigos, ou seja, os “dados de facto que a vida social cotidiana manifesta numa contingência praticamente impossível de reduzir” ⁽²⁷⁹⁾, foram atraídos – e aqui novamente a ideia sendo determinada pela matéria –, inelutavelmente, pela própria “natureza das coisas” ⁽²⁸⁰⁾ (como, aliás, também é o parecer de SCHÜNEMANN ^[281]), para as malhas do “direito

⁽²⁷⁹⁾ GOYARD-FABRE, Simone, *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 153.

⁽²⁸⁰⁾ ZIPPELIUS defende que o conceito da *natureza das coisas* “não tem um sentido unívoco” e que um conteúdo tipicamente natural é desvendado sempre que “se elevam as estruturas objetivas a uma diretiva ou padrão normativo”. Reconhece o autor, porém, que as “fundações do direito natural são abandonadas tão logo as instituições passam a retirar seu fundamento de validade não mais de uma *ratio essendi*, não mais de princípios ético-jurídicos, mas de uma mera manifestação das concepções ético-jurídicas dominantes na comunidade jurídica”. V. ZIPPELIUS, Reinhold, *Das Wesen des Rechts – Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2^a. ed., München: C.H. Beck, 1969, p. 76 e s. Sobre a “natureza das coisas” veja-se também, sobretudo, KAUFMANN, Arthur, *Analogie und ‘Natur der Sache’: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2^a. ed., Heidelberg: Decker & Müller, 1982, que vê na relação entre natureza das coisas e tipo penal uma possibilidade de mediação comunicativa entre justiça normativa e objetividade.

⁽²⁸¹⁾ Tendo em vista que as manifestações conflitivas intersubjetivas apresentam-se substancialmente diversas daquelas com que deparava o saber penal em suas primícias enxerga o referido autor, na passagem ou transição do delito de resultado “clássico” para o delito de perigo abstrato, um processo derivado da “natureza das coisas”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, GA (1995), p. 201 ss., p. 212. A pergunta que cabe previamente formular é se uma tal assertiva possui validade geral, ou seja, se podemos dela nos valer qual apodítica âncora argumentativa apta a encerrar todo o grande continente normativo abarcado, *e.g.*, pelos chamados bens jurídicos coletivos, ou se determinados âmbitos ou territórios, como aquele ocupado pelo direito penal do ambiente, permitem gradações ou atenuações dessa concepção panlegitimante do delito de perigo abstrato. Para uma mais vertical discussão sobre este específico ponto e uma tomada de posição a esse respeito, veja-se o item 7.2., do Cap. VIII, *infra*.

penal moderno” (282). Dito isso, de maneira precisa ainda se pode acentuar, com KINDHÄUSER, que numa sociedade em constante transformação o direito penal também se modifica e, muito embora tais mudanças não sejam espetaculares, elas sem dúvida põem em evidência que uma “sociedade que no curso do progresso técnico é capaz de criar múltiplos novos riscos, também se empenhará – já como forma de os contrabalançar – em desenvolver instrumentos (283) de controle social fortemente orientados a transportar significados de segurança” (284).

Por sua vez, Cornelius PRITTWITZ, um “moderado” representante da Escola de Frankfurt, entende que o “variegado e parcialmente contraditório diagnóstico do perigo que caracteriza o discurso social do risco infiltrou-se tanto no discurso político-criminal, como na narrativa dogmática” (285). Realmente, coube ao referido autor conexionar de forma pioneira (286) (não sem uma forte atitude crítica), no âmbito do exigente espaço jurídico alemão, o conjunto de pontos de vista que se desprendem dos vários modelos teóricos da

(282) Sobre o entendimento a dar a esta expressão, relacionado-a nomeadamente com expressões próximas, como direito penal secundário (ou complementar), v., por todos, Dias, Augusto Silva, *Delicta in se e Delicta mere Prohibitata*, *ob. cit.* [n. 91], p. 216, na nota 509.

(283) Tais instrumentos, opina (KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 227), são cada vez mais utilizados pelo direito penal, embora esta tarefa se realize não sem redução ou até mesmo “abandono de fundamentos essenciais de base liberal”.

(284) Já por isso KINDHÄUSER prefere utilizar a locução “direito penal de segurança”, ao invés da mais difundida “direito penal do risco”. Não é despidendo aqui referir que o autor citado propõe-se a buscar fundamento para o delito de perigo abstrato numa ofensividade toda peculiar e original, numa específica danosidade, qual: numa lesão contra a *segurança*. Dito de outro modo, em KINDHÄUSER a ofensa se constitui já como depreciação das possibilidades de segurança indispensáveis à intangibilidade dos bens jurídicos. Nesse norte o valor segurança subjaz como telos normativo destinado a tornar possível a “disposição dos bens jurídicos livres de perigo no marco do que é socialmente adequado”. V. KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, *ob. cit.* [n. 273], p. 271 s. e 279 ss.

(285) Algo que, segundo argumenta, ressoaria “corriqueiro” para aqueles que perspectivam o direito penal como um subsistema social. V. PRITTWITZ, Cornelius, “Risiken des Risikostrafrechts”, *in: Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Detlev Fehsee *et al.* (ed.), Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 47 ss., p. 52; v. o mesmo autor em *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 364.

(286) Reportamo-nos, claro, à já citada (nota n.12) monografia intitulada *Strafrecht und Risiko*.

“sociedade de risco” com os atuais dilemas do direito penal, visualizando, a propósito, uma correspondência quase exata entre os discursos penal e extrapenal (sociológico) do risco, para em seguida defender, em síntese, que ao modelo sociológico que decifra os grandes riscos (verdadeira “sociedade do perigo”) como efeito colateral do progresso técnico (BECK) corresponderia a um direito penal de *prevenção*; de outro lado, ao modelo de “sociedade de risco”, que se distingue por assinalar a tendência da modernidade tardia para resvalar perigos em riscos (LUHMANN) – e em que também se agasalha a tese de que o incremento das possibilidades de decisão conduzem a mais riscos – seria concordante com a já mencionada dogmática penal do risco ⁽²⁸⁷⁾.

Com efeito, os novos grandes perigos derivados principalmente de atividades tecnológicas e industriais produzem renovadas “demandas de segurança” ⁽²⁸⁸⁾ e redirecionam ou tendem a forçar um redirecionamento político-criminal para a prevenção, decerto com isso vindo a colaborar para o aprofundamento do já bem conhecido fenômeno da expansão da malha penal, cujo *locus* preferencial, é bom que se o diga, cobre, designadamente, as chamadas zonas periféricas do direito penal “nuclear” ⁽²⁸⁹⁾.

Nesse cenário, o denominado delito cumulativo pode, em boa medida, ser perspectivado já como manifestação dessa tendência (fortemente preventiva) de orientação da política criminal para o risco, aspecto este,

⁽²⁸⁷⁾ Cumpre dizer que o citado autor ainda visualiza um terceiro modelo: o de uma “sociedade insegura”, *i.e.*, em que o aumento da “segurança objetiva” é acompanhado pelo incremento da “insegurança subjetiva”, e que irá desaguar em uma “direito penal simbólico”. V. PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 365.

⁽²⁸⁸⁾ Assim, CARDOSO, Fernando Navarro, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *in: SERTA In Memoriam Alexandre Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (ed.), Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, p. 1321 ss., p. 1.325.

⁽²⁸⁹⁾ KINDHÄUSER defende – ao que se nos parece, ao menos quanto a este tópico, parcialmente sem razão – que o direito penal atual só se mostra legitimável em função de sua área nuclear, adotando, então, um ponto de vista insufragável (uma vez que circunscrito a uma limitada parcela da realidade da dogmática penal de nosso tempo), assim ementado: “Aquele que se compromete a justificar o direito penal, justifica-o com esteio nos crimes de assassinato, estupro e roubo”. V. “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 227.

cumprir, que aqui não se está, por sistema ou meramente para o efeito de esculpir uma acrobacia retórica, a estigmatizar.

Mas uma tal tendência ou movimento coloca o direito penal diante de questões dilemáticas. As mais cruciais de todas, querem-nos parecer, aquelas que remetem a uma divisão por cissiparidade do direito penal em “dois âmbitos relativamente autônomos” e, ainda como reverberação sísmica da sociedade de risco, a questão da imputação do mero comportamento como relativização do critério reitor do bem jurídico⁽²⁹⁰⁾, a exigir uma robusta *reeticização*⁽²⁹¹⁾ do direito penal⁽²⁹²⁾, agora reforçada, ainda um pouco mais, com a entrada em cena do *topos* “gerações futuras”.

6. “Sociedade de risco”: *topos* argumentativo para uma crítica ao “direito penal do risco” e simultaneamente causa fatora da (permanente) “crise” do direito penal.

Mister articular, neste passo, que muito embora não haja consensualidade doutrinária no que refere à “capacidade operatória” do(s) modelo(s) de “sociedade de risco” acima resenhados para explicar o atual estágio da discursividade penal, há de reconhecer que as análises dali irradiantes, e isso é irrecusável, enriqueceram o debate doutrinário de modo impressionante⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹⁰⁾ Veja-se a propósito dessas questões, para as quais retornaremos mais adiante, o que escreveu FIGUEIREDO DIAS, *in*: “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade de Risco’”, *cit.* [n. 133], esp. p. 53 ss.

⁽²⁹¹⁾ V. o Cap. IV, ponto 3, *infra*.

⁽²⁹²⁾ Quiçá até mesmo “as capacidades da tecnologia para melhorar a vida humana encontram-se criticamente a depender de um paralelo progresso ético do Homem”. Assumindo esta posição, por todos, FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man*, 2^a. ed., New York *et al.*: Free Press, 2006, p. 6.

⁽²⁹³⁾ Aliás, já se afirmou, e bem, que a “sociedade de risco” provoca com os seus novos e grandes perigos, novos e difíceis problemas para o sistema penal, que já não se basta com a reação a condutas humanas próximas e bem recortadas, para cuja contenção “era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio [...] para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito liberal e antropocêntrico”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”, *cit.* [n. 133], p. 43 e s.

Nesse sentido, não se pode deixar de sublinhar a importância das teses defendidas (nem sempre de modo uniforme) pelos integrantes da Escola penal de Frankfurt ⁽²⁹⁴⁾, que, se de uma perspectiva abrangente caracteriza-se por formular um diagnóstico crítico, político-criminalmente orientado à limitação do direito penal – a realizar-se quer mediante reafirmação e reforço das paliçadas garantísticas peculiares a um Estado democrático e liberal de Direito ⁽²⁹⁵⁾, quer mercê vinculação a uma teoria monístico-individualística do bem jurídico de perfil exasperadamente liberal ⁽²⁹⁶⁾ –, não menos certo é que, e ninguém desconhece, as implicações descendentes da inter-relação entre direito penal contemporâneo ou “moderno” e “sociedade de risco” constituem um dos *topoi* nucleares dessa Escola ⁽²⁹⁷⁾.

⁽²⁹⁴⁾ Integrada por um significativo grupo de autores, entre os quais podemos citar HASSEMER, PRITTWITZ, HERZOG, NAUCKE, RONZANI, HOHMANN e ALBRECHT. Sobre o pensamento dessa “Escola” veja-se, por todos: LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 1996, p. 37 ss.; para uma desenvolvida análise da crítica elaborada pela Escola de Frankfurt ao direito penal moderno “do risco”, e de modo especial aos delitos de acumulação, v. o Cap. III, *infra*, onde também buscamos desenvolver uma linha de comparação entre o chamado direito penal “clássico” e as características mais marcantes do novo direito penal, sede essa em que também curámos de investigar se todo o direito penal “moderno” pode ser considerado um conjunto homogêneo de normas voltadas ao “gerenciamento” do risco, ou seja, um “direito penal do risco”.

⁽²⁹⁵⁾ ALBRECHT, Peter-Alexis, “Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, *KritV* (1988), p. 182 ss.; v. o mesmo em: “Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts”, *KritV* (1993), p. 163 ss.

⁽²⁹⁶⁾ HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, *ob. cit.* [n. 67], p. 68 ss.

⁽²⁹⁷⁾ HASSEMER estabelece uma direta imbricação entre a “sociedade de risco” e uma incontrolada expansão do crime de perigo abstrato (o que não significa dizer que rechace de modo peremptório esta técnica), acentuando que a tendência atual de ampliação do campo de proteção antecipada não apenas não sofre qualquer restrição ou censura da política criminal, como é ela quem faz exigências expansivas com o propósito ou fim de controle do risco. V. HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtgüterschutz”, *cit.* [n. 74], p. 553 ss. Que fique bem claro, a Escola de Frankfurt não propugna o fim do direito penal, apenas elabora uma abrangente e nem sempre homogênea crítica às tendências de ampliação da punibilidade, sobremor descendentes da utilização excessiva de certas técnicas e mecanismos, daí lutar, em termos gerais, por uma redução do direito penal a um âmbito nuclear. Bem, entre as principais críticas endereçadas ao direito penal que emerge como subproduto da sociedade

D’outra parte, ainda que se não venha a subscrever, *in totum*, o arsenal teórico-crítico ⁽²⁹⁸⁾ que se propõe a ativar, é mister conceder que ele colabora de modo bem significativo para a evidenciação das virtualidades da fórmula em epígrafe (“sociedade de risco”) já como uma frutífera vereda para a construção de uma teoria crítico-explicativa do próprio “direito penal do risco” ⁽²⁹⁹⁾, expressão esta que em PRITTWITZ possui três distintas acepções ⁽³⁰⁰⁾: um direito penal de tutela do futuro contra os “novos grandes riscos”; um direito penal de “direção global”, voltado à tutela antecipada de bens jurídicos coletivos, mediante o manejo da técnica do perigo abstrato; e, por fim, um direito penal simbólico ⁽³⁰¹⁾.

Concorre, outrossim, para uma compreensão mais dilargada dos fatores que terão contribuído para deflagrar uma crise no clássico modelo de

de risco pode elencar-se – sem qualquer pretensão em ser-se exaustivo –, as seguintes: tendência para criação de novos bens jurídicos, mormente de conteúdo supraindividual; imoderado recurso à técnica de tipificação do perigo abstrato; excessiva ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes; flexibilização geral das regras de imputação penal; relativização dos princípios político-criminais de garantia, tais como causalidade, culpa e autoria etc.

⁽²⁹⁸⁾ Entendendo que deve ser claramente rejeitada a ambição de “sobrecarregar” o direito penal com pretensões de viés político e de controle ou “direcionamento social”, ALBRECHT, Peter-Alexis, “Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis”, *in: Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Lorenz Böllinger et al. (ed.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 255 ss., p. 256.

⁽²⁹⁹⁾ Vendo nesta atual orientação do direito penal – aliás, titular de um crônico *déficit* de consenso – algo para além de uma mera “conexão semântica” com o conceito de “sociedade de risco”, posto que em ambas poder-se-ia observar uma propensão para “rupturas e destruições de conceitos tradicionais da modernidade”, HERZOG, Felix, “Sociedad del riesgo, Derecho Penal del Riesgo, regulación del riesgo”, *in: Crítica y Justificación del derecho penal en cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Coord. L. Arroyo Zapatero et al., Cuenca: editora de la Universidad de Castilla la Mancha, 2003, p. 249 ss., p. 250.

⁽³⁰⁰⁾ Que, aliás, claramente reforçam a recusa desse autor em cancelar um direito penal do risco.

⁽³⁰¹⁾ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 245 e s; p. 255 e p. 369. Cético quanto à prestabilidade do chamado “direito penal do risco” para fundar uma teoria crítico-explicativa do direito penal moderno, posto tratar-se de um conceito inapropriado e equívoco, que alberga distintos significados e de relevância assaz limitada, KUHLEN, Lothar, *in: “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”*, *cit.* [n. 210], p. 357 ss.

intervenção penal ⁽³⁰²⁾, crise potenciada pela intersecção de diretrizes e estratégias (político-criminais) de fisionomia marcadamente preventiva (e o delito cumulativo não foge desse padrão), atizada, já o afirmámos, por crescentes demandas de segurança, que, se atendidas sem mais, isto é, sem um lastro empírico-criminológico mínimo, poderá resultar em dilatação simbólica (ineficaz ^[303]) da retícula penal (plano horizontal), esmaecimento dos princípios político-criminais de garantia e, *last but not least*, exacerbamento dos limites da punibilidade (plano vertical).

Curial, contudo, ponderadamente articular que uma fundada crítica ao prevenicionismo panpenalista – que ao longo do texto sem dúvida iremos debulhando (crítica apenas parcialmente coincidente com alguns dos postulados daquela Escola ^[304]) – não pode, em hipótese, ser interpretada (equivocadamente) como um *plaidoyer* voltado à deslegitimação de toda e

⁽³⁰²⁾ Sobre uma tal crise: PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 28 ss. e p. 42; WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 29 ss. e 43 ss.; STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, *ob. cit.* [n. 28], p. 3; SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 149 ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n.17], p. 133 e s. De outro lado, tal crise quiçá também constitua um reflexo de uma crise mais antiga: uma crise do monopólio da racionalidade científica e sua pretensão de certeza absoluta. Sem embargo, entendemos que essa “crise” não deve ser interpretada como “atestado de óbito” do direito penal tradicional e dos princípios de garantia fundamentais, posto que, como ensina BAPTISTA PEREIRA (“A Crise do Mundo da vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *cit.* [n. 141], p. 217), “(...) Crise sem tradição não tem raízes nem solo, tradição sem crise está morta e consumada”.

⁽³⁰³⁾ Não custa acentuar que outra acerba crítica assestada por aquela Escola ao direito penal do risco respeita à tentativa, alegadamente vã e frustrada, de buscar solucionar riscos – disseminados e sistêmicos – com o direito penal. De modo que a crítica às propostas de ingerência do direito penal no âmbito do risco alerta não apenas para a possibilidade de contradições intrassistemáticas, mas, sobretudo, para o risco de caminhar-se – e com a melhor das intenções – para um direito penal meridianamente simbólico (simbólico em sentido estritamente negativo): um direito penal como instrumento de controle das fontes de perigo de origem sistêmica. Sobre as irradiações do funcionalismo sistêmico no tecido conjuntivo penal, consulte-se o Cap. II, *infra*.

⁽³⁰⁴⁾ Realmente, e tudo indicia, uma análise mais vertical do novo direito penal, não prescinde de uma frutuosa e enriquecedora dialética dialogação com as teses defendidas pelos penalistas da citada Escola.

qualquer intervenção penal na zona dos grandes riscos, *i.e.*, não deve ser inteligida como se estivéssemos já a sustentar ou a defender um retroceder incondicional, amplo e generalizado do direito penal (secundário) dos chamados “ramos emergentes relacionados à tutela do futuro”, mormente da proteção do meio ambiente natural.

De modo que as expressões-síntese, indiferente aqui se “direito penal do risco” ou “direito penal do perigo”, que despertam nos próceres e nos epígonos da Escola de Frankfurt uma atitude quase automática de crítica ao direito penal moderno, aqui não são empregues mecanicamente com essa intencionalidade, posto não desconhecemos as atuais necessidades ou condicionantes de segurança e de proteção antecipada, que devem, todavia, permanecer circunscritas a zonas bem delimitadas da realidade jurídico-social, tomada de posição esta que não nos compele de modo algum a defender um “direito penal de direção global” (“Grosssteuerungsstrafrecht”) na linha de KRATZSCH⁽³⁰⁵⁾, ou de “direção do comportamento” (“Verhaltenssteuerung”), nos moldes de STRATENWERTH.

Uma última nota em apenso à aludida “crise”: nada evidencia estarmos diante de uma omnicomprensiva crise de legitimação do próprio discurso de fundamentação do direito penal (uma tentativa falhada do movimento abolicionista, designadamente em sua vertente mais radical); tampouco de uma crise cingida a um único e bem recortado tópico; contrariamente parece antes cuidarem-se de algumas microcrises setorializadas, exemplarmente a “crise” da

⁽³⁰⁵⁾ A concretizar-se mercê recurso generoso e frequente à técnica do perigo abstrato. Sobre isso, v. KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, *ob. cit.* [n.269], p. 110 ss. Para o nominado autor os delitos de perigo abstrato devem prestar-se “à manutenção de uma ordem geral”, por isso “há de estruturá-los de modo que em cada caso singular (...) garanta-se uma eficiente proteção do bem jurídico”, aduzindo ainda que aquilo que se descreve na norma aparentemente como comportamento do autor corresponde, na verdade, “à regulação codificada de uma direção”. V. KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 284. De acordo com a análise crítica empreendida por KUHLEN, a que nos acostamos integralmente, KRATZSCH desenvolve uma dogmática do risco que objetiva “dar uma proteção plena e exaustiva aos bens jurídicos”. Fá-lo, porém, em detrimento do princípio da culpa. V. KUHLEN, Lothar, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 210], p. 355.

ideia de ressocialização do desviante ⁽³⁰⁶⁾ e a crise do dogma causal (esta intensificada sobretudo a partir da emergência dos novos riscos), que se conjugam com uma crise de perfil mais abrangente – nem por isso uma crise sistêmica (também ela tributária da crise da civilização técnica de que viemos falando) –, *i.e.*, a crise da ideia medular do bem jurídico, ou seja, uma crise do sistema “clássico” de delito estruturado a partir do dogma do bem jurídico.

7. Considerações

Relevante destacar, e parece não haver disputa acirrada a este respeito, que a chamada “sociedade de risco” desencadeou uma importante transformação no quase consenso respeitante à “ideologia” do progresso técnico-científico, tornando-se menos lábil e mais resistente às controvérsias a percepção que os impressionantes avanços tecnológicos da última centúria desempenham um importante papel como fonte de perigos, perigos que refratam-se em profusão sobre o tecido normativo-social.

A “civilização do risco” distingue-se, pois, de todas as culturas e épocas precedentes pela possibilidade de autodestruição da vida – e este é, sem dúvida, um elemento novo –, devendo-se ainda aduzir que não é lícito ignorar que a “compreensão de uma civilização é a compreensão de seus limites” ⁽³⁰⁷⁾; além disso, cumpre ter presente que o direito penal é também ele um artefacto da cultura (*natura naturata*) que, a todas as luzes, não está imune à força diacrônica da história.

De outra banda podemos nos insurgir, claro, contra o dístico “sociedade de risco”, tanto ao argumento de falta de clareza deste “conceito”, crítica em

⁽³⁰⁶⁾ Falando em uma crise atual do pensamento ou do mito da ressocialização do delincente, crise “que conduziu a movimentos extremos e injustificados de sinal contrário, que de todo pretendem eliminar a finalidade ressocializadora da pena e substituí-la por um fim de pura retribuição factual e objectiva (*just deserts*)”, DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 19.

⁽³⁰⁷⁾ WHITEHEAD, Alfred North, *The Function of Reason*, *ob. cit.* [n. 183], p. 46.

parte procedente ⁽³⁰⁸⁾, bem como também, sob o fundamento de que a vida na atual quadra histórica nunca terá sido tão segura ⁽³⁰⁹⁾, aspecto este que, e disto estamos convictos, se não pode, bem sopesadas as coisas, reputar-se como inteiramente verdadeiro ⁽³¹⁰⁾.

Sublinhar é necessário como articular também o é que parece já enigmático, para dizer o mínimo, que um autor como KUHLEN ⁽³¹¹⁾ rejeite de saída qualquer utilidade ao topos “sociedade de risco” e concomitantemente proponha-se não apenas a aceitar inúmeras das transformações que caracterizam o direito penal dito “moderno” já como um direito penal orientado para o risco ⁽³¹²⁾, como, à *outrance*, precisamente em função dos novos grandes perigos, tenha vindo a desenvolver dogmaticamente o conceito de delito cumulativo ⁽³¹³⁾.

Convém exprimir, e neste ponto em aberto dissenso com o pensamento de KUHLEN, que se o mundo nunca foi tão seguro ⁽³¹⁴⁾ – e daqui divisa-se já a

⁽³⁰⁸⁾ Principalmente no que concerne à primeira formulação da “sociedade de risco”, elaborada por BECK.

⁽³⁰⁹⁾ Advogando que a nossa sociedade é “cada vez menos, uma sociedade de risco”, posto que atualmente a “sociedade é mais segura do que nunca”, para em seguida argumentar com o dado relacionado ao progressivo aumento da esperança de vida nas nações abastadas, MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, *ob. cit.* [n. 189], p. 57.

⁽³¹⁰⁾ O que não significa, evidentemente, que estejamos a referendar o modelo de “sociedade de risco” de BECK, modelo este que, ninguém desconhece, teve grande repercussão no meio acadêmico e que ao descrever a realidade atual nem sempre extrai conclusões corretas, algo que se pode debitar à sua visão unilateral (quase ideologicamente congelada) dessa mesma realidade.

⁽³¹¹⁾ Remetemos o leitor para o que ficou dito na nota n. 301.

⁽³¹²⁾ Acompanhando esse nosso sentimento de perplexidade e estendendo o juízo crítico ao posicionamento de SCHÜNEMANN, autor que vê no risco uma constante histórica imutável, parecendo não divisar a entrada em cena dos “novos riscos”, MENDONZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Madrid: Civitas, 2001, p. 119.

⁽³¹³⁾ Sobre o conceito de delito cumulativo em KUHLEN, consultar o ponto 5, do Cap. VI, *infra*.

⁽³¹⁴⁾ Decerto – é mesmo de uma evidência palmar –, que os riscos vitais individuais atualmente são menores do que os riscos suportados pelas pessoas nos albores da idade moderna. Também é irrefutável que o aumento da expectativa de vida encontra-se associado, entre outros fatores, aos impressionantes avanços da Medicina.

desafiante genética ambivalência das sociedades pós-industriais ⁽³¹⁵⁾ – ele também nunca antes foi, e estamos então diante de um fenômeno nitidamente tautócrono, tão perigoso... Ou não convivemos com uma expectativa de vida cada vez mais vasta para impressionantes contingentes populacionais e, concomitantemente, com doenças letais como a síndrome de *Creutzfeld-Jakobs* e a SIDA, e também com uma imparável carnificina quotidiana promovida pelos incontáveis bólidos que cruzam meteoricamente as autopistas? Mais. Ou não convivemos com uma medicina cada vez mais avançada ⁽³¹⁶⁾ e, simultaneamente, com a ameaça séria, plausível, diuturna de um ataque químico ou nuclear lançado por terroristas, bem como ainda com níveis de degradação ambiental que não encontram parâmetro em toda a longa história de amor e ódio entre o homem e a natureza? Demonstração apodíctica do que acabámos de afirmar na província normativa do direito penal pode flagrar-se, sem hesitação, na expansão do delito de perigo que, conforme LACKNER bem viu, “alastrou-se como uma mancha de óleo” e, após a Segunda Grande Guerra, “praticamente tornou-se o filho predileto do legislador” ⁽³¹⁷⁾.

Deve-se ainda enuclear, por oportuno, que tal assertiva – que hodiernamente vive-se cada vez mais tempo e em um mundo progressivamente mais seguro – pode conduzir, paradoxalmente, à redução

⁽³¹⁵⁾ Segundo o olhar atento de Daniel BELL (*Die nachindustrielle Gesellschaft, ob. cit.* [n. 24], p. 129 ss.), desde o ano de 1956 que estamos a viver em uma sociedade pós-industrial: ocasião em que o setor terciário da economia americana ultrapassou a indústria em termos de contratação de mão-de-obra.

⁽³¹⁶⁾ FARIA COSTA, nesse contexto discursivo, acentua que o aumento da expectativa de vida nos últimos decênios, especialmente tributário aos extraordinários avanços da medicina, representa a mais vasta e rica mudança já observada para a vida humana, e de modo tal que em termos sociológicos já seria possível falar-se em uma “quarta idade” (também lembrando que sobretudo nos países de língua portuguesa usa-se denominar de “terceira idade a faixa etária daqueles que se aposentam ou reformam). V. COSTA, José Francisco de Faria, “Das Ende des Lebens und das Strafrecht”, *in: GA* (2007), p. 311 ss., p. 315 e nota 21.

⁽³¹⁷⁾ LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, [n. 273], p. 1. Para Alejandro KISS (*Das abstrakte Gefährdungsdelikt, Vorgelegt von Alejandro Kiss: Münster*, 2006, p. 3), a evolução do direito penal que teve lugar a partir do segundo quartel do Século XX notabiliza-se por um “aumento vertiginoso das figuras de perigo”.

dos complexos problemas da tardomodernidade ao plano estritamente subjetivo, deste modo vindo, quiçá, a recusar-se realidade fenomênica, senão já a bagatelizear problemas que vão desde a criminalidade organizada transnacional ⁽³¹⁸⁾, passando pela acumulação de resíduos nucleares ⁽³¹⁹⁾ até à devastação das florestas tropicais e com ela toda a crise ambiental ⁽³²⁰⁾ dos últimos decênios, isto para não falarmos na derruída sistêmica dos mercados financeiros globais ⁽³²¹⁾ e no sobrepovoamento do planeta, fenomenalidades estas que projetam uma gama de problemas sobretudo para o futuro, problemas – no que concerne particularmente à atribuição de responsabilidades – que impõem enormes desafios às tradicionais formas de imputação individual.

Mas, veja-se bem, mesmo se remirarmos para o âmbito estritamente subjetivo é mister constatar que – na atual quadra – existe uma forte percepção das pessoas quanto aos novos perigos. Neste ritmo vale dizer que virada a página de uma centúria que plantou algumas sementes venenosas para os

⁽³¹⁸⁾ Entendendo que o crime (designadamente a criminalidade organizada globalizada que caracteriza a sociedade atual) aproveita-se de uma dupla intransparência, pois já não é “um comportamento previamente identificável. Deixou de poder falar-se, em relação a ele, das três unidades do teatro clássico: tempo, lugar e acção”, vindo então a diagnosticar que “a relação imediata crime-estigmatização social esfumou-se. O crime é cada vez menos um acto e cada vez mais um conjunto de actos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstituição do todo revela os traços de cada uma das partes”, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?”, *in: Estudos Jurídicos de Coimbra*, Luciano Nascimento Silva (Coord.), Curitiba: Juruá, 2007, p. 87 ss., p. 94.

⁽³¹⁹⁾ De modo que os perigos relacionados ao chamado lixo nuclear e a produtos químicos carcinógenos não são mero fruto da imaginação. V, DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron, *Risk and Culture: An Essay on the selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1982, p. 1 e s.

⁽³²⁰⁾ Que Vittorio HÖSLE (*Philosophie der ökologischen Krise, ob. cit.* [n. 168], p. 44) estima ter como causa mais profunda a “divergência entre racionalidade funcional e racionalidade valorativa” – cada vez mais acentuada na atual “era tecnológica”.

⁽³²¹⁾ Estimamos que a criminalidade económico-financeira que vem à tona no contexto dos grandes perigos possui características que permitem divisar uma gama de problemas parcialmente distinta daqueles suscitados no âmbito da criminalidade económico-financeira convencional (criminalidade típica da sociedade industrial que emergiu na chamada primeira modernidade).

próximos dez mil anos ou mais ⁽³²²⁾, tem-se, atualmente, uma crescente autocompreensão da sociedade como “sociedade de risco”, devendo dizer-se que a contemplação de um “horizonte negativo”, copioso de novos perigos, perigos de grande magnitude evidentemente não concorre – apesar de não competir refutar o a todos os títulos notável aumento da segurança em muitos âmbitos da vida ⁽³²³⁾ – para uma maior aceitabilidade social ao risco ⁽³²⁴⁾.

Realmente, um raciocínio apodítico de pura lógica objetiva conduz-nos a concluir no sentido de uma sensível redução da aceitabilidade social ao risco, nomeadamente quando se estabelece como padrão histórico-comparativo a tolerabilidade mais lassa observada no transcurso da primeira modernidade – quando a ideia de progresso ilimitado, como se sabe, tudo justificava, tudo permitia...

Por outro lado, um tal horizonte de compreensão das coisas, bem é de ver, não debilita, na verdade desperta uma maior consideração quanto às consequências à *la longue* (efeitos secundários ou colaterais) do progresso sem travas. Daí observar-se, nos tempos que correm, uma mais acentuada consciencialização da ciência quanto à realidade por ela própria construída.

Dito com mais rigor e desambiguizante inteligibilidade: a prefalada segunda modernidade (modernidade tardia) volta-se agora para si mesma (de modo semelhante a um observador de segundo grau) e, então, prontamente reconhece as suas não poucas conquistas. Sem embargo, nesse mesmo passo ou movimento de dinâmica reflexão crítica ela irá percepcionar ⁽³²⁵⁾, algo

⁽³²²⁾ Pensamos tanto na maré de polímero indecomponível a acumular-se nos oceanos, como nos indesejáveis dejetos das usinas nucleares (lixo atômico).

⁽³²³⁾ Agregue-se, por outro lado, que o prefalado aumento da segurança participa ativamente da disseminação de um cuidado de perigo alargado. É dizer, uma sociedade em muitos aspectos inegavelmente mais segura não irá ignorar nem desvalorar o perigo; dá-se exatamente o inverso: sociedades objetiva e subjetivamente mais seguras tendem a ampliar o cuidado de perigo, algo que, convém enfatizar, exige muito da técnica do perigo abstrato.

⁽³²⁴⁾ Falando em uma elevadíssima “sensibilidade ao risco”, SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 26.

⁽³²⁵⁾ Não se cuida, é evidente, de uma simples percepção do risco de fundo subjetivo, mas de uma *Risikobewusstsein*. Deve ainda dizer-se que uma tal consciencialização para o risco promoverá ou porá a girar uma racionalidade orientada para as consequências tanto no plano

perplexa, a sombria magnitude dos perigos, alguns já bem atuais, como também irá, principalmente, perscrutar a notável transcendência dos perigos futuros: perigos transgeracionais, *i.e.*, perigos diretamente associados à cumulativa intervenção da ação humana sobre o planeta.

Esta segunda modernidade é, pois, acima de tudo, uma modernidade reflexiva: uma modernidade não desafeiçoada nem desprovida de capacidade de autocrítica. Expressado em forma de epítome: vive-se em uma sociedade de risco autoconsciente, uma sociedade que ao redimensionar as consequências (sumativas ou aditivas) da ação coletiva na trama da realidade quotidiana vê prorromper uma nova e incontornável constelação de valores (valores tendencialmente infensos a uma niveladora relativização) cuja ressonância ética – aliás, cabe começar a perguntar se estaríamos aqui perante uma *Fernethik* ⁽³²⁶⁾ – pressionará por uma legitimação de novos e avançados marcos de imputação da responsabilidade penal, orientados a reforçar uma nova plataforma normativo-contrafatual, quiçá, excessivamente constrictiva da liberdade.

Posto isso assim, cabe ainda enfatizar – e não existe qualquer lógica circular neste argumento – que uma “sociedade de risco” não se define exclusivamente em função da constatação da emergência de “novos perigos”, tenham ou não eles potencial bem mais destrutivo que os ancestrais perigos que acompanharam bem de perto, desde cedo e até pouquíssimo tempo, a

da política *stricto sensu*, como no âmbito político-criminal, com o risco residual de a derradeira ser “colonizada” pela primeira.

⁽³²⁶⁾ Ingressamos definitivamente – juntamente com as novas e arriscadas tecnologias do tempo em voga – em territórios incógnitos. Palmilhamos, meio às cegas, regiões povoadas por perigos coletivos, perigos que talvez reclamem uma nova ética, uma ética quiçá superadora do contemporâneo “relativismo de valores”, por mor quando em causa encontra-se não só a permanência do homem como realidade corpórea como, sobretudo, a própria continuidade da ideia de homem (“*Menschenbild*”). A incolumidade da essência humana talvez requeira a afirmação de uma ética não mais fundada exclusivamente na imediata e simultânea convivência espacial e cronológica com o próximo. Uma abrangente *ética da responsabilidade* para com a espécie talvez demande a observância de um “*Tractatus technologico-ethicus*”, como aquele sugerido por Hans JONAS em seu *Princípio da Responsabilidade (Das Prinzip Verantwortung – Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984). Sobre a proposta de JONAS, v., em detalhe, o Cap. V, item 2.4., *infra*.

longa e acidentada, mas ainda assim linear trajetória humana. Ela também não se caracteriza, apenas, por apresentar uma acentuada pulsão por transparência relativamente aos novos perigos, no entanto tem sim os seus traços fundamentais bem demarcados, como já o dissémos, em razão do surgimento de uma racionalidade a uma só vez mais reflexiva (pois resiste obstinadamente em converter-se ao dogma laico de infalibilidade da ciência) e mais orientada para o futuro (portanto mais suscetível em abrir-se para uma determinabilidade de corte probabilístico [³²⁷], isso com todas as consequências que esse movimento começa já a representar para o direito penal); ergo, trata-se de uma racionalidade que se organiza e que estrutura a realidade – tanto factual como normativa – em função da necessidade de lidar com os novos conflitos e tensões sociais, que se viram impulsionados pela incerteza e opacidade convocadas pelas novas tecnologias.

Enfim, tem vindo a ganhar forma (³²⁸) uma nova mundivisão que também parece reclamar uma nova ética e que ao traduzir-se em demanda social, senão já em consenso social, também passa a exigir crescentes níveis de segurança, algo que, e em boa medida, explica o crescente fluxo (tardomoderno) de normatividade.

Por vias disso fica transparente que questões de *teoria da sociedade*, mormente o *topos* ou lugar-comum “sociedade de risco”, assim como problemas de filosofia moral a ela imbricados, isto se quisermos realmente “observar” o direito penal tanto de uma perspectiva interna como externa (e não o fazer traria como consequência um incomensurável déficit epistemológico) – simplesmente não podem quedar fora do nosso alcance visual.

Uma outra nota ao influxo de introduzir uma aparentemente contraditória fratura na narrativa que temos vindo a tramar. Os novos perigos não possuem uma dimensão tão ampla e avassaladora que nos permitam, sob os ângulos estritamente sociológico e penal, aceitar que a sociedade multimoda e plurifacetada que emerge desta modernidade já tardia possa reconhecer-se

(³²⁷) Sobre isso, em pormenor, o Cap. IX, ponto 3, *infra*.

(³²⁸) Os valores não são pétreos e estáticos, porquanto se pudéssemos emprestar-lhes uma morfologia, uma *forma* (“Gestalt”) revelar-se-iam moventes como a própria “ordem móvel” (“bewegliche Ordnung”) da natureza, ideia clássica essa que foi retomada, ninguém desconhece, por GOETHE.

apenas e tão-somente – ou deixar-se perspectivar de modo tão redutor – como uma “sociedade de risco”. Ela é bem mais que isso.

Deveras, estamos fortemente em crer que os novos perigos, malgrado sua indiscutível presença (já que possuem um caráter parcialmente constitutivo do real), não têm o condão de moldar toda a realidade sócio-jurídica e cultural mundial. No entretanto, não podemos deixar de assumir que tal conceito, conquanto portador de plurisignificados possui virtualidades descritivas e crítico-explicativas (forte quando aglutinado à ideia de modernidade reflexiva) que concorrem, de modo decisivo, para uma mais depurada compreensão dos intrincados problemas – e se não pudermos compreender o problema também não o poderemos tratar – suscitados pelas emergentes zonas conflituais ⁽³²⁹⁾.

Dito de um jato: vivemos em uma sociedade complexa e paradoxal, que a um só tempo ou sincronicamente é tanto uma sociedade da segurança, como uma sociedade de risco. Correspectivamente temos vindo a construir um direito penal que se apresenta cada vez mais complexo. Um direito penal que não é só um direito penal nucleado em torno de um feixe de princípios de entono liberal e antropocêntrico, como é também um direito penal, queiramo-lo ou não, heterônimo e compósito, um direito penal a um só termo nucleado e setorializado: um direito penal perigosamente proteiforme, mas que é, e cada vez menos, ainda bem!, um direito penal *de classe* – goste-se disso ou não!

Por tudo isso subscrevemos o ponto de vista defendido por PRITTWITZ, quando ele, com razão, argumenta que mesmo se o debate doutrinário e político-criminal abandonasse, apesar de seus méritos, o(s) modelo(s) de “sociedade de risco” por considerá-lo(s) inoperatório(s) não se deveria abandonar os conceitos de “risco” e de “direito penal do risco”: “direito penal de uma sociedade em que a definição dos riscos transformou-se em um dos aspectos centrais do conflito social” ⁽³³⁰⁾.

⁽³²⁹⁾ Trata-se, cabe mesmo reconhecer, de uma constelação bastante heterogênea, nela estando contida, junto a outros nichos de criminalidade, os seguintes: responsabilidade pelo produto, crimes econômicos, criminalidade ambiental e biogenética.

⁽³³⁰⁾ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 81. Pese ele próprio revelar sérias dúvidas sobre a capacidade de êxito do “direito penal do risco” frente às grandes questões da modernidade, modo de ver as coisas que o encaminha a considerar que esse novo direito penal estaria fadado a desempenhar uma função meramente simbólica (voltada à

Bem, se o direito penal é a “expressão do estado de espírito (sensibilidade) de uma sociedade, então caber-lhe-á interceder numa sociedade que progressivamente volta-se para o perigo e para a segurança”⁽³³¹⁾. Contudo, o emergente “direito penal do risco” – um direito penal fortemente preventivo – deverá, segundo estamos em crer, permanecer acorrentado ao princípio de subsidiariedade, pois, também ele, ou ele mais do que o direito penal nuclear, cumprirá comparecer como *ultima ratio* de uma política criminal direcionada muito especificamente para a proteção de bens jurídicos de dimensão coletiva.

Impende ainda observar que uma nova forma de olhar a realidade, e que põe um forte acento no “horizonte temporal”, irá deslocar o direito penal do eixo do passado (da reação ao facto acabado) para fazer com que ele se deixe cada vez mais dominar por uma racionalidade instrumental e antecipadora do futuro, vindo o tempo presente a assumir – ao prescindir desdenhosamente do passado e ao dedicar-se metodicamente a construir normativamente o futuro – uma dimensão omnívora e cronocêntrica, portanto, bastante assimétrica em relação às demais faixas ou dimensões temporais.

Neste cenário o direito penal do evento tenderá a, paulatinamente, perder toda fulguração, deixando-se, em parte, “colonizar” pelo direito penal do comportamento: um direito penal fortemente orientado para as consequências futuras remotas do agir contemporâneo; um direito penal ou um microsistema penal em que o dano-violação só encontra uma limitadíssima ressonância (que a ideia de acumulação, poderá, talvez, paradoxalmente contribuir para preservar [³³²]).

D’outra raia, um direito penal do futuro ou do comportamento é um direito penal que se arvora em eficaz instrumento contra decisões racionais dos sujeitos individuais – somente traduzíveis em termos de seus eventuais efeitos

satisfação de exigências subjetivas de segurança) e sem lastro na realidade, mormente porque desvestido de capacidade operatória para eliminar ou controlar fontes de risco de produção sistêmica e estrutural.

⁽³³¹⁾ Aqui, glosando KINDHÄUSER, podemos exprimir que “os factos têm uma força normativa esmagadora”. V. KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 234.

⁽³³²⁾ Sobre a dogmática da acumulação, v. o Cap. VI, *infra*.

danosos a partir do código binário previsibilidade/imprevisibilidade – a serem submetidas, pois, à aritmética das probabilidades, que se incumbirá de traduzir o risco (de dano) como probabilidade de perigo ⁽³³³⁾.

Tudo a reforçar, bem é de ver, a prefalada orientação penal para as consequências do comportamento, mormente do comportamento coletivo fortemente tendente à replicação serial e com capacidade para fazer “despoletar”, por acumulação, consequências sociais danosas ⁽³³⁴⁾, que já não mais podem, força do avassalador avanço do conhecimento científico, ser interpretadas, *tout court*, como meras fatalidades. Com efeito, aqui podemos, com rigor, estabelecer já uma correspondência quase que matematicamente exata entre o aprofundamento do saber científico e o alastramento da responsabilidade individual.

Deve também lembrar-se que em uma “sociedade de risco”, e porque ela é primacialmente uma “sociedade do conhecimento” profundamente autorreflexiva, já se não pode mais permitir, em hipótese, uma vitimização difusa (danosidade difusa ou supraindividual e, no limite, danosidade transgeracional) para que somente então possa o direito penal assumir, serodidamente, o seu tradicional papel reativo. Nada obstante a bondade dessa assertiva, numa tal moldura uma tendencialmente baixa tolerabilidade a condutas perigosas ou arriscadas poderá conduzir ao definhamento dos espaços de risco permitido, que se podem tornar intoleravelmente residuais ou, e agora em termos translatos, terminar tão extintos como o leão da Mesopotâmia, o tigre marsupial listrado da Tasmânia ou o pássaro dodó das Ilhas Maurícias.

Nesse panorama o moderno “desvalor de periculosidade” do agir individual sobrepassa velozmente, sempre em termos axiológicos, o tradicional desvalor de resultado, que passará a revelar índices gradativamente decrescentes de aderência à nova realidade normativa. Com isso a tensão necessidade de segurança *versus* primado da liberdade tende a aumentar a níveis inauditos.

⁽³³³⁾ Isto é, o mecanismo pelo qual o futuro se deixa decifrar e dominar, ou não – *imprevisibilidade* – pelo presente.

⁽³³⁴⁾ Erosão de solos, buraco da camada de ozônio, desflorestamento, poluição atmosférica, envenenamento de substâncias alimentícias etc.

Os novos grandes perigos, perigos socialmente intoleráveis porque inseguráveis (danos incalculáveis) e deficitariamente controláveis pelos sistemas de regulação social veem-se logo tangidos para a rede penal, que passa então a assumir, mais e mais, uma racionalidade calculadora e relacional com vista a coarctar a provável entrada do dano coletivo, vindo agora a distribuir sanções (de modo estocástico, diriam alguns) sempre que não sejam corretamente observadas todas as condições de segurança estipuladas ou quando o comportamento perigoso – traduzido para a semântica das probabilidades – importar em um qualquer incremento do risco.

De sua vez o perigo como relação comunicacional de dimensão ontoantropológica, isto é, o “cuidado-de-perigo” ⁽³³⁵⁾ expande-se ou dilata-se, pois já não pode mais ser concebido em seu duplo aspecto, ou seja, como “cuidado-de-perigo tanto para com o ‘eu’, como para o ‘outro’”, posto que o outro pode já não haver. Ou teremos então um outro que é já um *tertium* que se desveste de toda facticidade: um outro que comparece diante do “eu” como imagem tridimensional ou holograma com o qual o diálogo também não se faz nem mesmo abstratamente possível. Ainda assim uma realidade juridicamente elaborada: uma realidade (descarnadamente) normativa. Todavia, talvez, ainda assim apta a ensejar um juízo de imputação.

De todo em todo, o perigo – enquanto “cânone de interpretação” – vê precisamente a sua esfera de oscilação interpretativa ser fecundada por uma consciência (melhor: uma reflexividade hermenêutica) que irá incorporar uma nova estrutura ontológica da compreensão em ordem a franquear ou permitir que o horizonte de pré-compreensão instaure um novo olhar retrospectivo, um olhar que se cruze e se fusione de modo mais denso e também mais vertical com o interpretar (*hermeneuein*) de novos horizontes que transcendem o nosso tempo histórico, fazendo-o de um modo tal, com uma intensidade tamanha, que o juízo de probabilidade é também já de ser perspectivado como uma leitura ou interpretação que nos aproxima de um enredo narrado numa língua futura que teremos, necessariamente, de decifrar.

Nesse cenário o denominado delito cumulativo é ele próprio de algum modo manifestação daquela tendência preventiva ínsita a uma política criminal

⁽³³⁵⁾ V. o ponto 3.1., do Cap. III, *infra*.

fortemente orientada para o risco, que aqui não se está, por sistema ou com intencionalidades puramente retóricas ou entimêmicas a estigmatizar, mormente porque é “ético-socialmente ilegítimo, esperar que o dano *alargado* (comum, porque relativo à proteção de vários bens jurídicos) se desencadeie para que o direito penal possa intervir” ⁽³³⁶⁾; daí que – cumprir-nos-á investigar ao longo deste trabalho – talvez seja possível compatibilizá-lo materialmente com os princípios-garantia estruturantes do direito penal em um Estado Democrático e Social de Direito (tais como os princípios da culpa, da proporcionalidade e da ofensividade). E, se isso não se mostrar factível, deverá o chamado delito cumulativo, em que pese o clamor dos “novos perigos”, ser descartado da dogmática penal.

⁽³³⁶⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em direito penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 579.

CAPÍTULO II

Funcionalismo penal e delito cumulativo

1. Funcionalismo Penal: possibilidades de integração à lógica da acumulação?; 2. O funcionalismo teleológico-funcional-valorativo de ROXIN; 3. O Funcionalismo de JAKOBS; 3.1. Sistema em LUHMANN; 3.1.1. O sistema jurídico como subsistema social; 3.1.2. Teoria dos sistemas e sociedade de risco: uma imbricação possível; 3.2. O funcionalismo sociológico-penal ou sistêmico de JAKOBS (ou a preservação da norma como fim do direito penal); 3.3. Conceito de ação objetivamente punível em JAKOBS; 4. Considerações

A sociedade é menor do que a soma das suas partes

Niklas Luhmann

1. FUNCIONALISMO PENAL: Possibilidades de integração à lógica da acumulação?

A doutrina penal tem vindo paulatinamente a outorgar precedência ao método funcionalista de base normativa em oposição ao finalismo e a sua metodologia abstrato-dedutiva, de base ontológica. Efetivamente, o funcionalismo penal, sem desprezo pela historicidade, persegue uma dinâmica e uma argumentação orientada a fins sociais, afastando-se das chamadas dogmáticas ontologicistas de dimensão atemporal ou ahistórica, em particular da concepção de Welzel.

Mas o ingresso do sistema social na discursividade jurídica (e também jurídico-penal) não sobrevém, é claro, de forma inopinada e de um jacto. Tem lugar após um longo processo de paulatina superação de obstinadas inclinações naturalistas ⁽³³⁷⁾, que até as derradeiras décadas do Século XIX ainda se faziam notar – e de modo muito pronunciado – no monopólio do real pela natureza ⁽³³⁸⁾. Com efeito, é somente a partir da penetração tanto do pensamento de DILTHEY (*locus* onde se pode recolher a célebre e ainda operatória distinção entre *Naturwissenschaft* e *Geistwissenschaft* [³³⁹]), como

⁽³³⁷⁾ Marcantes, como se sabe, sobretudo no sistema clássico do delito, que ao receber forte influência do positivismo de Novecentos (o qual, de seu turno, encontrava-se intensamente empenhado em inserir na estrutura do direito penal as chamadas componentes ‘naturais’ do delito) recusava validade ao mundo dos valores, esfera esta considerada insuscetível de ensejar a mensurabilidade objetiva que o método científico – logo erigido à condição de paradigma irrenunciável – exigia. Ao visualizar a presença de inegáveis elementos do naturalismo, designadamente no sistema BELING-LISZT, coube a SCHÜNEMANN anotar com precisão que “a ‘tipicidade’ de uma ação pertencia exclusivamente ao facto externo (...), concebido descritivamente pelo legislador nos concretos tipos delitivos da Parte Especial (e que por isso não exigiam qualquer valoração)”, vislumbrando ainda que *apenas* a “(...) ‘antijuridicidade’ representava um corpo estranho de natureza normativa na estrutura do sistema naturalista”. Mas essa antijuridicidade, esclarece, e bem, não significava nada além do que a sua “incompatibilidade com o direito positivo”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Bernd Schünemann (ed.), Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1984, p. 1 ss., p. 19 e s.

⁽³³⁸⁾ Claro que está-se aqui a falar de um avalorativo e desequilibrante predomínio quase que absoluto da cientificidade sobre considerações de influxo axiológico, algo que de resto conduzia não ao rigor do método científico, mas a um cientificismo despromissor e esterilizante como, aliás, é-o todo pensamento unidirecional – renegador de outras concepções do mundo – e isso tão-somente a pretexto de conquistar-se para a nossa disciplina o apanágio da cientificidade. Mas com uma tal assertiva não se está, isso é de uma evidência palmar, a pretender despromover a ordem, o equilíbrio e a harmonia do real “natural”. Evidentemente que não. O que se quer é tão-somente encarecer que a realidade normativa não pode depender exclusivamente de noções de influxo ontológico, ou do império de uma epistemologia de base exacerbadamente cartesiana. Em poucas palavras: a realidade sócio-cultural não se pode querer moldar exclusivamente a partir do “ser”.

⁽³³⁹⁾ Fortemente influenciado pelo idealismo alemão, mas simultaneamente um contemplador interessado dos avanços da ciência moderna, DILTHEY irá contrapor-se às pretensões de império do positivismo ao promover uma epistemologia fundamentada nas ciências do espírito, redescobrimo em pleno Século XIX o que hoje habituamo-nos a chamar de “mundo da vida”.

do neokantismo ⁽³⁴⁰⁾ da escola de Baden (*Zurück zu Kant*) é que uma concepção naturalística da realidade ver-se-á fortemente enriquecida, senão já inundada pela ideia de “cultura” ⁽³⁴¹⁾, a interpretar-se como campo ou esfera de germinação dos valores.

Sem entrar em detalhes, posto que os aspectos fundamentais do percurso dessa evolução são bem conhecidos, deve-se assinalar que a seu turno e ao seu tempo o chamado relativismo teórico dos valores, de nítida e inescandível procedência neokantista ⁽³⁴²⁾, terá de enfrentar-se, após a

Sobre DILTHEY, em detalhe, v. PALMER, Richard, *Hermeneutics, interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, Evanston: Northwestern University Press, 1969, p. 98 ss.

⁽³⁴⁰⁾ STAMMLER, LASK, mas sobretudo RICKERT e WINDELBAND concorreram intensamente para uma renormatização do direito mercê acentuada consideração de pontos de vista valorativos. Deve ainda dizer-se que o neokantismo propôs uma orientação metodológica que propiciou uma reinterpretação dos conceitos estruturantes da arquitetura jurídico-penal, vindo a impulsionar a infiltração de conceitos valorativos na couraça dos conceitos normativos tradicionalmente assépticos e livres de valor, com a nota peculiar de simultaneamente preservar-lhes o ambicionado caráter científico. As ciências culturais, entre elas o direito penal, passavam então a contar com um método próprio, autonomizado do método das ciências naturais, um método ancorado na referência a valores. Como exemplo da repercussão dessa viragem valorativa na galaxia penal diga-se, à guisa de exemplo, que a concepção psicológica da culpabilidade cedeu passo a uma concepção normativa, repercutindo na ulterior introdução de elementos subjetivos e normativos no tipo de injusto. Sobre o sobrepujamento do naturalismo pelo neokantismo, por todos, v. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - AT*, 3ª. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1982, p. 161 e s. Sobre essa temática, mais recentemente, o importante trabalho de MIR PUIG, Santiago, “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, in: *Studi in onore di Giorgio Marinucci – I Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, a cura di Emilio dolcini e Carlo Enrico Paliero, Milano: Giuffré, 2006, p. 455 ss.

⁽³⁴¹⁾ Nunca é demais recordar que o “direito é um facto ou fenómeno cultural, isto é um facto referido a valores”. V. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, 6ª. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 45.

⁽³⁴²⁾ RADBRUCH, ele próprio um eminente representante da *Wertphilosophie*, repudia uma atitude cega para os valores (“wertblind”), defendendo uma atitude referida a valores (“wertbeziehend”) e, uma vez resguardada a “categoria” do direito justo (“richtigerecht”) – a que atribui um valor universal – propõem-se a defender, na esteira de JELLINEK e de HANS KELSEN, a legitimidade de todos os juízos de valor, logo a pugnar por um relativismo que atuasse qual defesa contra uma “legitimidade absoluta de quaisquer valores ou de quaisquer

revivescência da fênix do direito natural no pós-guerra, com o método ontológico de WELZEL – de estrita vinculação ao legislador, tributário como tudo, é claro, ao seu tempo histórico ⁽³⁴³⁾.

Como último movimento desse pêndulo, restaurando a linha neokantiana (que desde suas primeiras contribuições já buscava orientar teleologicamente as categorias do sistema para os fins do direito penal), mas esforçando-se agora em corrigir o seu relativismo valorativo (mercê vinculação das categorias do delito a valores reitores) caberá primeiramente a ROXIN ⁽³⁴⁴⁾, numa crítica fundada em sólido alicerce normativo ⁽³⁴⁵⁾, bater-se contra as chamadas “estruturas lógico-objetivas” prévias ao direito, de descendência welzeliana, propugnando um método “referido à realidade” (“Wirklichkeitsbezug” ^[346]),

concepções do mundo em si mesmos”. Sem embargo, e não se pode desconhecer ou ignorar, o referido relativismo volta-se exclusivamente para os problemas da razão teórica, significando sobremor “uma renúncia à fundamentação científica das últimas atitudes e posições do espírito; não uma renúncia a estas atitudes e posições em si mesmas”. V. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, *ob. cit.* [n. 341], p. 42 ss.

⁽³⁴³⁾ Deve-se pontuar que “Welzel não excluiu de sua estrutura metodológica o exercício causal, apenas adicionou através das estruturas ontológicas, conceitos pré-jurídicos (...) ou seja, a norma penal deveria estruturar-se a partir do momento anterior ao acontecer humano, não só por critérios físicos como também por estruturas lógico-materiais”. V. BREIER, Ricardo, “Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional de direito penal”, *RPCC*, a.13, n.º. 4 (2003), p. 463 ss., p. 465. Entendendo que a teoria finalista do injusto pessoal de Welzel “já não promete futuro algum à sistemática penal”, SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 45.

⁽³⁴⁴⁾ Em trabalho já histórico (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, *ob. cit.* [n. 68], esp. p. 20 e s. Há tradução para o vernáculo: *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000), no qual irá associar ao tipo a determinabilidade da lei penal em conformidade com o princípio *nullum crimen*; à antijuridicidade o âmbito de soluções sociais dos conflitos; e, à culpabilidade a necessidade de pena resultante de considerações preventivas. Também realça esses aspectos, SHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 47.

⁽³⁴⁵⁾ Substituindo a “algo vaga orientação neokantiana para os valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: os fundamentos político-criminais da moderna teoria dos fins da pena”. V. ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 206.

⁽³⁴⁶⁾ Segundo SCHÜNEMANN parte ROXIN de três requisitos fundamentais à elaboração de um sistema proveitoso: “ordem conceitual e clareza, referência à realidade e direcionamento às finalidades político-criminais”, e que têm como consequência, para o próprio ROXIN, a

conducente a uma reconciliação entre a política criminal e a dogmática, aliás método denominado por SCHÜNEMANN ⁽³⁴⁷⁾, discípulo de ROXIN, de normativismo (teleológico-funcional), normativismo que irá encontrar em JAKOBS – ao valer-se de modo mais ostensivo, sobretudo nos primeiros trabalhos, dos aportes teóricos da teoria sistêmica ⁽³⁴⁸⁾ (vindo, desse modo, a encetar uma tentativa de refundamentação da dogmática do direito penal, senão já uma normativização das categorias dogmáticas) – uma expressão funcionalista ⁽³⁴⁹⁾ mais aparatosa ⁽³⁵⁰⁾.

Podemos já articular que desde há muito se sabe que não existe um único funcionalismo, mas sim diversas orientações funcionalistas ou “métodos de construção do sistema”, cada qual com constelações bem específicas e particularizantes; todavia, apresentam eles os seguintes pontos de intersecção:

- a) uma orientação (des)ontologificada do sistema jurídico-penal (este um marcante traço do pós-finalismo), e;

necessidade de “levar-se a cabo a unidade sistemática do direito penal e da política criminal também no âmago da teoria do delito”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 46.

⁽³⁴⁷⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p.45 ss.

⁽³⁴⁸⁾ Deve dizer-se que sobretudo a abrangente elaboração levada a cabo por JAKOBS (minuciosamente desenvolvida em seu manual: *Strafrecht AT – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª. ed., Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1993) coloca-se à margem daquele relativismo axiológico, mercê de um cabal reconhecimento da prevenção geral (positiva) – como a função que apresenta prevalência para o *jus puniendi* estadual. Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 54.

⁽³⁴⁹⁾ Não é demasia lembrar que o termo funcionalismo tem sido empregue, no conspecto da sistemática teleológica, com a intencionalidade de realçar aquelas correntes doutrinárias que distanciando-se em maior ou menor intensidade da esfera ontológica, têm empenhado esforços, designadamente mediante um redimensionamento das finalidades trans-sistemáticas da política criminal, no sentido de reorientar a dogmática para a *função* social do direito penal.

⁽³⁵⁰⁾ Adjetivando o normativismo de JAKOBS de “radical”, SCHÜNEMANN, Bernd, “La Relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal”, trad. Mariana Sacher, *in: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: Uned, p. 643 ss., p.643.

b) um direcionamento voltado no sentido dos fins (*telos*), a modo de fazer jus ao designativo “penal” à nossa disciplina ⁽³⁵¹⁾.

Em termos bem generalizantes, permeia o pensamento teleológico-funcional (“Zweckrational”) uma sistemática de feição claramente normativa, consagrada a reestruturar as categorias que integram o repositório conceptual-dogmático do sistema jurídico-penal, com o declarado objetivo de reorientar suas decisões para *funções* (historicamente condicionadas pela sociedade tardomoderna).

Também é lícito pontualizar que muito embora existam – conforme deixámos assentado – diversas gradações funcionalizadoras do sistema penal, dois “sistemas” teóricos destacam-se nesta paisagem, quer pela originalidade, quer pela repercussão que lograram obter na tarefa de reestruturação dogmática ⁽³⁵²⁾. Donde, no quadro da dogmática penal contemporânea, de corte pós-finalista, pelo menos dois caudalosos rios teórico-funcionais merecem destaque ⁽³⁵³⁾:

⁽³⁵¹⁾ Nesse sentido elemento comum aos “sistemas” funcionalistas que dominam a dogmática penal atual é a clara posição de destaque concedida à teoria dos fins da pena, e de um modo tal que o sistema jurídico-penal surpreende-se progressivamente deslocado: do crime para a pena, para suas consequências e também para os seus fins. FIGUEIREDO DIAS, um funcionalista moderado, que faz assentar a construção do sistema jurídico-penal em valorações político-criminais, já no primeiro capítulo de seu Manual professa que tais valorações, de resto imanentes ao sistema, manifestam-se, precipuamente, nas consequências jurídicas peculiares ao direito penal, para então deduzir que numa tal acepção fica autorizado afirmar-se “que o direito penal e a sua ciência se orientam ‘para o resultado’ (*sc.*, para a consequência jurídica) (...)”. V. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 5.

⁽³⁵²⁾ Segundo Tomás VIVES ANTÓN, o funcionalismo tem sido diretamente responsável pelos mais recentes desenvolvimentos da dogmática penal. Sem embargo, não deixa de criticar uma certa “insuficiência epistemológica” em suas orientações fundamentais. V. *Fundamentos del sistema penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 433 ss. e 447 ss.

⁽³⁵³⁾ Também pode-se afirmar, sempre com suporte em SCHÜNEMANN (“La Relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal”, *cit.*, p. 645.), que o normativismo da escola de JAKOBS praticamente nada tem a ver com o normativismo político-criminal-teleológico de extração roxineana.

a) um funcionalismo com pautas normativas abertas a valores ⁽³⁵⁴⁾, forte normatização dos conceitos como mecanismo hábil a permitir um redirecionamento às finalidades ditadas pela política criminal, dando assim predominância a uma “racionalidade teleológica”, logo um moderado funcionalismo teleológico-valorativo e;

b) um funcionalismo dito radical, em que predominam necessidades sistêmicas e uma orientação de corte sociológico, em cabal detrimento das categorias ontológicas (tais como culpa e causalidade).

2. O funcionalismo teleológico-funcional-valorativo de ROXIN

Em adinículo ao que já ficou articulado em texto é mister exprimir que a partir da formulação da teoria do “incremento do risco” ⁽³⁵⁵⁾ o autor *sub studio* deixou claramente em evidência sua compreensão de que se se quiser o Direito como ciência cultural e valorativa não se poderá simplesmente arredá-lo do entorno social. De igual modo, também o direito penal se não pode postular como uma estrutura hermética ou ente sacral divorciado da realidade mundana – desligado de fins sociais e de finalidades práticas –, ou seja, dos problemas práticos concretos. Daí que a dogmática penal deve projetar-se para além das fórmulas e conceitos abstratos, para estender-se ao horizonte social que os

⁽³⁵⁴⁾ Isto é, com a ambição de fixar as “bases calculáveis da possibilidade de uma modificação do conteúdo real de cada categoria em função de modificações valorativas ou de variações na relação existente entre os fins do direito penal e do sistema da teoria do delito”. V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 68.

⁽³⁵⁵⁾ Mais recentemente, em detalhe, ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, t. 1, 4ª. ed., *ob. cit.* [n. 75], esp. p. 392 *usque* 401.

influxos político-criminais buscam descortinar, deixando-se então conduzir por tais fins, que passariam a assumir uma posição de transcendência ⁽³⁵⁶⁾.

Efetivamente, em ROXIN os influxos de política criminal vêm timbrados por uma racionalidade teológico-funcional ⁽³⁵⁷⁾ que arranca fundamento de validade nos princípios fundamentais que alicerçam o Estado de Direito. Daí que o embate contra a criminalidade, cujas estratégias caberá precipuamente à política criminal elaborar, não pode ser levado a efeito pelo poder estadual persecutório-punitivo de modo cego e livre de regras, nem de forma ilimitada (“a qualquer preço”). Tal luta contra o crime deve travar-se, sempre e sempre, “no marco de um Estado de Direito” ⁽³⁵⁸⁾ e reclama, invariavelmente, uma solução justa para o problema concreto.

⁽³⁵⁶⁾ Em um registo ainda lateral pode assinalar-se que uma robusta autonomização normativa da política criminal tem contribuído para uma ampliação de sua importância sistemática, propiciada, de seu turno, por uma progressiva abertura do subsistema jurídico-penal em direção a uma coordenada zetética. Assiste-se assim, então, a um retorno, em termos metodológicos, da dialética sistema/problema, colocando-se agora uma especial ênfase no polo problemático, algo que irá conduzir a uma transcendência da política criminal face ao sistema. Deveras, um autor como FIGUEIREDO DIAS concede precedência teleológica à política criminal, sustentando que esta “surge como uma ciência *transpositiva, transdogmática e trans-sistemática* face a um qualquer direito penal positivo”. O referido autor buscará justificar sua posição sobretudo no “padrão crítico” que caberia à política criminal desempenhar tanto *jure condendo*, como *jure condito*, para então sustentar que ela “oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização”, v. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 35. Itálicos originais. Também põe destaque na mencionada transcendência sistemática da política criminal, ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea”, *cit.* [n. 69], p. 506. Sobre o conflito sistema/problema, veja-se o importante contributo de NEVES, A. Castanheira, “Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade”, *cit.* [n. 142], p. 22, bem como a nota n. 142, *supra*.

⁽³⁵⁷⁾ SHÜNEMANN (“Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 56) observa, com propriedade, que o pensamento penal teleológico-racional não prescreve “de modo axiomático um cânone específico de proposições sistemáticas e com conteúdo material”, expressa antes um “bem determinado método de construção do sistema, como também de obtenção de conhecimentos dotados de conteúdo”.

⁽³⁵⁸⁾ ROXIN, Claus, *La Evolución de la Política Criminal, ob. cit.* [n. 73], p. 70. Não se cuida, pois, de uma defesa generalizante de qualquer política criminal, mas de uma política criminal

Formulado de outro jeito: num plano de perspectivação metodológica (já que se trata primordialmente de conceber a teoria do delito a partir de pontos de vista da política criminal [³⁵⁹], sem contudo fraturar as estruturas de validade do saber penal) a solução do problema, poderá, no limite, ter precedência tópica (³⁶⁰) (a partir de fundados argumentos de concreta justiça material [³⁶¹]) sobre a resposta sistematicamente adequada. Propugna tal concepção, designadamente, por uma orientação político-criminal que transcenda o momento de positivação legislativa do programa que tenha alcançado maioria

que verte do Estado de Direito, precisamente por essa razão talhada a autolimitar o poder punitivo, por meio de uma estrita atenção a princípios e garantias.

(³⁵⁹) Daí poder falar-se em uma normatização dos conceitos político-criminais, orientação cujos vestígios podem ser recuperados a partir da observação do princípio da insignificância: “(...) o Direito material contribuiria assim de maneira importante a solucionar o problema jurídico-penal dos factos de bagatela, problema que geralmente se intenta resolver só com meios processuais pouco satisfatórios”. V. ROXIN, Claus, *Culpabilidadade y prevención en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 86 e s.

(³⁶⁰) Uma defesa topicamente argumentativa do emprego de uma metodologia casuística (pondo, destarte, especial ênfase no problema, contudo sem renunciar ao sistema) como via para a consecução de concreta justiça material no bojo de um sistema político-criminalmente dirigido, encontra-se em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, esp. às p. 3 a 22. Sobre o argumento tópico no âmbito penal veja-se, ainda, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ob. cit. [n.354], p. 77 ss.; e Raúl ZAFFARONI (*En Busca de las Penas Perdidas – Deslegitimación y dogmatica juridico-penal*, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 284 ss.), quem, partindo da tópica de VIEHWEG, indaga se realmente o que se pretende é uma “nova tópica”, defendendo então um novo conceito de culpabilidade (culpabilidade pela “vulnerabilidade”, sempre adscrita à culpa pelo facto, a abranger a tradicional culpabilidade pelo injusto) que este autor, todavia, não adscribe ao perímetro da “solução justa” geralmente defendido pela tópica, mas, tão-somente, ao raio da “decisão possível”.

(³⁶¹) Na trilha do magistério de ROXIN, faz-se mister que tenha lugar uma penetração axiológica, i.e., que as “decisões valorativas político-criminais introduzam-se no sistema do Direito penal”. Para este autor “(...) Subordinação ao direito e conformidade com os fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem conduzir a uma síntese, do mesmo modo que Estado de Direito e Estado Social na verdade também não são opostos irreconciliáveis, mas constituem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não representa um Estado de Direito material (...)”. V. ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, ob. cit. [n. 68], p.10.

parlamentar, que ultrapasse, pois, os horizontes fixados de *lege lata*, designadamente quando estes não se revelarem adequados aos fins político-criminais que se encontram adscritos ao sistema de valores constitucionalmente sedimentados.

De ver-se, então, que o modelo funcional teleológico-axiológico (logo não meramente virado para fins instrumentais de controle e autoconservação sistêmica), sem desperspectivar o momento normativo, conspira, pondo bastante ênfase em finalidades de prevenção ⁽³⁶²⁾, para uma maior aproximação do saber dogmático-penal da realidade empírico-social.

3. O Funcionalismo de JAKOBS

Antes de passarmos a uma sucinta análise do modelo de JAKOBS, cobra relevo, já no próximo tópico, realizarmos uma aproximação confessadamente bem espartilhada da teoria dos sistemas, por sobre tudo em função de sua enorme repercussão na doutrina penal (onde comparece sob a denominação de “funcionalismo sistêmico” ⁽³⁶³⁾).

⁽³⁶²⁾ A propósito, também se não pode deixar de acentuar que este é um dado de fulcral importância para a compreensão de um sistema teleológico-funcional político-criminalmente dirigido, e que talvez permita-nos já divisar uma possibilidade de conciliação com a proposta do delito cumulativo em investigação nesta tese, tendo em vista, precisamente, a especial pregnância que a chamada necessidade de prevenção exige tanto daquele sistema, como de igual modo desta proposta. Sem embargo, nesta sede não nos cabe apreciar, nem mesmo a traço grosso, a temática da prevenção geral positiva e as implicações derivadas de sua adoção no quadro de uma teoria *funcionalista moderada* do direito penal, que, já por sua vinculação à teoria da pena, não se compreende em nosso campo de estudo.

⁽³⁶³⁾ A impressiva reverberação (uma “mudança de rumo intelectual”) do funcionalismo sistêmico no universo jurídico alemão é assinalada por AMELUNG, que chama a atenção, em particular, para a importância da “teoria dos papéis” na dogmática dos delitos especiais. AMELUNG, Knut, “El primer Luhmann y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes. Una contribución a la historia Del derecho alemán del siglo XX”, *RBCCr*, n. 50 (2004), p. 280 ss., p.281. Não se deve desperspectivar, todavia, que este autor figura como zeloso defensor da relevância do funcionalismo sociológico para o desenvolvimento da dogmática penal, tendo vindo a conceber o crime como um “fenômeno disfuncional” para o avanço do sistema social.

3.1. Sistema em LUHMANN

De um modo bem generalizador deve dizer-se que a “nova” ⁽³⁶⁴⁾ teoria dos sistemas sociais ⁽³⁶⁵⁾ parte da premissa que o mundo, muito embora constituído de sentido, ao oferecer ao Homem – ser limitado em termos de percepção, assimilação de informação e de ação consciente – uma multiplicidade de possíveis experiências, tornou-se extremamente complexo⁽³⁶⁶⁾ e contingente. Bem, dito isso importa logo singularizar que LUHMANN inicialmente concebera os sistemas como estruturas abertas relativamente ao “ambiente” ⁽³⁶⁷⁾ externo. Contudo, essa sua primeira caracterização (sistêmica) da sociedade passará por uma sensível mudança de enfoque, quiçá uma paradigmática ⁽³⁶⁸⁾ modificação, quando este autor decide-

⁽³⁶⁴⁾ A ideia de uma campo interdisciplinar e geral de pesquisa, com expressa pretensão de constituir-se em uma nova disciplina, designada de “teoria geral dos sistemas”, remonta, como se sabe, a Ludwig BERTALANFFY (*Teoría General de los Sistemas*, trad. Juan Almela, México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

⁽³⁶⁵⁾ Mas o programa de pesquisas relacionado à teoria dos sistemas não pode ser perspectivado como uma disciplina autônoma, antes como um “discurso constituído de sentido”. V. KRIEGER, David, *Einführung in die allgemeine Systemtheorie*, 2ª. ed., München: Wilhelm Fink, 1998, p. 7.

⁽³⁶⁶⁾ Complexidade em LUHMANN é, paradoxalmente, algo bastante simples: nada além do que um “elenco de possibilidades em número bem superior à capacidade concreta das pessoas para realizá-la”. V. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 2ª. ed., *ob. cit.* [n. 366], 1983, p. 31.

⁽³⁶⁷⁾ O meio ambiente é aquilo que é “diferente do sistema, algo que se encontra fora do sistema e que contém tudo o que não pertence ao sistema”. Ambiente então é “tudo o que está excluído do sistema”. Isto tem uma consequência importante: significa que “não pode haver meio ambiente em si. O ambiente é sempre para ou em relação a um sistema”. De outra banda, sistema e ambiente são “indissociáveis”. Não há sistema sem ambiente e nenhum ambiente sem sistema. V. KRIEGER, David, *Einführung in die allgemeine Systemtheorie*, *ob. cit.* [n. 365], p. 13.

⁽³⁶⁸⁾ Lembrando que LUHMANN promoveu uma “mudança de paradigma” no seio da sua própria teoria ao realizar a passagem “duma teoria de sistemas-que-se-adaptam para uma teoria de sistemas autorreferentes”, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 77], p. 36.

se, sob influência da teoria da autopoiese (^{369/370}) (teoria que perspectiva os sistemas vivos como sistemas cognitivos e que vê o fenômeno interpretativo como “chave central de todos os fenômenos cognitivos naturais” [³⁷¹]), a realizar uma fundamental alteração em seu esquema conceitual inaugural.

Deveras, já com suporte na ideia da autopoiese (³⁷²), LUHMANN passa a compreender os sistemas como estruturas operacionalmente cerradas

(³⁶⁹) Desenvolvida, ninguém desconhece, por Maturana e Varela (doutores em Biologia pela Universidade de Harvard), teoria que também se correlaciona com a neurofisiologia da cognição. Para os referidos autores, os sistemas vivos por se organizarem autorreferencialmente constituem-se em verdadeiras “máquinas autopoieticas”: sistemas fechados que se autorreproduzem circularmente. É dizer, os citados autores defendem que o processo de organização de todo ser vivo assenta num mecanismo circular de constituição de identidade: “Essa circularidade fundamental é (...) uma autoprodução única da unidade vivente ao nível celular. O termo autopoiesis designa esta organização mínima do vivo”. V. Maturana Ramesín, Humberto; Varela García, Francisco, *De Máquinas e Seres Vivos – Autopoiesis: a organização do vivo*, 5ª. ed, Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1994, p.45 e s. Com um enfoque diametralmente oposto, por entender que é necessário estudar não só partes e processos isolados, entendendo que os organismos vivos são sistemas abertos, “é dizer, sistemas que permutam matéria com o meio circundante”, Bertalanffy, Ludwig, *Teoría General de los Sistemas*, ob. cit. [n. 364], p. 34. Ao transpormo-nos para a órbita jurídica poderemos afirmar, agora com Teubner, que o “(...) Direito retira a sua própria validade dessa autorreferência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior”. V. Teubner, Günther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, ob. cit. [n. 261], p. 2.

(³⁷⁰) Que, segundo palavras do próprio Luhmann, não significou, porém – para além de “destronar” o sujeito de sua primazia em termos de autorreferencialidade –, que os sistemas sociais devam agora ser interpretados de acordo com o modelo dos sistemas biológicos. V. Luhmann, Niklas, “El derecho como sistema Social”, trad. Carlos Gómez-Jara Díez, in: *Teoría de sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed), Granada: 2005, p. 69 ss., p. 70.

(³⁷¹) Assume assim o perfil de uma teoria epistemológica e com tal fisionomia logra penetrar o território das ciências sociais e da comunicação. V. Maturana Ramesín, Humberto; Varela García, Francisco, ob. cit. [n. 369], p. 46 e ss.

(³⁷²) Exprime Faria Costa (“O direito penal e a ciência”, cit. [n. 156], p. 198) em tonalidade interrogativa, mas já com um laivo de crítica: “E não vivemos nós, ainda, em tantos e tantos quadrantes, debaixo do império do entendimento ‘autopoietico’?”

(“clausura autopoietica”) ⁽³⁷³⁾, portadoras de autonomizantes propriedades emergentes internas ⁽³⁷⁴⁾ (tal qual se passa no âmbito da vida celular), cujas relações com o ambiente não se estabelecem mais em termos de *input* e *output* (realimentação própria dos sistemas abertos), porquanto reconhecem seu centro ou eixo regulatório no próprio sistema, daí falar-se agora em uma teoria dos sistemas autorreferenciais. E, no quadro dessa teoria dos sistemas já modificada, a “unidade funcional” que possibilita a perpetuação reprodutiva do sistema em ordem a evitar a entropia ou desordem é a – *comunicação*. A sociedade então se não mais poderá decifrar como uma totalidade integrada de pessoas (denominadas de “sistemas psíquicos” ^[375]), senão como um seletivo sistema de comunicação, senhor da sua “própria realidade e autonomia sistêmica” ⁽³⁷⁶⁾.

Cuida-se, portanto, a todas as luzes, de um construto teórico que projeta não ao nível institucional mas ao “nível operativo” ⁽³⁷⁷⁾ uma imagem fragmentada da realidade, concebida não mais como um englobante conjunto de partes inter-relacionadas, todavia como um complexo, hiperespecializado e policêntrico (não hierarquizado) tecido, composto por uma rede de dinâmicos

⁽³⁷³⁾ Clausura que possibilita aos sistemas diferenciarem suas próprias operações das operações que se realizam em seu entorno. De outra banda “(...) Condição necessária para o fechamento de um sistema é o exercício exclusivo de uma função social. No caso do sistema jurídico, esta função se caracterizava (...) como a generalização congruente de expectativas normativas”. V. SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, Granada: Comares, 2003, p. 20.

⁽³⁷⁴⁾ Todavia, LUHMANN admite que o ambiente externo concorre para o desenvolvimento da interna estrutura sistêmica, mercê constantes estímulos, sob a forma de “irritações”. BOTTKE, de sua vez, entende que tais estímulos também podem ter lugar através do “ruído” contracomunicativo realizado pela intervenção jurídico-penal”. V. BOTTKE, Wilfried, “La actual Discusión sobre las finalidades de la pena”, *in: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin*, Jesús María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: Bosch, 1997, p.41 ss., p. 42.

⁽³⁷⁵⁾ De modo que as pessoas concretas ou “sistemas psíquicos” representam para os sistemas sociais não mais do que o seu ambiente ou entorno.

⁽³⁷⁶⁾ Assim, SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, *ob. cit.* [n. 373], p. 18.

⁽³⁷⁷⁾ LUHMANN, Niklas, “El derecho como sistema Social”, *cit.* [n. 370], p. 75.

subsistemas autônomos (de que é exemplo o sistema jurídico [³⁷⁸]): cerrados, autorreferenciáveis, e sobretudo diferenciados entre si e de seu entorno. Sintetizando ao extremo: a teoria dos sistemas em LUHMANN, ao descrever a realidade social a ser regulada como uma entidade funcional apresenta-se livre de elementos ideológicos, axiológicos ou até ontológicos, já que possui um escopo nitidamente simplificador, *i.e.*, orientado à “redução da complexidade”.

3.2. O Sistema jurídico como subsistema social

Fundamental para a compreensão de como “opera” o sistema jurídico na concepção de LUHMANN é o mecanismo que ele denomina de “dupla contingência” (³⁷⁹), passível de ser desimplicado mediante um processo que assenta na constituição de “estruturas de expectativas” – incumbidas de realizar a “função de estabilização” (³⁸⁰).

Rigorosamente o autor em destaque defende a existência de duas modalidades de expectativas (³⁸¹), a saber: as expectativas cognitivas e as expectativas normativas. Estas, ainda quando frustradas, não se estabilizam com a mera “aprendizagem” (³⁸²), *s.c.*: as expectativas normativas mantêm-se

(³⁷⁸) Porque em cada uma de suas operações o direito tem que “reproduzir sua própria capacidade operativa”, alcançando sua estabilidade estrutural através da “recursividade” e não, como se poderia supor, por meio de um “*input* favorável ou *output* desfavorável”. Elucidativo para esta compreensão, LUHMANN, Niklas, “El derecho como sistema Social”, *cit.* [n. 370], p.73.

(³⁷⁹) Sobre a dimensão temporal da contingência, veja-se o que escrevemos no ponto 3.2., do Cap. I, *supra*.

(³⁸⁰) Novamente na glosa de LUHMANN (*Rechtssoziologie, ob. cit.* [n. 174], p. 38) pode afirmar-se que os sistemas sociais “visam à estabilização das expectativas objetivas pelas quais as pessoas se orientam”.

(³⁸¹) De acordo com LUHMANN (*Rechtssoziologie, ob. cit.* [n. 174], p. 33), diante da “dupla contingência necessita-se de outras estruturas de construção muito mais complicadas e condicionadas: as expectativas. Em face da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas”.

(³⁸²) Contrariamente, pois, ao que se passa com as expectativas cognitivas, que, uma vez frustradas, contam com a “aprendizagem” para canalizar o desapontamento. Daí que elas são relativamente “imunes a desapontamentos”. V. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie, ob. cit.* [n.174], p.33.

ou são preservadas a despeito do desapontamento com o comportamento ⁽³⁸³⁾. Tais expectativas não dão margem a qualquer processo de adaptação cognitiva. Por meio delas resiste-se à aprendizagem e insiste-se no manutenção – e no reforço contrafático – da própria expectativa (a ser preservada a despeito da conduta desapontadora).

Numa tal moldura teórica as normas já se podem conceber como estruturas a que se adscrive o conceito de “expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente” ⁽³⁸⁴⁾; ou seja, a norma não é trincada com a sua simples inobservância. Mais ainda. Ao posicionar-se inflexivelmente contra os factos que a negam a estes se sobrepõe. De outra banda, ela também proporciona um ganho ou *input* de segurança (em termos de expectativas) ao ensejar uma maior previsibilidade ⁽³⁸⁵⁾ quanto ao comportamento alheio ⁽³⁸⁶⁾ e uma “orientação positiva para o futuro” ⁽³⁸⁷⁾. Em lapidar síntese: a norma colima cumprir uma função de generalização das expectativas em ordem a reduzir a complexidade (social).

Daí que para FARIA COSTA, “LUHMANN (...) baseia-se, fundamentalmente, na ideia-força de que o direito é um sistema que reduz a

⁽³⁸³⁾ E o que nos diz LUHMANN a esse respeito é algo bem impressionante: “O Direito processa (...) as expectativas normativas capazes de manterem-se a si mesmas em situações de conflito. Claro que o direito não pode garantir que estas expectativas não sejam defraudadas. Mas pode garantir que possam manter-se como expectativas, inclusive no caso de que sejam defraudadas (...). Graças a isso o Direito mantém a perspectiva de resolver conflitos”. V. LUHMANN, Niklas, “El derecho como sistema Social”, *cit.* [n. 370], p. 73.

⁽³⁸⁴⁾ LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, *ob. cit.* [n. 174], p. 43.

⁽³⁸⁵⁾ Com isso, “sobre a base das próprias experiências do mundo em uma determinada cultura o indivíduo organizará seu conhecimento sobre o mundo e utilizará tal conhecimento para predizer interpretações em relação às experiências novas. O meramente possível converte-se assim em previsível, libertando-se a interpretação dos fenômenos da sua posição original de incerteza”. V. SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, *ob. cit.* [n. 373], p. 8.

⁽³⁸⁶⁾ Para o autor em análise a segurança na expectativa sobre expectativas quer seja ela alcançada por meio de “estratégias puramente psíquicas, quer mediante normas sociais, constitui uma base imprescindível para todas as interações”. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, *ob. cit.* [n. 174], p. 38 e s.

⁽³⁸⁷⁾ CASTRO CUENCA, Carlos; HEINAO CARDONA, Luis Felipe; BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Bogotá, Grupo editorial Ibanez, 2009, p.66.

complexidade”. Ressalta aquele autor, contudo, que “(...) a enorme eficácia explicativa que uma tal ideia transmite tem que ser criteriosamente analisada”, para em seguida aduzir: “(...) pode afirmar-se que o direito, o sistema jurídico, surge como uma utensilagem que ‘arruma’ o real-social, de modo a que as tensões e os conflitos se mantenham em níveis que o próprio sistema autodefine como razoáveis isto é, dentro de níveis que obstem à ruptura do próprio sistema. Porém, conquanto obstinadamente se diga o contrário, o facto é que o direito surge-nos, desse jeito, na veste de um sistema exterior que impõe uma quadrícula própria para que as relações tenham um fluxo normal”⁽³⁸⁸⁾.

Ainda no rasto da teoria dos sistemas sociais, pode constatar-se que a “complexidade” ⁽³⁸⁹⁾ matricialmente hospedada nos sistemas biológicos irá colonizar o sistema social e fazer exigências aos subsistemas ⁽³⁹⁰⁾ ou sistemas de segundo grau. Tais subsistemas originam-se – e assim também se passa com o direito – de um específico código ⁽³⁹¹⁾ binário de comunicação, portador tanto de um valor positivo, como de um valor negativo. E o específico código binário do direito é: “lícito-ilícito” [³⁹²]. Código este que guiará as operações

⁽³⁸⁸⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, ob. cit. [n. 53], p. 283 e s.

⁽³⁸⁹⁾ Trata-se, como se sabe, de um conceito de indubitável extração científica. Com efeito, e para ser mais específico, ele remonta aos “teóricos da complexidade” (a exemplo de PRIGOGINE), tendo logrado reentrar como metáfora na discursividade sócio-jurídica através da parabólica mental de LUHMANN. Segundo aquele autor, “(...) Primeiro que tudo, a natureza conduz à complexidade inesperada. Isso é verdade em todos os níveis. É verdadeiro no caso das partículas elementares; é verdadeiro para os sistemas vivos e, naturalmente, é verdadeiro para o nosso cérebro. A segunda dificuldade é que a visão clássica não corresponde à evolução histórica temporalmente orientada que vemos em todos os lugares e à nossa volta: o universo está a evolver”. V. PRIGOGINE, Ilya, *Is Future Given?*, New Jersey et al.: World Scientific, 2003, p. 8.

⁽³⁹⁰⁾ A ideia de subsistema deixa logo evidenciado que o sistema jurídico não se encontra localizado fora da sociedade. Trata-se, então, de um sistema intrassocial que se diferencia dos demais subsistemas pelas funções que desempenha.

⁽³⁹¹⁾ “É o código próprio de cada sistema que permite diferenciar se estamos (...) ante uma comunicação do sistema científico (...) ou do sistema jurídico”. V. SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, ob. cit. [n. 373], p. 20.

⁽³⁹²⁾ Segundo SILVA DIAS estamos diante de “uma chave de leitura bipolar através da qual os acontecimentos mundanos deixam de ser meras perturbações e se transformam em

autorreprodutivas sistêmicas ⁽³⁹³⁾ e que também destina-se a processar as expectativas e a reduzir tanto a complexidade como os “ruídos” na comunicação. Logo tal codificação possui uma importância fundamental para a “diferenciação do sistema jurídico, posto que dota o sistema de sua própria forma de contingência, que é internamente constituída” e o direito como sistema autopoietico de base comunicativa encontra-se permanentemente “ocupado na execução da autorreprodução tanto do sistema social geral como de si mesmo” ⁽³⁹⁴⁾.

Sem embargo, cumpre expressar que o conceito de direito que emerge da teoria dos sistemas sociais *sub studio* – direito como uma totalidade organizada, “*rectius*”, auto-organizada –, é meramente formal e avaliativo. Não obstante isso, há de ressaltar que concita a seu favor uma intencionalidade em pretender explicar, com emprego da teoria dos sistemas autopoieticos, a importância do direito e do seu específico código para a estabilização social.

Do que ficou dito fica, ainda, principalmente por esclarecer se o contemporâneo fenômeno da expansão do direito penal como esboço de tentativa em acompanhar ao tardomoderno aumento da hipercomplexidade social concorre, mediante fragmentária e redutora seleção, para a diminuição dessa complexidade ou se, contrariamente, pode ser compreendido como fator contributivo ao seu incremento e radicalização. Bem, pensamos que a fragmentaridade não deve constituir um simples derivado da lógica sistêmica, mas, quintessencialmente, consequência de uma *eleição axiológica*. cremos,

informações relevantes”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 44 e s, nota 88.

⁽³⁹³⁾ Essas operações ao se autonomizarem do sistema social total darão origem aos subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. “Assim, por exemplo, o sistema jurídico tornou-se num subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio (“legal-ilegal): é esse código que, operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária autorreprodução recursiva dos seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais”. V. ANTUNES, José Engrácia, “Prefácio”, *in*: TEUBNER, Günther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. I ss., p. XII.

⁽³⁹⁴⁾ LUHMANN, Niklas, “El derecho como sistema Social”, *cit.* [n. 370], p. 74.

então, que melhor é pensar que só uma racionalidade valorativa (“Wertrationalität”), logo selecionadora encontra-se apta a reduzir a complexidade.

Não obstante deve gizar-se que em um aspecto particular parece-nos operativo aceitar a analogia com a ideia de autodiferenciação sistêmica: ao influxo de explicar-se que para lidar com a crescente complexidade interna o “sistema direito” autodiferenciou-se em diversos ramos ou subsistemas, entre eles o direito penal, o qual, de seu turno, e ninguém desconhece, tem sofrido uma enorme pressão para “evoluir”, já em função do apontado aumento da complexidade interna. De modo que também ele vê-se pressionado a alterar a sua estrutura – vindo a promover constantes autodiferenciações ⁽³⁹⁵⁾.

3.3. Teoria dos sistemas e sociedade de risco: uma imbricação possível?

Nesta quadra deve-se pontificar que o *topos* sociedade de risco parece colaborar – mercê influxos transsistêmicos de jaez político-criminal (e é exatamente aqui que, segundo pensamos, pode vislumbrar-se já um ponto de intersecção entre a teoria da sociedade e a teoria dos sistemas sociais) – para uma mais acentuada penetração da teoria sistêmico-funcional na acidentada topografia penal; aliás, pode acompanhar-se PRITTWITZ, sem reservas, quando ele argumenta que foi precisamente o “discurso do risco”, que ao impregnar a gramática político-criminal (daí visualizar o direito penal do risco já como “parte” da sociedade de risco) contribuiu para uma compreensão algo disseminada do direito penal como subsistema social ⁽³⁹⁶⁾.

E, numa tal moldura sócio-jurídica, o direito penal parece contemplar a si próprio como garante da incumbência de prever e controlar os riscos para os demais subsistemas (mundo ou entorno) – participando, destarte, ativamente da propagação de uma racionalidade funcional-sistêmica. Tal asserção se nos apresenta – e é importante dizê-lo já com alguma ênfase – como tendencialmente correta, designadamente quando nos deixamos convencer

⁽³⁹⁵⁾ Cabe indagar se o direito penal secundário, também não poderia, em parte, ser explicado a partir de uma tal “evolução”.

⁽³⁹⁶⁾ PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 364.

que os novos grandes perigos (e para tanto o nosso tempo histórico também desempenha lá o seu papel) também podem ser interpretados como riscos de cunho sistêmico, *i.e.*, riscos “inerentes ao funcionamento do sistema social”⁽³⁹⁷⁾.

Uma nota em adição ao que ficou dito. Guardam tais riscos um caráter irrecusavelmente marcante, a outorgar-lhes um significado dogmático de contornos e consequências no mínimo nada desprezíveis. É conferir: os riscos “sistêmicos” – e no âmbito de uma “sociedade de risco” as coisas, como já se viu, adquirem uma tom ainda mais grave ⁽³⁹⁸⁾ – apenas mui episodicamente são aceites como *risco permitido*. Com isso fica reforçada a suspeita de que muito embora não sejam sobreponíveis, existem, deveras, pontos de intersecção entre a teoria da sociedade (de risco) e a teoria (social) funcional-sistêmica ⁽³⁹⁹⁾ –, que se encontram assentados no vero imo da moderna narrativa penal ⁽⁴⁰⁰⁾.

⁽³⁹⁷⁾ GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización e Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del discurso de resistência*, Valência: tirant lo Blanch, 2003, p. 135.

⁽³⁹⁸⁾ É que a “sociedade de risco” exhibe uma grande resistência em decifrar consequências danosas como obra do azar ou infortúnio, “questionando-se sempre pelas relações causais, e como os novos riscos reenviam sempre a decisões humanas, devem então apreender-se como factos acerca dos quais necessariamente deve existir um sujeito responsável”, havendo uma tendência “a transformar o caso fortuito em injusto”. V. GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos*, *ob. cit.* [n. 397], p. 136.

⁽³⁹⁹⁾ Sem quereremos colocar de modo algum em causa a bondade do que ficou argumentado, temos para nós que se não pode recusar que a intromissão da teoria dos sistemas (por mor na vertente luhmanniana) já no papel de uma teoria de corte descritivo-explicativo – que, e seja logo dito, acreditamos não possuir virtualidades legitimadoras – no eixo rotacional da galáxia penal, contribui para uma maior reflexividade, *rectius*, para a realização de um meditado esforço autorreflexivo (no sentido de um observador externo) por todos que se ocupam dessa disciplina, esforço que se não pode qualificar de inútil nem de desvalioso.

⁽⁴⁰⁰⁾ Consoante esgrima FARIA COSTA, “(...) O direito penal, não é uma narrativa mas mostra-se também através dela. Por isso, queiramo-lo ou não, a narrativa é um dos vectores fundamentais para se perceber, compreender, analisar, criticar e estudar o direito”. V. “O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado”, *cit.* [n. 261], p. 22 e s.

Também cumpre observar que o direito penal vive, curiosamente ⁽⁴⁰¹⁾, um fenômeno análogo àquele experienciado pela sociologia, que, como se sabe, transitou de um modelo de explicação baseado na teoria da ação ⁽⁴⁰²⁾, para um modelo de sistema social supraindividual (ora, outra coisa não é a teoria dos sistemas de LUHMANN!). Tal mudança de paradigma ocorrida no seio da disciplina que se ocupa em observar e explicar a realidade social, encontra um certo paralelismo no território penal – em que pese aqui ainda não se possa realmente falar em consumação de uma transição paradigmática – onde é permitido divisar-se uma sensível tendência, qual: da perspectiva liberal-individual para a perspectiva social ⁽⁴⁰³⁾.

⁽⁴⁰¹⁾ E a coincidência é tão notável que poderia, inadvertidamente, ser-se levado a pensar que se trata antes de um insondável “capricho” capaz de transcender a natureza física das coisas.

⁽⁴⁰²⁾ Talcot PARSONS bem pode bem ser considerado um dos pioneiros dessa migração, conquanto também ele tenha-se dedicado ao estudo da ação humana na senda weberiana, ou seja, como categoria sempre vinculada aos fins e aos meios. Nesse sentido veio a defender que as proposições do sistema, se se quiserem pretender científicas, devem ter como referência as questões que têm sede no facto empírico. V. PARSONS, Talcot, *The Structure of Social Action – A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, T. I, 4ª. ed., New York/London: FP – The Free Press, 1968, p. 7. Vendo no funcionalismo sistêmico de ROXIN uma influência – direta ou indireta – da concepção sistêmica da sociedade de Talcott Parsons, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Qué queda del Finalismo en Latinoamérica?”, in: *Serta – in memoriam Alexandre Baratta*, Ferando Pérez Álvarez (ed.), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 233 ss., p. 241.

⁽⁴⁰³⁾ Que repercute tanto numa maior preocupação com a tutela de bens ou interesses de naípe coletivo ou difuso, como numa pontual transição de um modelo de responsabilidade individual para um modelo de responsabilização coletiva. Convém sublinhar, com COSTA ANDRADE, que a perda de relevância do indivíduo já é antiga (muito embora, segundo pensamos, tenha se agudizado com a modernidade tardia). Com efeito, desde a elaboração do conceito de bem jurídico por BIRNBAUM, no Século XIX – uma “viragem no sentido da posituação, normatização e subjectivização sistêmico-social do objecto da infracção” –, que se observa uma mudança de enfoque, cujas consequências mais sensíveis cifram-se no desencadeamento de uma “deslocação do referente e do conteúdo da *danosidade* do crime”, tendo o indivíduo perdido o protagonismo que gozava durante o Iluminismo (como destinatário precípua da proteção penal), na medida em que agora pela vereda do bem jurídico “é o sistema social que a si mesmo se constitui em referência obrigatória” da tutela penal. O autor ainda aduz que “mesmo após a superação da etapa mais exacerbada do positivismo legal, a vinculação sistêmico-social perdurou como constituinte inseparável da teoria do bem jurídico”.

Por outro lado numa transposição mais acirrada da teoria dos sistemas (cortada transversalmente pela macroteoria da sociedade de risco) para o multiverso penal, os bens jurídicos tendem a ser descritos como aparelhagem conceitual funcionalizada (apresentando-se já algo espiritualizados) a cumprir funções essenciais à preservação do sistema social, funções cuja tutela funda, pode fundar um renovado discurso legitimador do poder punitivo, bem como servir de base ou ponto de apoio para uma renormativização reestruturante dos conceitos penais fundamentais.

3.4. O Funcionalismo sociológico-penal ou sistêmico de JAKOBS (ou a preservação da norma como fim do direito penal)

Deve dizer-se logo à partida que não há aqui qualquer intencionalidade em elaborar uma investigação minudente de todo o deveras complexo edifício teórico em que encontra-se estruturado o funcionalismo de JAKOBS ⁽⁴⁰⁴⁾, mas sim, uma vez fixados tão-só os aspectos mais relevantes desse modelo, examinarmos criticamente se tal constructo rende ensejo ou dá cobertura à proposta do delito cumulativo, isto é, se ele pode revelar-se harmonizável com uma abordagem dogmática da ideia de acumulação.

JAKOBS, como se sabe, ao afastar-se progressivamente dos postulados da teoria final da ação, irá desenvolver um sistema doutrinário da imputação completamente purificado de elementos ontológicos. Para tanto elegerá a teoria dos sistemas como marco miliar a uma conseguida renormatização ou reconstrução conceitual funcionalizada – e no conspecto dessa orientação

V. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, ob. cit. [n. 77], p.37 ss.

⁽⁴⁰⁴⁾ Defendendo que a concepção de JAKOBS pode ser nomeada como a mais original tentativa até o momento em (re)elaborar tanto as teorias do delito como da pena em termos de “funcionalidade para o conservação do sistema social”, PENARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la Influência del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena e del Delito”, in: *Teoría de sistemas y Derecho penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), Grandada, 2005, p. 223 ss., p. 225.

funcionalista ⁽⁴⁰⁵⁾ caberá ao direito penal exercer uma função ⁽⁴⁰⁶⁾ afirmativa – que prossegue consoante “exigências preventivo-gerais” ⁽⁴⁰⁷⁾.

Já em um primeiro nível de análise desse modelo é possível constatar que a sociedade somente emerge e se estrutura a partir de normas ⁽⁴⁰⁸⁾ – *i.e.*, “expectativas sociais institucionalizadas” ⁽⁴⁰⁹⁾ –, normas cuja validade arranca da necessidade em estabilizar ⁽⁴¹⁰⁾ contrafaticamente (em face de condutas incompatíveis com a configuração social) expectativas fundamentais e

⁽⁴⁰⁵⁾ Aliás é o próprio JAKOBS quem se encarrega de definir sua teoria como funcionalista. V. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *ZStW*, 107 (1995), Heft 4, p. 843 ss.

⁽⁴⁰⁶⁾ Funções são prestações ou encargos (“Leistungen”) que dão sustentação a um sistema. Com espreque em LUHMANN, ver JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *cit.* [n. 405], p. 844. Permita-se logo dizer, já como pista para a compreensão do sistema de JAKOBS, que se não pode negligenciar a sua adesão – quando define o delito como frustração das expectativas (“Störung der Erwartung”) – à dinâmica discursiva de LUHMANN. Mas é mister clarificar que muito embora faça todo sentido afirmar que JAKOBS privilegia e distingue a concepção luhmanniana de sistema (de modo que sem dúvida é de todo irrecusável a influência de LUHMANN sobre o pensamento do autor em epígrafe), a metodologia que JAKOBS propõe não deve ser recepcionada como mera transposição para o mundo da juridicidade da aparelhagem conceitual que a teoria social dos sistemas maneja e emprega. Tem, portanto, valor e originalidade próprios. Deve, por outro lado, acentuar-se que os últimos trabalhos de JAKOBS revelam já um gradativa e intencional diminuição da influência de LUHMANN.

⁽⁴⁰⁷⁾ JAKOBS, Günther, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 348], p. 1 *usque* 4.

⁽⁴⁰⁸⁾ Aderimos, sem reservas, à proposição que estabelece que uma “sociedade existe quando está vigente ao menos uma norma”. V. JAKOBS, Günther, “La Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia da la norma”, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *in: Teoría de sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed), Granada: Comares, 2005, p. 177 ss., p. 177.

⁽⁴⁰⁹⁾ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *cit.* [n. 405], p. 859.

⁽⁴¹⁰⁾ “As normas são um tema social, e sua estabilização é a estabilização da sociedade” V. JAKOBS, Günther, “O que protege o Direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?”, trad. Manuel Cancio Meliá, versão para o português por Nereu José Giacomolli, *in: Direito Penal e Funcionalismo*, coord. André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31 ss., p. 48.

determinantes da identidade da sociedade ⁽⁴¹¹⁾, expectativas que, afinal, encontram-se cristalizadas nas próprias normas de configuração. Dessarte, neste quadro teórico cabe ao direito penal contradizer – ao confirmar ou reafirmar a vigência da norma transgredida – aqueles comportamentos tidos por defeituosos, prestando-se a norma penal, portanto, como um estável e indissociável vínculo que permite interlaçar o ordenamento jurídico ao sistema social total, em ordem a garantir a “conservação da identidade normativa da sociedade” ⁽⁴¹²⁾.

Com efeito, para JAKOBS é função do direito penal “confirmar no âmbito da comunicação ⁽⁴¹³⁾ a vigência ⁽⁴¹⁴⁾ perturbada da norma” ⁽⁴¹⁵⁾. Nesse contexto doutrinal é finalidade da pena ⁽⁴¹⁶⁾ atuar de modo a comprovar a

⁽⁴¹¹⁾ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *cit.* [n. 405], p. 844.

⁽⁴¹²⁾ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *cit.* [n. 405], p. 844.

⁽⁴¹³⁾ O delito, aliás, senão já toda a criminalidade, é expressão de comunicação defeituosa, *i.e.*, afirmação que impugna a norma, que refuta portanto a comunicação estabelecida pela norma. No âmbito dessa vertente da teoria da prevenção geral se o delito é comunicação, ainda que defeituosa, também a pena é comunicação e não meramente violência, pois a pena “surge comunicativamente tal qual a vigência da norma, e não mediante a força bruta”. V. JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, *cit.* [n. 408], p. 180.

⁽⁴¹⁴⁾ O autor ao transgredir a norma não suspende sua vigência: “Uma norma segue vigente inclusive quando se lhe infringe”, porque “o que pode infringir-se deve evidentemente estar vigente”. V. JAKOBS, Günther, “La Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia a norma”, *cit.* [n. 408], p. 179 e s.

⁽⁴¹⁵⁾ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus” und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *cit.* [n. 405], p. 844.

⁽⁴¹⁶⁾ Realmente está-se diante de um modelo de prevenção geral “positiva”, um modelo em que a pena surge como um instrumento cognitivo-comunicativo de reafirmação (positiva) da norma (e “autoconfirmação da sociedade”), enquanto o substrato negativo da pena, *i.e.* a pura intimidação, comparece de modo bem graduado ou nuançando. No modelo em disceptação há ao menos três distintos níveis ou âmbitos estruturantes. No primeiro plano a pena apresenta como função (precípua) o confirmar ou reforçar, sempre no plano comunicativo, a confiança das pessoas na vigência das normas, de modo que pese embora confrontadas com a sua eventual transgressão possam manter inquebrantável e firme o “*exercício de confiança na norma*”; num segundo plano ou nível – mas sem integrar o conceito de pena – muito mais

“inalterabilidade e a inviolabilidade” não só do ordenamento jurídico mas da própria sociedade ⁽⁴¹⁷⁾, e de rechaçar “o esboço de mundo” que o autor lhe pretende impor com a sua conduta ⁽⁴¹⁸⁾.

como uma consequência de índole psicossocial (efeito pedagógico hábil a afastar a conduta defeituosa como opção ou alternativa de comportamento), apresenta-se o chamado “exercício de fidelidade ao direito” (um efeito – de psicologia social – de carácter secundário ou eventual); por derradeiro, mercê aplicação da pena se assimila a relação lógica existente entre o comportamento desviante e a necessidade de arcar com as consequências penais correspondentes, falando-se então em “exercício na aceitação das consequências”. V. JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT*, *ob. cit.* [n. 348], p. 1 *usque* 14. A bem de ver a pena adquire nessa concepção doutrinária uma dimensão e importância fulcral (muito embora não possua aqui nenhum fim concreto para além da preservação da validade da norma), vez que emerge como instrumento de tecnologia social capaz de garantir – ao instante em que nega o “projeto do mundo” do autor e assim confirma a realidade da norma – a preservação do sistema total. Desde logo pode extrair-se a conclusão de que somente podem comunicar sentido social as ações dirigidas contra as normas, *i.e.*, ações que interfiram na narração normativa. Facto objetivamente punível, então, só pode ser a afirmação de sentido orientada a transformar a realidade externa. Mas, deve logo gizar-se que se trata de uma realidade externa mediada pelas normas que aglutinam a identidade social. Finalmente, cumpre observar que JAKOBS aproxima-se demasiado – ao defender que um dos aspectos fundamentais do injusto encontra-se precisamente na infidelidade à norma – de uma concepção subjetivista monista do injusto penal, que, como se sabe, tende a abandonar a noção de resultado (como afetação a bens jurídicos).

⁽⁴¹⁷⁾ Aliás é o próprio JAKOBS quem afirma (“Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipien”, *cit.* [n. 405], p. 845) que para o “funcionalismo (...) o que há de ser resolvido é sempre um problema do sistema social (...). Todas as instituições dogmáticas dignas de menção no direito penal moderno, desde a imputação objetiva até ao conceito normativo de culpabilidade (...) não poderiam haver se desenvolvido desde uma perspectiva puramente interna ao sistema jurídico ou que não tivesse em conta a função da normatividade jurídica”.

⁽⁴¹⁸⁾ Criticando o funcionalismo sistêmico de JAKOBS, entre muitos: ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 77], p. 109 *usque* 133; DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p. 751 *usque* 766; e PEDRO, Manuel José Miranda, “Algumas notas sobre a imputação objetiva no Direito Penal português – mais Roxin, menos Jakobs”, *in: Separata da RPCC*, a. 17, n.º. 1, Coimbra: Coimbra ed, 2007.

3.4.1. Conceito de ação objetivamente punível em JAKOBS

Para JAKOBS existem factos que transformam a realidade externa mas não expressam ou comunicam qualquer afirmação de sentido (ao menos não para o subsistema penal), bem como factos outros, estes puníveis, que repercutem na realidade externa (e.g.: homicídio) e concomitantemente comunicam um sentido (e.g.: de que não vigora para o autor a proibição de matar); sem embargo, o simples facto de a ação projetar-se no mundo natural não pode e não deve encaminhar à conclusão de que as regras do mundo material devam determinar, com exclusividade, não apenas o acontecer empírico, como, igualmente, o seu respectivo significado social. A bem de ver o modelo de imputação (objetiva) que esse autor formula não rejeita as consequências causais, não nega a causalidade, mas dela também não fica refém, porque “(...) O facto de que tudo esteja determinado não necessariamente conduz a que a sociedade oriente-se exclusivamente com base nos cursos causais”. Daí vislumbrar uma “causalidade mediada pelo sentido” ⁽⁴¹⁹⁾.

Nesta formulação da ação, bom é de ver, ela claramente não é reduzida a um simples acontecer causal ou empírico, porquanto já em sua dinâmica comunicativa (em que as expectativas jogam um papel central) irá projetar-se como afirmação de sentido essencialmente social ⁽⁴²⁰⁾. A ação, pois, reveste-se de significado social (*maxime* no sentido do não reconhecimento da vigência da norma [⁴²¹]), não tanto em função do resultado final material, externo e tangível,

⁽⁴¹⁹⁾ JAKOBS, Günther, “Sobre la llamada causalidad en la intervención delictiva”, *in: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. 1, Carlos García Valdés *et al.* (cord.), trad. Canció Meliá, Madrid: Edisofer, p. 1061 ss., p. 1064 e s.

⁽⁴²⁰⁾ Diz-nos JAKOBS que “não é a natureza que ensina o que é a ação (...) sendo que no âmbito do conceito de ação o decisivo é interpretar a realidade social, torná-la compreensível na medida em que está relacionada com o direito penal (...). Portanto, um conceito jurídico-penal de ação deve combinar sociedade e direito penal”. V. JAKOBS, Günther, “O conceito Jurídico-penal de ação”, *in: JAKOBS, Günther, Fundamentos do Direito Penal*, trad. André Luis Callegari, São Paulo: RT, 2003, p. 44 ss., p. 45.

⁽⁴²¹⁾ Em JAKOBS a ação nada mais é que “objetivação da falta de reconhecimento da vigência da norma, *i.e.*, a expressão de sentido de que a norma em questão não é a máxima reitora. Expressão de sentido é um comportamento que conduz ou pode conduzir a um resultado

muito mais ao prorromper (em situações passíveis de evitação) contra a norma, frustrando assim expectativas estabilizadas ou consolidadas.

Na dimensão em que decisivo para efeito de imputação jurídico-penal é o não reconhecimento da validade da norma objetivável no facto, JAKOBS parece se bastar tão-só com uma “tendência para o resultado”. Daí que penalmente relevante é a ação como projeto antagônico (e aqui reside a danosidade social do comportamento delituoso) do mundo, “rectius”, projeto “inimigo do mundo” – mundo plasmado na norma. Ou seja: penalmente imputável é, não o mero facto bruto como “acontecimento externo”, mas o facto como expressão (normativa) de sentido ⁽⁴²²⁾. Promove-se assim uma singular desontologização do momento penal, é dizer, da facticidade empírica merecedora da atenção do direito penal ⁽⁴²³⁾.

delitivo externo e evitável, se este comportamento, de acordo com um juízo comunicativamente relevante, é ou poderia ser a razão determinante do delito externo”. V. JAKOBS, Günther, “O conceito Jurídico-penal de ação”, *cit.* [n. 420], p. 64.

⁽⁴²²⁾ JAKOBS, Günther, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipiendenken”, *cit.* [n. 405], p. 844. Assim, em JAKOBS não importa tanto a ação externa e o resultado causado, mas o facto como expressão de sentido, ou seja, como “contribuição comunicativa no contexto social”. V. SACHER, Mariana, “Systemtheorie und Strafrecht”, *ZStW* 118 (2006), p. 574 ss., p. 582.

⁽⁴²³⁾ Será lícito concluir que o facto reveste-se, numa tal concepção, de uma couraça normativa tão densa ao ponto de baldar qualquer tentativa de reconhecer-lhe um qualquer traço ou vestígio empírico? É no sentido de uma clara resposta afirmativa que voga a análise urdida por SCHÜNEMANN, que filia JAKOBS a um normativismo livre de substrato ontológico, “livre de empirismo” (“empirifreier Normativismus”), acusando-o de desenvolver uma cabal renormativização dos conceitos sistemáticos do direito penal, despojando conceitos como o de causalidade e culpa de todo conteúdo pré-jurídico. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, *cit.* [n. 337], p. 45 e p. 54. Em um outro texto (“Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, in: *Fest. für Claus Roxin*, Bernd Schünemann *et al.*, Berlin; New York: de Gruyter, 2001, p. 1 ss., p. 13 e s.) este autor também refere a uma guinada antiempírica empreendida por JAKOBS. Já para Mariana SACHER (“Systemtheorie und Strafrecht”, *cit.* [n. 422], p. 595), uma fundamentação “puramente normativa e autorreferencial do direito penal enferma de *déficits* de cobertura empírica. Logo deve ser rejeitada”. Bem, sem dúvida que há de preservar-se o direito penal contra a armadilha típica de um normativismo radical, consistente em ignorar cabalmente a realidade pré-jurídica. É que uma ciência jurídica completamente desvinculada da realidade, bem como sem a possibilidade

Em jeito de síntese pode afirmar-se que o modelo prevencionista propugnado por JAKOBS fortemente arreigado à ideia de estabilidade da norma e de fidelidade ao direito concorre para reforçar aquela função moldadora dos costumes ⁽⁴²⁴⁾ atribuída ao direito penal por importantes setores da doutrina. À luz desse delineamento o funcionalismo de JAKOBS – conquanto ele repila arroubos de criminalização antecipada em situações em que se não configura uma perturbação social ⁽⁴²⁵⁾ – parece acomodar-se confortavelmente às exigências colocadas pelo moderno direito penal orientado para o risco, reforçando tendências político-criminais de maior controle social do perigo ⁽⁴²⁶⁾.

Necessário ainda vincar que matricial para a compreensão do modelo (social) de imputação (objetiva) em análise e da nova aparelhagem conceitual que JAKOBS afincadamente propõe-se a oferecer à dogmática penal é a noção de pessoa como portadora de um *papel* (“um feixe de expectativas”). Sem que nos possamos demorar nesta interessantíssima compreensão da realidade (construída) como conviria, impõem-se, todavia, exprimir que numa concepção de “sociedade funcionalmente diferenciada” ⁽⁴²⁷⁾ e empenhada em autoestabilizar-se a partir da estrita observância a determinadas expectativas de comportamento, as pessoas são perspectivadas não mais como indivíduos, mas sim – e de modo determinante ou decisivo – em razão do papel ou da função que lhes caberá desempenhar ou cumprir.

de confirmação ou falsificação dos seus conceitos mercê investigações empíricas é mesmo deveras árduo de conceber.

⁽⁴²⁴⁾ Conferir o Cap. IV, ponto 3.1, *infra*.

⁽⁴²⁵⁾ JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW*, 97 (1985), Heft 3, p. 751 ss.

⁽⁴²⁶⁾ Em sentido assemelhado ao final do texto, CARDOSO, Fernando Navarro, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *cit.* [n. 288], p.1329.

⁽⁴²⁷⁾ “Os papéis constituem um feixe de expectativas que podem ser assumidas por diversos sujeitos intercambiáveis, ocupando só uma parcela do atuar da pessoa concreta. Este princípio responde a sociedades diferenciadas funcionalmente, onde as pessoas não estão adscritas exclusivamente a um subistema”. V. SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, *ob. cit.* [n. 373], p. 14.

A nosso ver é mister não desconsiderar que numa tal moldura pancompreensiva da realidade, em que subjacentes necessidades sistêmicas de cooperação e de divisão funcional impõem que todo sujeito reconheça-se já como portador de um “papel” (428), prejaz a grave consequência de que *garante* das expectativas não é apenas o autor de um crime omissivo impróprio, mas toda “pessoa” detentora de uma esfera de “competência”. Dito isso cabe agora perguntar se no contexto da criminalidade ambiental, tendo presente encontrarmos-nos em um terreno em que a conduta geralmente se singulariza da *deviance* tradicional já por apresentar um caráter massivo e ubiqüitário, assumirão os sujeitos, indiscriminadamente, a “persona” de *garantes* de um meio ambiente incólume (sentido social), e se em caso afirmativo, qualquer violação deste “papel” há de ser logo interpretada como um contributo tipicamente imputável.

Bem, para que possamos começar a encaminhar uma resposta a esta questão há logo de exaltar que muito embora tenha JAKOBS atentado para o problema da acumulação (429) – sob a rubrica de “adição de danos” –, tendo vindo a relacioná-lo ao chamado comportamento massificado, estimando-o inclusivamente passível de desencadear “um enorme dano total ou uma considerável colocação em perigo”, e malgrado também ter ele posto em evidência a incipiência do tratamento dogmático relativamente ao problema da imputação da responsabilidade individual no âmbito do “comportamento coletivo”, não se propôs a tratá-lo com as ferramentas conceituais que atraíu para imputação objetiva.

No entanto, e com uma confessada intencionalidade mais descritiva do problema do que propriamente direcionada a elucidá-lo, o mencionado autor

(428) Os papéis funcionam como “expectativas de conduta estandardizadas e imunizadas contra uma certa dimensão de facticidade”. Assim, SACHER, Mariana, “Systemtheorie und Strafrecht”, *cit.* [n. 422], p. 579. Sobre a ideia de “papel” em JAKOBS veja-se também GRECO, Luís, “Imputação Objetiva: Uma Introdução”, in: Roxin, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no direito Penal*, trad. e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, p. 1 ss., esp. p.125.

(429) JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, trad. Teresa Manso Porto, Madrid: Civitas, 2004, p. 37 e s.

apresentou o seguinte rol de indagações ⁽⁴³⁰⁾: 1. “Pode beneficiar de um tratamento isolado da conduta desenvolvida aquele que atua justamente em um contexto no qual este comportamento não se produz em absoluto de maneira isolada, senão como parte integrada de uma atividade coletiva? 2. Aquele que se protege no dístico ‘todos fazem o mesmo’ define-se a si próprio como integrante de uma multidão? 3. Alguma vez resultaram eficazes as regras de imputação em caso de infração jurídica endêmica?”.

Conquanto a terceira indagação seja reveladora de um certo ceticismo quanto às virtualidades e competências do direito penal para lidar com o problema do delito cumulativo – que adjectiva com alguma exorbitância de “delito endêmico” – JAKOBS afirma que “não se pode continuar de olhos vendados diante de problemas específicos da sociedade de massas, como se os indivíduos fossem sempre só indivíduos e não partes de uma massa” ⁽⁴³¹⁾, parecendo-nos então sugerir a existência de uma diferenciada comunicação de sentido emitida pelo comportamento massivo uniforme (forte em função do resultado tendencialmente grave que a conduta ubíqua comunica em uma sociedade com as características da nossa), a exigir do indivíduo uma posição geral de garante, designadamente, garante da expectativa de não conduzir-se com as vestes de integrante de uma “comunidade de agentes” ⁽⁴³²⁾.

⁽⁴³⁰⁾ No que segue, v. JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, *ob. cit.*, [n. 429], p. 37 e s.

⁽⁴³¹⁾ JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, *ob. cit.* [n. 429], p. 38.

⁽⁴³²⁾ Pode, quiçá, visualizar-se uma possibilidade de diálogo entre a ideia de culpa que se oculta por detrás de um delito cumulativo nos termos em que proposto por KUHLEN (v. o ponto 5, do Cap. VI, *infra*) e a concepção funcionalizada de culpabilidade em JAKOBS (de natureza objetivada): uma culpabilidade re-normatizada e teleologicamente orientada a “reestabilizar expectativas violadas”. Com efeito, segundo ROXIN, “(...) No que toca ao conteúdo, a mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar JAKOBS a culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com a sua teoria dos fins da pena (...). Para JAKOBS, a culpabilidade não é algo objetivamente dado, mas simplesmente ‘adscrito’ ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o ‘exercício de fidelidade ao direito’. V. ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, trad. e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, p. 209.

Dito isso, se voltarmos o olhar para a ontológica debilidade dos contributos individuais para, como facto isolado, instabilizarem ou profanarem bens jurídicos de horizonte amplo ou de dimensão coletiva poder-se-á agora confrontá-la com a proposta dogmática que acabámos de estudar, e que voga no sentido de o direito penal bastar-se com a positivação da norma que cimenta em um tipo incriminador as expectativas comunitariamente assumidas como legitimamente estabilizáveis ⁽⁴³³⁾, para então poder reconhecer-se, quiçá, a criminalidade material do contributo singular.

Bem, se a missão da norma penal é mesmo, tão-só, garantir expectativas e não já lesões a bens, e se os contributos, ainda que mínimos, surpreendem-se imantados por um contexto (social) de sentido que autoriza que interpretemos a ação mínima já como ação desvaliosa, porquanto por si mesma disfuncional em termos de expectativas, há-de conceder-se que a re-normatização proposta por JAKOBS, bem como o sistema de linguagem e a gramática que maneja confortariam a recepção dogmática do delito cumulativo, isto, evidentemente, sem aqui deter-nos sobre a questão que vem imbricada com uma eventual ausência de heteroreferencialidade ou de um qualquer acoplamento estrutural externo (como a Lei Fundamental) ao sistema, “*rectius*”, ao subsistema penal ⁽⁴³⁴⁾.

4. Considerações do Capítulo

Decerto que a realidade se não pode mais pretender construir exclusivamente a partir do “ser”. Por outro lado, valorações político-criminais e uma racionalidade teleológica podem ser interpretadas como imanentes ao sistema. Contudo, a acentuada normatização dos conceitos que se apresenta como marcante característica hodierna da nossa disciplina não deve conduzir nem a uma acirrada desontologificação do mundo empírico, nem a uma total

⁽⁴³³⁾ Uma vez que tidas como fundamentais à manutenção e desenvolvimento das interações sociais.

⁽⁴³⁴⁾ Que poderia, quiçá, apresentar alguma aptidão para expungir ou espancar o vicioso círculo da autorreferencialidade interna ou intrassistemática cujo epicentro (sem regresso ou retorno ao um direito penal de índole moralista), no modelo de JAKOBS, insofismavelmente, é a norma.

subordinação da dogmática à política criminal. A outro tanto, necessidades sistêmicas não podem suprimir categorias ontológicas como culpa e causalidade ⁽⁴³⁵⁾.

Merece deixar bem fincado que o direito como ciência cultural e valorativa não se deve apartar inteiramente do entorno social, posto que finalidades práticas e também o mundo dos problemas concretos não se apresentam de modo algum divorciados da realidade empírica; esta, a seu turno, é sempre susceptível de ser capturada pelo saber criminológico, vendo-se logo em seguida transportada – designadamente pela política criminal – para a narrativa afincadamente axiológica do direito penal.

De outra banda, a seguir-se o roteiro que se usou chamar de funcional-teleológico-axiológico, princípios político-criminais de extração constitucional podem, quando necessário, transcender os horizontes estáticos da positividade normativa. Aliás, caberá, segundo pensamos, à racionalidade valorativa e não à lógica sistêmica reduzir a complexidade. É que a fragmentariedade penal, *i.e.*, a geografia sempre inacabada ou interrompida das normas penais deve ser axiologicamente cunhada.

Não é errado pensar, com JAKOBS, que a sociedade emerge e se estrutura a partir de normas – algo que SÓFOCLES já divisara –, *i.e.*, artefactos da razão ordenadora que também se podem inteligir como “expectativas sociais institucionalizadas”. A outro tanto, o direito penal – caso entendamos o *logos* como linguagem e esta como morada em que habita o homem – também exerce, em alguma medida, uma função comunicativa, qual: reforçar a vigência profanada da norma. De forma bem gráfica pode expressar-se que a norma constitui um relicário dos valores éticos-sociais fundamentais. Mas, cumpre deixar bem vincado, ela *não constitui um fim em si*.

O facto delitivo não é, unicamente, expressão normativa de sentido pois também representa, para efeitos imputacionais (primeiro passo da imputação objetiva), “acontecimento externo”. Com isso quer-se principalmente significar que o direito penal não se basta somente com o desvalor da ação, nem se

⁽⁴³⁵⁾ Mais adiante (v. Cap. IX, ponto 3, *infra*) refletiremos pausadamente sobre a amplitude do princípio determinista universal, que não se limita ao princípio causal, porquanto, segundo estamos em crer, também convive com outras categorias determinísticas.

queda puramente com o exercício de funções pedagógicas. Os delitos aditivos ou cumulativos também produzem, a seu modo, perturbação social (dano-contributo). Sem embargo, não há como dogmaticamente sustentar-se que cada indivíduo numa sociedade de massas como a nossa é já, sem mais, portador de um papel de garante da higidez e sustentabilidade ambientais.

Encontra-se fundamentalmente em causa questão de justiça material relacionada à insignificância do contributo individual. Não há, por outras palavras, como outorgar à ação singular significado social relevante se o comportamento a imputar tiver lugar fora de um “contexto de acumulação”⁽⁴³⁶⁾, isto se não quisermos avalizar uma responsabilização coletiva puramente randômica ou destituirmos o agente do estatuto de “pessoa” – transformando-o logo em um “inimigo”.

Finalmente, estimamos que o *topos* “sociedade de risco”⁽⁴³⁷⁾ colabora para a recepção da teoria sistêmico-funcional na discursividade penal. Riscos “sistêmicos” tendem a comprimir e esbater os espaços de circulação do risco permitido fazendo do acaso uma variável não estimável nos cálculos de antecipada prognose. Por outro lado, exigências preventivo-gerais, independentemente de qual seja a variante do funcionalismo penal em causa – moderada ou radical – (e ambas oferecem munção teórica à legitimação do delito cumulativo), não podem ultrapassar as barreiras intransponíveis da ofensividade e da culpa (individual).

⁽⁴³⁶⁾ Sobre esta categoria, v. o Cap. X, *infra*.

⁽⁴³⁷⁾ Associando a sociedade de risco à teoria da prevenção-geral positiva, CALLIES, Rolf-Peter, “*Strafzwecke und Strafrecht*”, *cit.* [n. 12], p. 1.340.

PARTE SEGUNDA:

**DIREITO PENAL “MODERNO” (DO RISCO) COMO
TUTELA PENAL DO COMPORTAMENTO E O
PROBLEMA DA TUTELA DAS GERAÇÕES
FUTURAS**

CAPÍTULO III

Direito Penal “Clássico” e Direito Penal “Moderno”

1. Primeiros questionamentos; 2. O modelo idealizado de direito penal “clássico” como direito penal “nuclear”; 3. Características mais expressivas do chamado direito penal moderno; 3.1. O perigo como categoria fundante do ilícito-penal e centro de imputação da responsabilidade: o contributo de FARIA COSTA 3.2. Principais formas de manifestação jurídica do desvalor de perigo; 3.3. Perigo abstrato como técnica de tutela de bens jurídico-penais supraindividuais; 4. Direito penal secundário como um dos eixos matriciais do direito penal “moderno”; 5. - Intersecção de uma dupla ordem de bens jurídicos; 6. - Direito penal moderno e dinamização do critério do bem jurídico; 7. Os “ramos emergentes” do direito penal moderno; 8. Algumas características específicas dos “novos perigos” e o problema da imputação da responsabilidade penal diante da opacidade das conexões causais; 8.1. Responsabilização coletiva como resposta dogmática a uma irresponsabilidade individual estrutural ?; 8.2. Responsabilidade individual no contexto de uma “random collection”; 8.3. A denominada “causalidade geral”; 9. Considerações do Capítulo

“Mas quando há perigo, também cresce o poder de salvar”

Friederich Heeselderlin

1.Primeiros Questionamentos

É possível realmente falar-se em um novo ou moderno direito penal, quase como um antípoda do chamado direito penal clássico ou liberal ⁽⁴³⁸⁾? Mas o que é exatamente esse direito penal “clássico”? Perguntar também se faz sentido falar-se em choque de modelos e em viragem de paradigmas. Bem, cumpre expressar, logo à partida, que para um importante setor da doutrina, o direito penal emergente da filosofia ⁽⁴³⁹⁾ política do Iluminismo constitui – quando confrontado com os modernos desenvolvimentos dessa disciplina –, um direito penal clássico ⁽⁴⁴⁰⁾.

⁽⁴³⁸⁾ Como se sabe aqui não há uma estabilização terminológica ou uma monolítica unidade conceitual. Fala-se em direito penal “clássico”, direito penal “liberal”, direito penal “clássico-liberal”, direito penal “iluminista” etc.

⁽⁴³⁹⁾ Evidentemente os vínculos entre Direito Penal, Filosofia e Filosofia do Direito são bastante intensos. Convém, no entanto, assinalar que tanto KANT como HEGEL (idealismo alemão) inseriam a última no contexto de um sistema filosófico mais abrangente, que coenvolvia a teoria geral do direito. O filósofo de Königsberg, e.g., em seus fundamentos sobre a metafísica dos costumes (KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, trad. Edson Bini, Bauru, São Paulo: Edipro, 2003), debruça-se sobre questões tanto de direito privado (primeira parte), como público (segunda parte – especificamente sobre o direito de punir, vejam-se os parágrafos 49, “E”, p. 174 ss. e o Apêndice, p. 205). Não se discute que uma tal integração enriqueceu tanto a Filosofia (que se abriu um pouco mais para a *praxis* ao dialogar com aqueles saberes), como o próprio Direito, o direito penal inclusive, tendo este beneficiado (consoante faz prova a influência da filosofia kantiana sobre a teoria – *absoluta* – da pena) do convívio com questões relacionadas a um contexto de maior alcance e densidade. Sobre isso, em detalhe, HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Bogotá: Témis, 1999, p. 1 e ss.

⁽⁴⁴⁰⁾ Já o direito penal moderno (do risco), na apreciação de um setor da doutrina, é estruturado por uma política criminal de corte “contrailuminista”, que se notabiliza pela “instrumentalização” do direito penal tanto pela economia, como pela política. V. ALBRECHT, Peter Alexis, “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, *NJ* (1994), p. 193 ss.

2. O modelo idealizado de direito penal clássico como direito penal “nuclear”

Esse modelo de direito penal (cujo qualificativo é defendido, como se sabe, com muita ênfase por HASSEMER ⁽⁴⁴¹⁾ e seus discípulos, caracteriza-se pelo predomínio da teoria absoluta ⁽⁴⁴²⁾, em que a missão da pena consiste na realização do valor justiça (valor absoluto), em ordem a restringir ou eliminar laivos de semblante preventivo ⁽⁴⁴³⁾ ou utilitário. Nessa acepção de direito penal (“clássico”) caberá à pena mirar exclusivamente para o passado: logo um direito penal do facto ou do evento. Não por outra razão, e agora talvez o sinal distintivo mais emblemático desse modelo, os delitos de lesão (e não os de perigo) é que devem se apresentar ou comparecer como tipo de ilícito mais assíduo, “*rectius*”, predominante ⁽⁴⁴⁴⁾.

Todavia, também cabe exaltar que para um autor como HASSEMER se o direito penal pretender preservar o seu perfil clássico haverá de fixar-se – contrariamente ao que se passa com o direito penal moderno – em volta de um “núcleo ideal” ⁽⁴⁴⁵⁾, constituído de um rol bem apertado de bens jurídicos

⁽⁴⁴¹⁾ V. HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP* (1992), Heft 10, p. 378 ss., p. 379 e s. (Há tradução para a língua espanhola: “Rasgos y Crisis del Derecho Penal moderno”, *ADPCP*, trad. Elena Larrauri, Tomo XLV, fascículo I, Madrid, Enero/Abril, 1992, p. 235 ss.).

⁽⁴⁴²⁾ Defendendo esse entendimento, ALBRECHT, Peter Alexis, “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, *cit.* [n. 440], p 193 ss. Sobre a teoria absoluta da pena, em detalhe, o nosso *Programa de Política Criminal – Orientado para a Vítima de Crime*, *ob. cit.* [n. 139], p.173 ss.

⁽⁴⁴³⁾ O modelo de direito penal clássico de HASSEMER concede um papel não paradigmático à prevenção de crimes, que deve constituir uma finalidade apenas periférica. Como consequência, um direito penal clássico – contrariamente ao direito penal moderno – não é dominado por uma racionalidade “orientada para as consequências”. Uma orientação para as consequências apresenta-se apenas como critério acessório, não dominante.

⁽⁴⁴⁴⁾ Compreendendo o direito penal nuclear como âmbito onde encontram-se salvaguardados precipuamente bens jurídico-penais de natureza pessoal, cuja tutela faz-se mercê tipos estruturados “como delitos de lesão”, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 27.

⁽⁴⁴⁵⁾ “Kernstrafrecht”, isto é, um “direito penal nuclear” ou, fazendo-se aqui um contraponto com o chamado direito penal moderno, um direito penal fundado nos princípios da taxatividade e

individuais como vida, saúde, liberdade pessoal, honra, propriedade e patrimônio ⁽⁴⁴⁶⁾: “bens jurídicos em sentido personalístico” ⁽⁴⁴⁷⁾, com aptidão para favorecer o integral desenvolvimento da pessoa e, ao vincular a proteção de um bem jurídico à identificação de um interesse humano carente da especial tutela penal – esta a intencionalidade medular da teoria em jogo –, purgar a “crise” deflagrada pela desgovernada dilatação da geografia penal.

Se bem vemos as coisas, dentro desse círculo bem reduzido proposto pela teoria (reducionista) em delineação sobejaria muito pouco espaço para a proteção de bens coletivos ou meta-individuais ⁽⁴⁴⁸⁾, qualificados de entidades difusas, aquosas, quase gasosas, em que as ofensas não se projetam sobre vítimas concretas, *i.e.*, vítimas de “carne e osso” ⁽⁴⁴⁹⁾, cuja tutela deve ser feita

subsidiariedade, capaz de reduzir os “déficits de operatividade” para poder fazer cumprir as expectativas comunitárias. Elucidativo para esta compreensão, HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho Penal Futuro”, trad. Enrique Anarte Borraro, *RP*, n.º. 1 (1998), p. 37 ss., e p. 40. Sobre os significados tanto formal como material do chamado “direito penal nuclear”, novamente DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n.91], p. 8 e 216.

⁽⁴⁴⁶⁾ Para uma compreensiva crítica ao modelo minimalista de HASSEMER, ver, por todos, SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p. 201 ss.

⁽⁴⁴⁷⁾ Pode afirmar-se sem incidir em erro que HASSEMER pretende vincular a admissão dos bens jurídicos universais aos interesses personalísticos, admitindo, ao colocar em primeiro plano os bens jurídicos individuais, uma espécie de relação hierárquica entre os mesmos, de modo tal que os bem jurídicos de expressão coletiva tenham de legitimar-se através de uma maneira bem peculiar, *s.c.*, instrumentalizada; bem como, que a tutela penal desses bens reste submetida a específicos “mandamentos de moderação ou de proibição de excesso”, posto que eles representam não mais que “uma esfera antecipada de criminalização”. Detalhadamente, HASSEMER, Winfried, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, *in: Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geb.*, Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 85 ss., p. 92; compulsar também, o mesmo autor em: “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *cit.* [n. 441], p. 383.

⁽⁴⁴⁸⁾ Inúmeros tipos penais, inclusive aqueles que conferem proteção ao meio ambiente ver-se-iam então banidos do território penal, para passarem a viver, como propõe HASSEMER (*Produktverantwortung*, 2ª. ed., Heidelberg: Müller, 1996, p. 26 e s.) – mas não exatamente nestes termos – em *ostracismo* no direito de contraordenações.

⁽⁴⁴⁹⁾ Mas sim, para uma vítima “rarefeita” ou virtual. Segundo HASSEMER e REEMTSMA “(...) A atual orientação para as vítimas utiliza menos um conceito de vítima real e muito mais um

– ao sentir de HASSEMER – sempre de forma episódica, subalternizada e instrumental, ou seja, tão-só quando esta tutela prestar-se simultaneamente à proteção mediata de interesses individuais.

Demais disso, ainda em face da atual orientação político-criminal, que se notabiliza principalmente por promover uma mais ostensiva tutela de bens jurídicos de corte coletivo ⁽⁴⁵⁰⁾, propugna esse autor por um *direito de intervenção*, um direito penal (?!) guarnecido de um arsenal repressivo diferenciado. Cumpre vincar que, consoante tem-se vindo a sugerir para esse novo e compósito âmbito normativo ⁽⁴⁵¹⁾ – de viés fortemente administrativo-sancionador –, as sanções penais tradicionais mais penetrantes não seriam aplicadas, além disso, e principalmente, as garantias individuais clássicas também não seriam mantidas em sua plenitude. Neste particular, trata-se, segundo estamos em crer, de uma proposta que dificilmente seria aconselhável subscrever-se.

conceito de vítima virtual”. V. HASSEMER, Winfried; REEMTSMA, Jan Philipp, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München: C.H. Beck, 2002, p. 101. Já na expressão de Günther HEINE (“Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 46], p.2426), “move-se o direito penal até aos seus limites de capacidade de proteção quando as vítimas só são detectáveis como estatística de massa”. Ora, não deve ser este o entendimento a prevalecer. É que não é ajustado afirmar que os tipos de ilícito sustentados em bens jurídicos coletivos, porque orientados à proteção de interesses supraindividuais, não protejam vítimas de “carne e osso”, uma vez que se trata, contrariamente ao que tem-se insistentemente procurado significar, precisamente “de delitos caracterizados por uma vitimização de massa” que, “direta ou indiretamente, ofendem círculos amplos, e frequentemente vastíssimos de pessoas”. É, pois, sem reservas que nos acostamos a esta penetrante análise de Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, em “Derecho Penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, *RdirPC*, n.º. 9 (2002), p. 147 ss., p. 161.

⁽⁴⁵⁰⁾ E com isso não estamos aqui de modo algum a subscrever a proposição de que em um direito penal clássico, salvo numa concepção assaz quimérica ou romantizada, isto é, sem nenhum substrato histórico, só havia lugar para a tutela penal de bens jurídicos personalísticos. Ora, como bem se sabe, glosando MARINUCCI e DOLCINI (“Derecho Penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, *cit.* [n. 449], p. 160), o direito penal “sempre protegeu uma gama mais ou menos ampla de bens coletivos”.

⁽⁴⁵¹⁾ Sobre essa proposta, já tantas vezes resenhada pela literatura especializada, v. HASSEMER, Winfried, *Três Temas de Direito Penal*, trad. Carlos Eduardo Vasconcelos, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, esp. p. 95 ss.; também em “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, *cit.* [n. 447], p. 93 ss.

Como contraponto calha atrair à colação o magistério de MARINUCCI e DOLCINI que, com absoluta propriedade, observam quão desproporcionado seria “transferir em bloco”, e.g., delitos econômicos e ambientais para a ventilada novel zona da normatividade, força, sobretudo, dos riscos de bagatelização de comportamentos assaz gravosos ⁽⁴⁵²⁾. Daí vislumbrarem os referidos autores, nessa e noutras propostas minimalistas (designadamente aquelas trabalhadas por FERRAJOLI e também por BARATTA), traços bem nítidos do que apodam de *direito penal neoliberalista*: um direito penal que parece “identificar-se não com a *liberdade dos cidadãos*, senão, principalmente, com a mais ilimitada e incontrolável liberdade de empresa”⁽⁴⁵³⁾.

Aduza-se que HASSEMER também sustenta ⁽⁴⁵⁴⁾ que, com o declínio da “fundamentação jusnaturalista do direito” uma nova orientação jusfilosófica emergiu com o objetivo de fundamentar um modelo jurídico-político, já não mais derivada de princípios de carácter suprapositivo, mas sim estruturada a partir da teoria do contrato social: a representar uma verdadeira condição de

⁽⁴⁵²⁾ Também podemos manifestar irresignação com a possibilidade de a coletividade ser chamada a pagar duplamente: primeiro ao ter de suportar as consequências lesivas da conduta desvaliosa; depois, ao ter de arcar com os custos “socializados” das sanções pecuniárias impostas às empresas, vez que estas é que seriam chamadas prioritariamente a pagar as sanções pecuniárias, custos que sem dificuldade seriam transferidos aos consumidores.

⁽⁴⁵³⁾ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, “Derecho Penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, *cit.* [n. 449], p. 162 e 164. Criticando um direito penal “clássico”, que emergiu como um instrumento destinado a combater a criminalidade dos aventureiros e dos pobres, mas que não sofreu qualquer modificação aquando do Iluminismo, tendo o crime de furto sido preservado como o delito matriz das classes subalternas, enfatizando que a proteção da propriedade privada de coisas móveis contra o roubo tem-se conservado como o ponto medular desse modelo de direito penal, que se volve preferencialmente contra os membros das classes inferiores em razão, precisamente, de sua escassez de bens, convertendo-as desse modo na clientela cativa do direito penal “clássico”, SCHÜNEMANN, Bern, “Vom Unterschichtszum Oberschichtstrafrecht – Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”, *in: Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Hans-Heiner Kühne; Koichi Miyazawa (ed.), Berlin: Dunker und Humblot, 2000, p. 15 ss., p. 19 e s.

⁽⁴⁵⁴⁾ Sobre quanto segue, HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *cit.* [n. 441], p. 379 e s.; e, *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, *ob. cit.* [n. 439], p. 4 ss. e 18 e s.

possibilidade de legitimação da ordem jurídica após o declínio do direito natural. E o Estado – continua este autor – de acordo com a teoria do contrato social, já não se apresentaria mais como uma instituição originária, existente por direito próprio, mas uma instituição derivada, que tem como missão garantir aos participantes do contrato condições jurídicas para uma coexistência mútua. De modo que nesse modelo contratualista tudo conduzia a que o indivíduo não se revisse mais como objeto de uma funcionalização pelo Estado e que, reversamente, este, como instituição derivada dos cidadãos, é que teria de submeter-se a uma funcionalização do seu poder em prol dos direitos dos indivíduos. Nessa ordem de ideias – afirma o autor *sub studio* – o direito penal “clássico” representa um instrumento indispensável à garantia da liberdade (ou seja, de preservação das parcelas de liberdade não cedidas no pacto pelos cidadãos) e não *passepourtout* ou panaceia para solucionar os grandes problemas sociais.

Mas esta fundamentação historiográfica, como se sabe, tem sido objeto de reproche, sobretudo por SCHÜNEMANN ⁽⁴⁵⁵⁾, que tem por pouco convincente uma contraposição entre direito natural e Iluminismo ⁽⁴⁵⁶⁾,

⁽⁴⁵⁵⁾ Para SCHÜNEMANN primeiro que tudo é onipotente que se não pode pretender estabelecer “restrições à participação no contrato social (...) aos indivíduos que encontrem-se vivos em uma determinada altura, pois, do contrário, com cada morte e com cada nascimento haveria de ajustar-se um novo contrato social; demais disso, poderia legitimar-se tanto a escravidão como o genocídio de uma população que se encontrasse a viver externamente às fronteiras do Estado ou, a geração seguinte inclusive – é dizer, agora uma espécie de infanticídio permanente – precisamente através do contrato social. Tal ideário só pode realizar-se de modo coerente se se concebe como parte do contrato toda a humanidade, ou seja, de modo a também incluir as *gerações futuras*”. V. SCHÜNEMANN, Bern, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p. 206, itálico do autor.

⁽⁴⁵⁶⁾ Já LÜDERSEN argumenta que o modelo de direito penal clássico tem sido imaginado “para além da capacidade histórica de comprovação”, é dizer, na forma como costuma ser idealizado, historicamente talvez nunca tenha existido. Para ele um retorno a um direito penal nuclear, restrito ao catálogo dos clássicos bens jurídicos individuais – “não passa de uma ilusão” e de uma utopia. Aliás, segundo entende este autor, o próprio direito penal, em um Estado de Direito, é e permanece sendo, uma verdadeira *contradictio in adjecto*. V. LÜDERSEN, Klaus, “Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?”, *in: Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Lorenz Böllinger *et al.* (Hrsg.), Frankfurt am Main:

timbrando mesmo em assinalar que o direito natural já como direito racional no sentido de GROTIUS e PUFFENDORF cinge-se unicamente à primeira fase da Ilustração, enquanto a configuração do direito penal público tem por núcleo uma segunda fase, cujo ápice encontra-se na obra de BECCARIA ⁽⁴⁵⁷⁾.

Pode-se ainda expressar, acompanhando SCHÜNEMANN, que enquanto aqueles autores fazem derivar o direito penal da ideia de contrato social, BECCARIA dali extrairá tão-só as consequências necessárias para uma limitação do direito penal à prevenção de danos sociais. Donde, se tomarmos em consideração o trabalho de BECCARIA como o ponto culminante da doutrina liberal (“clássica” para HASSEMER) do direito penal, assaz dificultoso será estabelecer que o direito penal iluminista tenha por nota característica o predomínio de uma teoria absoluta da pena; em boa verdade, melhor seria assumir que a teoria dominante da *Aufklärung* é uma mistura de considerações tanto de prevenção geral como especial. Aliás, muito embora BECCARIA tenha plena certeza que é “impossível prevenir todas as desordens no eterno combate às paixões humanas no universo” ⁽⁴⁵⁸⁾, já na introdução ao seu “*smilzo tratatello*” esboça um programa de carácter mais teleológico, “*rectior*”, preventivo do que retributivo, verberando – e de forma bem gráfica: “mais vale prevenir os delitos que puni-los”.

Suhrkamp, 1993, p. 268 ss, p. 270 e s. Convém ainda vincar que a predita idealização é de algum modo reconhecida pelo próprio HASSEMER (“Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *cit.* [n. 441], p. 379), posto que para ele a ideia ou noção de direito penal clássico comparece como um ideal de fundo teórico, sem vínculo com uma quadra histórica real.

⁽⁴⁵⁷⁾ BECCARIA, Césare, *Dos Delitos e das Penas*, trad. José Francisco de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. De sublinhar que a natureza ou o cariz de “programa político criminal” da festejada obra seminal de BECCARIA resta evidenciada já nas inúmeras reformas legislativas que contribuiu para dar movimento, colaborando, dessarte, e de modo fundamental – ao rejeitar a intervenção de influxos de ordem moral na determinação dos crimes – para a laicização do direito penal. Concorreu, portanto, para a superação do direito penal pré-iluminista (das penas infamantes típicas do *ancién régime*) e construção de um direito penal caracterizado pela rígida submissão do poder persecutório estadual ao princípio da legalidade. Para maiores detalhes sobre a importância de BECCARIA para o direito penal, v. o nosso ensaio: “Beccaria e o Pensamento Jurídico Criminal”, *RBCCr*, 44 (2003), p. 301 ss.

⁽⁴⁵⁸⁾ BECCARIA, Césare, *Dos Delitos e das Penas*, *ob. cit.* [n. 457], p. 73.

Calha acentuar ⁽⁴⁵⁹⁾ que o atributo ou a denominação de “clássico” ao direito penal da Ilustração também tem sido colocada em causa, por entender-se – devendo destacar-se, como não pode deixar de ser, os condicionamentos ínsitos a qualquer modelo penal a coordenadas espaço-temporais bem demarcadas – que, para o específico efeito de contraposição ao âmbito atualmente definido como direito penal “moderno”, a locução direito penal liberal revelar-se-ia mais adequada à caracterização do sistema penal emergente do Iluminismo, uma vez que ela enseja (ao evocar, de modo instantâneo a contextura sócio-política que franqueou sua condição histórica de possibilidade) uma mais precisa compreensão de que o modelo penal iluminista “é a manifestação jurídica da definição da criminalidade pelo discurso de uma determinada doutrina política sobre a sociedade – o liberalismo – e sobre a forma e os fins do Estado – O Estado liberal” ⁽⁴⁶⁰⁾.

Daí estimarmos que uma perspetivação do direito penal que emerge com a Ilustração – denominemo-lo de “clássico” ou de “liberal” ⁽⁴⁶¹⁾ (acepção esta que, a propósito, se nos parece mais ajustada à realidade histórica) – não autoriza a estruturação de uma crítica pandeslegitimante do direito penal em sua atual ou moderna configuração – como o fazem HASSEMER e a sua Escola.

⁽⁴⁵⁹⁾ Em termos aproximados, GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos, ob. cit.* [n. 397], p. 48 ss.

⁽⁴⁶⁰⁾ GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos, ob. cit.* [n. 397], p. 52 e s. O próprio HASSEMER reconhece que “o fundamento desta tradição é uma concepção liberal do Estado, que não se constitui num fim em si mesmo, mas que deve incentivar o desenvolvimento e o asseguramento das possibilidades vitais do Homem”. V. HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico”, *Doctrina Penal*, a. 12, nr. 46 (1989), p. 275 ss., p.281.

⁽⁴⁶¹⁾ Pode dizer-se, nos passos bem trilhados por GRECO, em sua dissertação de doutoramento recentemente vinda a prelo, que figurará logo como uma das principais propostas do liberalismo penal reduzir e abrandar as reivindicações da moralidade (e a FEUERBACH caberá levantar uma estanquicidade entre direito e moral através da “ideia de impermeabilidade” entre essas duas esferas) que, em direito penal, “manifestam-se nomeadamente no domínio dos delitos contra os costumes e contra a religião”. Desenvolvidamente, GRECO, Luiz, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker und Humblot, 2009, p. 110 e s.

Evidentemente que se não pode deixar de concordar com uma parte dessa crítica, nomeadamente quando ela se volta, e com razão, contra uma expansão descontrolada da malha penal. Sem embargo, tal censura torna-se excessiva e deslocada quando toma como modelo a ser observado um direito penal a-histórico, puramente teórico, senão já ficcional e de todo incompatível com a realidade movente dos factos.

De modo que não apenas não é inteiramente correto imprimir-se o rótulo de clássico ao direito penal emergente da Ilustração, como também há de reconhecer – em função das profundas transformações sociais e culturais que condicionaram o ingresso de novos conteúdos normativos e de novos instrumentos de imputação –, a desadequação de um conceito de direito penal referido exclusivamente ao indivíduo, *i.e.*, extremadamente subordinado a um arcabouço ideológico neoliberal, também por isso inadequado para o enfrentamento de muitos dos problemas de nosso tempo histórico.

Sem desconhecermos o fenómeno aparentemente contemporâneo de hipertrofia do direito penal – em muito devedor do impressionante aumento da complexidade da vida social, que fez emergir novas entidades dignas, merecedoras e necessitadas de tutela penal – não cabe, todavia, supormos que um direito penal resumido a uma enumeração fixa e assaz limitada de condutas possa servir para a protecção dos novos perigos. Mas tal salvaguarda ou tutela deve, sem atenuação ou derrogação dos princípios e garantias individuais fundamentais, realizar-se, ainda aqui, sempre em carácter subsidiário.

2. Características mais expressivas do chamado direito penal “moderno”

As sensíveis modificações experimentadas pelo direito penal nesta tardomodernidade autorizam falar de um novo direito penal (para não poucos um direito penal moderno), que, para nós, possui um duplo eixo, isto é, assenta na existência de duas grandes esferas normativas mais ou menos autónomas, porém complementares:

a) um direito penal secundário (mais plástico) e orientado à proteção de bens coletivos ou macrossociais e;

b) um direito penal nucleado principalmente em torno da proteção de bens jurídicos individuais.

Mas não se pode deixar de sublinhar que não faz muito tempo a designação “direito penal moderno” transportava-nos imediatamente a um modelo penal cujas linhas estruturantes radicavam ou tinham origem nas emanções políticas e jusfilosóficas do Iluminismo, posto que assinalavam uma superação radical do direito penal do Antigo Regime (de cariz totalizante) – daí o atributivo de “moderno” ⁽⁴⁶²⁾. Deveras, só mais recentemente passou-se também a denominar de “moderno” o direito penal da atualidade ⁽⁴⁶³⁾, um “novo” direito penal, atributivo este que evidentemente não se encasa com o designativo moderno em sua versão matricial, de corte predominantemente liberal.

Dito noutros termos: o qualificativo de moderno – no atual estágio de desenvolvimento do direito penal – não se presta mais para designar o direito penal liberal que emergiu da *Aufklärung*, mas sim a indicar um amplo âmbito da normatividade penal, volvido mormente para os chamados novos grandes perigos, típicos de uma “sociedade de risco”.

Por outra margem, ainda é preciso exprimir que o falar-se em um direito penal moderno de perigo ou do risco só tornou-se possível exatamente em função da autorreflexividade bem típica da tardomodernidade que, evidentemente, também aflora, e de modo muito pronunciado, nos arraiais da dogmática penal. Com isso queremos significar que a própria ciência penal tornou-se autorreflexiva ⁽⁴⁶⁴⁾.

⁽⁴⁶²⁾ Advogando esse mesmo entendimento, GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos*, ob. cit. [n.397], p.45.

⁽⁴⁶³⁾ Para uns, um direito penal do risco (PRITTWITZ) ou do perigo; para outros, um direito penal de segurança (KINDHÄUSER).

⁽⁴⁶⁴⁾ Naturalmente que também muito contribuíram, não cabe de modo nenhum omitir, diversos aportes crítico-criminológicos, tal como aquele formulado pela teoria da *rotulação* (*labelling approach*). Sobre isso, veja-se Alessandro BARATTA, para quem é “impossível compreender-se

Consoante enfatizámos o campo ou a zona topográfica de modernização do direito penal é deveras ampla ⁽⁴⁶⁵⁾ e heterogênea (meio ambiente, responsabilidade pelo produto, criminalidade econômico⁽⁴⁶⁶⁾-financeira, tráfico internacional de drogas, criminalidade organizada, proteção de dados, terrorismo etc). Cuida-se, pois, de um campo bastante extensivo. Ademais, a questão do conceito material deste novo direito penal evidentemente que não pode ser versada em detalhe neste trabalho, uma vez que exigiria uma análise específica de cada um dos ilícitos-típicos que o integram.

Para os estritos fins desta pesquisa, segundo pensamos, fundamental é clarificar alguns aspectos ou características deste proceso (“work in progress”) de modernização, que, sem dúvida, nos permitirão ultrapassar margens puramente formais, possibilitando que se flagre um distanciamento, senão uma

a criminalidade” sem proceder antes a uma análise acerca do sistema penal, uma vez que ele não apenas “a define, como contra ela reage”. V. BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002, p. 84.

⁽⁴⁶⁵⁾ Sob um ângulo formal revela-se portanto como um “fenômeno quantitativo”, que tem vindo a despontar tanto na parte especial dos códigos penais como, principalmente, mercê intervenção da chamada legislação extravagante. Para maiores detalhes, GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos*, *ob. cit.* [n. 397], p. 57. Em volta desse eixo compreensivo SILVA SANCHÉZ (*La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 18) argumenta que o direito penal moderno caracteriza-se, em sentido formal, por uma “ampliação da malha penal” (ampliação dos âmbitos de intervenção); já sob o ângulo material ele se apresenta marcado por uma flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais. Com efeito, este autor basicamente compreende o fenômeno da expansão do direito penal como sinônimo de direito penal moderno e, para além da criação de novos bens jurídico-penais, também aponta – como aspectos da referida inclinação expansionista – uma “flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia”.

⁽⁴⁶⁶⁾ Mister recordar fundamental lição: “(...) o que verdadeiramente distingue o crime contra a economia é apenas a expressão dos danos que ele causa (...)”, posto que “(...) a dimensão dos danos pode converter um normal crime contra o patrimônio (...) em crime contra a economia”. V. COSTA, José de Faria/ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico – Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP”, AA.VV, *in: Temas de Direito Penal Económico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99 ss., p. 103. Caracterizando a ofensa a um bem jurídico supraindividual como elemento essencial da criminalidade econômica, por todos, OTTO, Harro, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), Heft 2, p. 339 ss., p. 345.

fratura em relação a alguns dos postulados fundamentais do direito penal liberal.

Entre as principais características do direito penal “moderno”, podemos, e de forma bem esquemática, elencar:

- a) profusão de tipos penais abertos e indeterminados (leis penais em branco, conceitos jurídicos indeterminados etc);
- b) dilatada tipificação da negligência ⁽⁴⁶⁷⁾ (curiosamente, em função das novas tecnologias, não raro mais letais que o dolo), e até da negligência coletiva, inclusive sob a forma omissiva;
- c) é um direito penal em que o injusto tende a exaurir-se já no desvalor da ação, portanto com substantiva subtração do desvalor de resultado (afastando-se, portanto, de uma visão naturalista de causalidade) no plano de configuração da antijuridicidade;
- d) responsabilização penal das pessoas coletivas ⁽⁴⁶⁸⁾, aliás, recentemente introduzida no CP português ⁽⁴⁶⁹⁾, a retratar, quiçá, o ingresso de uma nova ordem de valores, de corte marcadamente coletivo ⁽⁴⁷⁰⁾, no território normativo-penal ⁽⁴⁷¹⁾;

⁽⁴⁶⁷⁾ Também voga nesse norte, CUESTA AGUADO, Paz M. “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, *cit.* [n. 18], p. 169.

⁽⁴⁶⁸⁾ Sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, consultar HEINE, autor que, força dos problemas de adequação com a responsabilidade penal das pessoas físicas procura fundamentá-la não tanto no chamado “domínio do facto”, mas a partir do que denomina de “domínio de organização sistêmico-funcional”. Para este autor a culpabilidade, *in casu*, deve ser entendida como uma “culpabilidade pela direção da empresa”. Por outro lado, a imputabilidade penal da pessoa jurídica apresenta-se, defende ele, como deveras excepcional e circunscrita a situações de grave perturbação na atividade da empresa (incremento do risco), decorrente de uma “defeituosa capacidade de gerenciamento de atividades perigosas”. Importante timbrar que à medida em que propugna uma excepcional responsabilização penal da empresa, esse autor restringe, quiçá de modo excessivo, a imputação a delitos graves, *i. e.*, que resultem em perigo comum, ou ainda que redundem em atentados ambientais de natureza irreversível, ou cuja reparação mostre-se demasiado onerosa ou de longo prazo. V. HEINE, Günther, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 311 ss.

⁽⁴⁶⁹⁾ Com a nova redação do art. 11º., II, do CP, fixada pela Lei 59/2007, de 04 de Setembro.

⁽⁴⁷⁰⁾ Para MARINUCCI e DOLCINI, “a acumulação no tempo de fenômenos de contaminação da água e do ar, a difusão dos conhecimentos científicos sobre os danos imediatos ou futuros que derivam destes processos e a verificação de importantes catástrofes ecológicas,

- e) é um direito penal de prevenção do risco, sobretudo do risco sistêmico;
- f) é um direito penal que favorece o surgimento de delitos firmados na violação do dever de cuidado (delitos de comportamento);
- g) a proteção subsidiária a realizar é preponderantemente de bens jurídicos coletivos ⁽⁴⁷²⁾ ou supraindividuais;
- h) dá-se um adiantamento da intervenção penal para um momento distante de um dano-violação, ou seja, uma antecipação da tutela penal ⁽⁴⁷³⁾ para estádios prévios, implementável na zona dos riscos evitáveis ou controláveis, mormente mercê do instrumental do perigo abstrato;
- i) como expressão mais avançada dessa tendência de antecipação das barreiras de proteção – e que também demarca o aumento da importância da ação coletiva no âmbito da sociedade de risco – observa-se uma setorializada inserção do chamado delito cumulativo (ponto medular da presente investigação), designadamente no âmbito da tutela penal ambiental.

Uma outra característica, que não pode aqui deixar de ser anotada, ela bem própria de um direito penal moderno – vocacionado sobretudo à tutela ou proteção do futuro – pode flagrar-se no seu reduzidíssimo interesse, isto em

colocaram de modo manifesto que a falta de respeito das empresas industriais relativamente às precauções assinaladas pela técnica para minimizar os riscos ambientais ofende interesses vitais, tanto individuais como coletivos”. V. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, “Derecho Penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, *cit.* [n. 449], p. 151.

⁽⁴⁷¹⁾ Sobre a responsabilidade penal autônoma das pessoas jurídicas, v. o ponto 8, do Cap. VIII, *infra*.

⁽⁴⁷²⁾ A função primordial do direito penal moderno volve-se à proteção de bens jurídicos coletivos, compreensão esta que também projeta-se no sentido de que a noção de bem jurídico atua como critério limitador na elaboração do ilícito penal, logo de contenção do próprio poder do Estado, uma vez que não todos, mas apenas determinados e específicos bens da vida mostram-se dignos de proteção penal.

⁽⁴⁷³⁾ Essa antecipação da ofensa, tende, na óptica de alguns autores, a operar como “substitutivo da causalidade”. Nesse diapasão, SERENI, Andrea, *Causalità e Responsabilità Penale – dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Torino: G. Giappichelli editore, 2008, p.34. Esta autora também vê o manejo do conceito de *incremento do risco* “como substitutivo da condição sine qua non” (v. *Causalità e Responsabilità Penale*, ob. cit, p. 35).

diametral oposição ao direito penal de corte mais liberal, pelos conflitos interpessoais do tipo *vítima-vitimário* ⁽⁴⁷⁴⁾, posto aquele apresentar uma vocação natural para problemas de grande dimensão, situações em que interesses reais e tangíveis, ou individualizáveis, apresentam-se algo secundarizados. Daí afirmar WOHLERS, em aturada análise sobre as normas do direito penal moderno, que estas se caracterizam não por consagrarem a tutela de interesses pessoais *qua tale*, mas sim porque se orientam a “garantir as condições para o florescimento da liberdade pessoal, tal como a conservação das condições ambientais vitais (...) ou a manutenção do consenso social” ⁽⁴⁷⁵⁾.

Bem, na medida em que o fenômeno da antecipação da tutela penal – orientada para uma fase prévia à lesão do objeto de tutela da norma –, converte-se em um dos “signos mais expressivos do atual desenvolvimento do direito penal” ⁽⁴⁷⁶⁾, cumpre-nos, já nas próximas quadras, fazer uma primeira abordagem do problema do perigo; mas, bem é de ver, a uma tal aproximação deve necessariamente preceder um breve estudo sobre uma das mais certas e conseguidas análises do problema do perigo na esfera gravitacional do direito penal.

3.1. O Perigo como categoria fundante do ilícito-penal e centro de imputação da responsabilidade: o contributo de FARIA COSTA

Uma visualização da questão do perigo, em tudo e por tudo necessária para podermos melhor sintonizar as coordenadas do chamado direito penal

⁽⁴⁷⁴⁾ Indispensável sobre o problema da vítima em direito penal, ANDRADE, Manuel da Costa, *A Vítima e o Problema Criminal, BFD* (Suplemento XXI), Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980, p. 195 ss.; tratando de modo mais específico o problema da vítima no palco da sociedade de risco: uma *vítima virtual*, CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal orientado para a vítima de crime, ob. cit.*, [n. 139]; defendendo que com o rompimento da dicotomia autor-vítima também terceiros e, no limite, toda a coletividade pode entender-se já como socialmente responsável, SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2002, p. 7.

⁽⁴⁷⁵⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, ob. cit.* [n. 91], p. 26 e s.

⁽⁴⁷⁶⁾ MENDONÇA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, ob. cit.* [n.312], p. 23.

moderno, impõe-nos, de saída, um chamamento da doutrina que mais densa e afincadamente investigou – com a penetrante sonda da racionalidade jurídico-filosófica – a categoria do perigo no multiverso penal, tendo vindo a estabelecer, com precisão, a sua exata relevância e dimensão ontoantropológica fundamental.

FARIA COSTA ⁽⁴⁷⁷⁾, como se sabe – e ninguém aprofundou tanto o estudo do perigo como este penalista e jusfilósofo – nele enxerga um instrumento mais adequado do que o risco para estimar a probabilidade de eventual realização de um resultado desvalioso, lecionando que “o perigo surpreende-se, com rigor, na relação que se estabelece entre o carácter danoso de um sucesso e a probabilidade desse acontecer” ⁽⁴⁷⁸⁾.

Necessário esclarecer que o conceito de perigo comparece nesse sistema de pensamento como uma “categoria autónoma” – fundante do ilícito-penal e “centro provocador da construção de específicos e novos tipos de ilícito”. Deveras, o mencionado autor, partindo da compreensão de que somos seres essencialmente comunicacionais, com isso querendo significar que o nosso modo-de-ser mais profundo deita raízes numa estrutura relacional (de base comunicativa), logo é modo-de-ser com os outros (vez que sem este “outro” não há como fundar o “eu”), dilucida que a noção de perigo deve alicerçar-se nessa relação ⁽⁴⁷⁹⁾ comunicacional de dimensão

⁽⁴⁷⁷⁾ Fundamental exprimir que se trata aqui tão-só de uma mui sucinta aproximação das profundas reflexões realizadas por FARIA COSTA acerca do problema do perigo.

⁽⁴⁷⁸⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 584. Ou seja: “o perigo em direito penal é constituído por dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o carácter danoso do mesmo (...). E é precisamente partindo desses dois elementos que podemos surpreender a exacta noção de perigo que se apresenta matricialmente normativa e, porque normativa, outrossim relacional”. (*Idem, ibidem*).

⁽⁴⁷⁹⁾ Deve-se aduzir que o próprio direito penal é definido pelo autor como uma “ordem relacional”, não apenas porque “tudo se fundamenta em uma ‘primeira’ relação comunicacional de raiz ontoantropológica, como também, agora a partir de uma óptica fenomenológica, porque o direito penal não pode deixar de ser percebido numa rede de relações. Relação, sobretudo, entre as três figuras principais que fomentam e constroem a actual discursividade penal, quais sejam: a vítima, o delinquente e o Estado”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 20. Ver também do mesmo autor, “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”, *RPCC*, n. 12 (2002), p. 7 ss.,

ontoantropológica em que os atos humanos se manifestam, portanto em um cuidado-de-perigo tanto para com o “eu” como para “outro”. Nessa ordem de reflexões, estabelece que o crime ao repercutir sobre essa reciprocamente fundante “primeira” ou arquetípica relação comunicacional caracteriza-se, materialmente, como “perversão” da relação de cuidado-de-perigo em seu duplo aspecto, *i.e.*, representa tanto negação do outro, como negação do “eu”⁽⁴⁸⁰⁾.

Bom é advertir que se não trata de uma compreensão do perigo de fundo naturalístico, muito menos ainda de uma fundamentação de corte subjetivista; cuida-se, sim, de um complexo porém conseguido enquadramento que não desconhece que a noção de perigo se deve alicerçar em um conceito ou categoria marcadamente normativa, ou seja, onde intervém uma realidade (juridicamente) construída, isto é, “um real construído ao nível do direito (...) que em atitude reversa vai servir de centro gerador de normatividade, na medida em que, arrancando dele, se pode fazer um juízo de imputação”⁽⁴⁸¹⁾.

Mas, consoante assinalado foi, não abdica FARIA COSTA da fundante perspectiva ontoantropológica⁽⁴⁸²⁾, cristalizada na matriz de cuidado-de-perigo, visto reconhecer prontamente que assim como o perigo sempre rondou os homens, o cuidado (a *Sorge*), o ser comunitário, plasma todo o real social; “cuidado que se identifica com o real social”⁽⁴⁸³⁾ e que, evidentemente, “nada

esp. p. 16 e s, e, evidentemente, o *indispensável: O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p.642 e s.

⁽⁴⁸⁰⁾ Defendendo, então, que “a comunidade humana realiza-se por meio de uma teia de cuidados em que o cuidado individual, isto é, o cuidado do eu sobre si mesmo só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros”, para então arrematar: “nessa reciprocidade se encontra a segurança”. V. COSTA, José de Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 319.

⁽⁴⁸¹⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 563 e s.

⁽⁴⁸²⁾ “O cuidado originário é o núcleo estruturante da primeira relação ontoantropológica do cuidado-de-perigo no qual se fundam as comunidades humanas”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 655.

⁽⁴⁸³⁾ “O cuidado da tensão espiritual profunda que dá sentido à responsabilidade dos homens. Precisamente aquele cuidar-se cuidando dos outros que faz com que o cuidar-se se transmude em elemento integrante, fundante, da comunidade jurídica, nomeadamente da comunidade jurídico-penal”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 319, nota 81.

tem a ver com as meras representações individuais de um efêmero cuidado que se desenvolve ao nível da fenomenalidade do quotidiano”⁽⁴⁸⁴⁾.

Donde o conceito (normativo)-penal de perigo, o próprio desvalor de cuidado-de-perigo, deixa penetrar-se pela fecundante mediação interpretativa da relação ontoantropológica do cuidado-de-perigo. Em apertadíssima síntese: o perigo revela-se ou desnuda-se como categoria a um só tempo normativa e relacional, realidade “construída” mas em permanente e enriquecedora abstrata dialogação com o “real verdadeiro”, *i.e.*, o espaço onde se desenvolve a ação desvaliosa. Daí que o desvalor de cuidado-de-perigo não se confunde, não se pode confundir “com a expressão matricial da própria relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo”⁽⁴⁸⁵⁾ (assim como não se baralha o ôntico com o ontológico), mas se deixa decifrar por esta fundante matriz.

Interessa ainda sublinhar que FARIA COSTA também identifica que o perigo que afetava as comunidades pré-modernas tinha sempre uma causa externa (“vinha dos hostes”) e quase não repercutia na esfera jurídica, vez que sobre esta, de regra, só se refratavam efetivas violações a bens jurídicos que se corporificassem em dano real e permanente, logo de resultado mais facilmente identificável do que o “resultado de perigo” (que, como se sabe, revela-se de mais árdua e dificultosa atribuição da responsabilidade penal, devido a sua natureza menos apreensível). Mas – pontifica – tudo muda já com o “motor de explosão”⁽⁴⁸⁶⁾, ou seja, a partir da Revolução Industrial⁽⁴⁸⁷⁾. Desde então, diagnostica, os delitos de perigo passam a apresentar uma

⁽⁴⁸⁴⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 588.

⁽⁴⁸⁵⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 634, sítio onde também explicita que “(...) O cuidado do ‘eu’ para com o ‘outro’, que a relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo expressa e envolve, pode suscitar fundamentalmente três específicas formas de desvalor: o desvalor de dano/violação; o desvalor de perigo e o desvalor de cuidado-de-perigo”.

⁽⁴⁸⁶⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 321 e s.

⁽⁴⁸⁷⁾ Porque “(...) É por meio dela que melhor se compreende, que melhor é captado, o sentido ontoantropológico do perigo. Mas é também pela aceitação desse *instrumentum* interpretativo que se compreenderão as raízes dos problemas relativos aos possíveis bens jurídicos mais imediatamente arrancados à *natura naturans*”. V. FARIA COSTA, José de, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 295, na nota n.º 44.

crescente importância político-criminal, tanto que “a tendência é a sociedade moderna se ir perdendo noção da importância do dano” ⁽⁴⁸⁸⁾.

De outra parte, atento aos *ruídos* dos novos grandes perigos e à ameaça que representam para a vida, e sem desconhecer as “consequências ao nível da consciência ético-jurídica” ⁽⁴⁸⁹⁾, anota: “o dano particular, concreto nada é se comparado com o dano absoluto” ⁽⁴⁹⁰⁾. Daí a necessidade do mecanismo de antecipação da tutela penal protetora (o perigo na modalidade abstrata), que, no entanto, “nada tem a ver com o efeito intimidativo da pena ao nível do desvalor de resultado, está sim relacionada com o juízo político-criminal que se baseia no facto singelo de que é insustentável, logo ético-socialmente ilegítimo, esperar que o dano alargado (comum, porque relativo à proteção de vários bens jurídicos) se desencadeie para que o direito penal possa intervir” ⁽⁴⁹¹⁾.

Todavia, com isso não advoga, é evidente, nem um simbólico expansionismo penal, nem um totalizante panprevencionismo (porque maior proteção ou um aumento da área de tutela, não se confunde com mais intensa prevenção), nem uma qualquer permuta ou substituição do dano-violação pela categoria do perigo ⁽⁴⁹²⁾; a rigor, e com limpidez argumentativa, defende que o conceito de perigo força da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo é tanto cânone ⁽⁴⁹³⁾ que reforça a interpretação (mediante “fecunda discursividade hermenêutica” ⁴⁹⁴) das contemporâneas proposições dogmático-

⁽⁴⁸⁸⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 357.

⁽⁴⁸⁹⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 354.

⁽⁴⁹⁰⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 358.

⁽⁴⁹¹⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 579, na nota n.º 22.

⁽⁴⁹²⁾ Tanto isso é assim que reconhece a importância fundamental do dano-violação: “[...] a ressonância que o desvalor de resultado de dano-violação adquire dentro da comunidade jurídica tem uma força e uma precisão que se não pode comparar ao desvalor de resultado de perigo, se olhado através da construção de um perigo geral”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 578.

⁽⁴⁹³⁾ Cânones são “(...) Elementos que desencadeiem um mínimo de variação interpretativa, de modo a que os valores da certeza, materialmente justa, e os da segurança se cumpram”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 591.

⁽⁴⁹⁴⁾ Com GADAMER aprendemos que a “vida se autointerpreta, ela própria tem estrutura hermenêutica” pois está apontada à reflexão (V. GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método*, *ob. cit.* [n. 89], p. 359). Bem, o esforço levado a cabo por GADAMER destina-se entre outras

penais (por mor no nosso complexo e trepidante tempo histórico) – funcionando portanto como horizonte de pré-compreensão –, como também é categoria indispensável e fundamental a um englobante e fidedigno entendimento de todo o direito penal, e que não dispensa a mediação dos valores ⁽⁴⁹⁵⁾, valores historicamente situados (e não “meras sensibilidades ou colorações axiológicas do momento” ^[496]), via por intermédio da qual, sem abandono nem desprezo pela razão prática, pode-se, com mais facilidade, aceder ao justo.

coisas a superar o círculo metodológico desenhado por DILTHEY, que fazia da hermenêutica uma técnica, bem como a re-situar o intérprete que pertence à história e está dentro da tradição em um outro círculo: o círculo ontológico hermenêutico fundante de uma consciência (hermenêutica) cujo perímetro de irradiação ou horizonte deve arrebatar tanto a consciência histórica como nossas pré-compreensões. Assim, a consciência hermenêutica descortina um horizonte de visão que nos habilita a enxergar com um olhar retrospectivo bem além do que nos está mais próximo, operando-se dessa forma uma “fusão de horizontes”, de onde se elevará a experiência hermenêutica da compreensão. Em termos aproximados, SANTUÁRIO, Luiz Carlos, “A Linguisticidade do compreender na hermenêutica de Gadamer”, *in: Fenomenologia Hoje II: significado e linguagem*, Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira (Org.), Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 407 ss. Pese embora a bibliografia inabarcável, vale consultar GIUSINO, Manfredi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 34 (quem, partindo de GADAMMER, aproxima-se de HASSEMER e denomina o primeiro momento de interpretação como imanente “ao sistema”, a que se sucede um momento crítico ou transcendente ao sistema); PALMER, Richard, *Hermeneutics*, *ob. cit.* [n. 339], que recorda (às p. 12) que as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por “interpretar”, pontuando ainda que o tema foi objeto de um grande tratado, o *Organon* de Aristóteles; e, ainda, SANTOS (Boaventura de Souza, *Introdução a uma Ciência pós-moderna*, 6ª. ed., Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 10) para quem a “reflexão hermenêutica visa transformar o distante em próximo, o estranho em familiar, através de um discurso racional – fronético, que não apodítico – orientado pelo desejo de diálogo com o objecto da reflexão para que ele ‘nos fale’, numa língua não necessariamente a nossa mas que nos seja compreensível (...) e contribua para aprofundar a autocompreensão do nosso papel na construção da sociedade, ou, na expressão cara à hermenêutica, do mundo da vida (Lebenswelt)”.

⁽⁴⁹⁵⁾ Porque “é sempre em último termo a discursividade do axiologicamente denso que dá matriz à compreensão e aplicação do direito penal”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p.570.

⁽⁴⁹⁶⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *As Linhas Rectas do Direito*, *ob. cit.* [n. 13], p. 10.

3.2. Principais formas de manifestação jurídica do desvalor de perigo

Feita essa breve exposição do cuidado-de-perigo como relação ontoantropológica que permeia e que funda todo o direito penal, passaremos, neste ponto, a esquadrihar o perigo sob as formas mais “requisitadas” pelo direito penal moderno.

São categorias medulares do perigo em direito penal: a) o perigo abstrato, que, como se sabe, não constitui elemento do tipo legal ⁽⁴⁹⁷⁾, ou seja, não se verifica no tipo qualquer menção expressa ao perigo para o objeto do bem jurídico protegido. O perigo não é, pois, elemento constitutivo do tipo descritivo representando a própria “*ratio da incriminação*” ^(498/499); b) perigo concreto: aqui o perigo constitui um elemento do tipo a ser demonstrado em juízo.

Para estabelecer uma distinção entre o delito de perigo abstrato ⁽⁵⁰⁰⁾ e delito de perigo concreto, bem com das chamadas “formas intermédias” (delito

⁽⁴⁹⁷⁾ Na expressão de PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *in*: AA.VV, *Estudos Comemorativos do 150º. Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, p. 199 ss., p. 206.

⁽⁴⁹⁸⁾ FARIA COSTA (*O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 620 e s.) esgrime que nesta modalidade de delito de perigo este “não é elemento do tipo, mas tão-só motivação do legislador”. Afirmando que de acordo com a costumeira interpretação destes delitos, “tampouco caberia constatar a concreta perigosidade da conduta, na medida em que o perigo não constitui elemento do tipo”, MENDONZA BUERGO, Blanca, *Limites Dogmáticos y Políticos Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada: Comares, 2001, p. 78 e s. Pode-se assim constatar que o crime de perigo abstrato é *negativamente definível*, isto é, emerge como uma técnica de estruturação típica em que não se estabelecem como elementares do tipo penal nem uma lesão, nem uma colocação em perigo ao objeto de tutela da norma. Comparar com RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia, ob. cit.* [n. 271], p.281.

⁽⁴⁹⁹⁾ Anote-se também que, contrariamente ao que à primeira vista pode transparecer, quando confrontado com o perigo concreto, o perigo abstrato não indicia um menor grau de perigosidade da conduta típica.

⁽⁵⁰⁰⁾ Consequência bem saliente de uma política criminal orientada ao controle das situações de risco da moderna civilização tecnoindustrial é a proliferação de delitos de perigo abstrato – podendo já falar-se de um direito penal de perigo (ou do risco como querem alguns). De modo

de perigosidade, delito de perigo potencial, delito de perigo abstrato-concreto ou delito de aptidão [⁵⁰¹]) toma-se em consideração o objeto do bem jurídico(⁵⁰²). Também não estaremos a franger a lógica ao afirmarmos que o comportamento abstratamente perigoso só se precipita em direção à malha penal (na verdade é por ela colhido) em função da alta possibilidade, “rectius”, da probabilidade não insignificante de irromper um dano no vero cerne do tecido social já como consequência da conduta que se quer – precisamente em função da sua significativa perigosidade – coarctar.

Já no perigo concreto haverá, com rigor, necessariamente, de demonstrar uma contiguidade ou uma mínima distância entre o perigo e o dano: este deve ser nada menos do que iminente. No perigo abstrato fica-se com a referida perigosidade geral da ação, a exigir todavia a comprovação da “substancial conformidade do facto ao tipo legal” (⁵⁰³). Dito de outro modo e complementarmente: no ilícito-típico de perigo concreto – em confronto com o delito de perigo abstrato – o resultado a preencher exige que a ação entretenha uma relação de proximidade com uma lesão efetiva. Já “nos delitos de perigo abstrato (...) basta a perigosidade da conduta, perigosidade que se supõe inerente à ação, salvo que se prove que no caso concreto quedou excluída de

que a proteção penal é antecipada para um momento prévio ao dano, vindo o “perigo” a projetar-se como “categoria” capaz de criar “uma barreira entre o agir e o causar (naturalisticamente compreendido), enquanto fenômeno que altera a realidade social”. V. FARIA COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, ob. cit. [n. 53], p. 307.

(⁵⁰¹) Trata-se de uma terceira via, ou via intermediária, que não exige para o preenchimento do tipo um resultado de perigo, bastando-se com a idoneidade da conduta para provocar um resultado de perigo para o bem tutelado. Sobre essa modalidade de construção típica veja-se, por todos, HOYER, Andreas, *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987.

(⁵⁰²) No preciso sentido do texto KISS, que também anota que há uma intensa discussão em relação à pertinência dessas categorias intermédias ao grupo dos delitos de perigo abstrato. Sobre isso, KISS, Alejandro, *Das Abstrakte Gefährdungsdelikt*, ob. cit. [n.317], p. 5.

(⁵⁰³) GIUSINO, Manfredi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, ob. cit. [n. 494], p. 408.

antemão”⁽⁵⁰⁴⁾. Também tem-se entendido que nos crimes de perigo abstrato é-se punido já com a mera realização da conduta⁽⁵⁰⁵⁾.

É, então, de um lado a técnica legislativa empregue na estruturação ou vertebração dos tipos; d’outro lado, os distintos critérios a serem pelo Tribunal trabalhados para o efeito de atestar a “presença” do perigo num e noutro caso que, afinal, nos permitirá discernir se estamos perante um crime de perigo concreto ou de perigo abstrato, existindo nesta última hipótese, segundo o entendimento de um setor doutrinário, hoje minoritário, uma presunção absoluta (*jure et de jure*) de perigo.

Urge observar, todavia, que uma aceitação sem mais desse ponto de vista conduziria a uma imputação meramente formal e a um “*farewell*” – com punição da mera desobediência⁽⁵⁰⁶⁾ – ao princípio da ofensividade, posto que a conduta abstratamente perigosa que se revelasse inepta, no caso concreto, para afetar o bem jurídico já por faltar-lhe “uma idoneidade geral para a lesão” ainda assim poderia render ensejo a uma reprimenda penal, “produzindo-se uma disfunção entre presunção legal e realidade do perigo”, sendo então plenamente defensável o entendimento que voga no sentido de dever exigir-se, mesmo ainda no contexto do perigo abstrato, a demonstração de que a conduta possui idoneidade ofensiva, *i.e.*, é portadora de uma “potencialidade geral (...) para ocasionar o dano a ser comprovada pelo juiz”⁽⁵⁰⁷⁾, mormente para que o fundamento da punição não venha a afastar-se do direito penal do

⁽⁵⁰⁴⁾ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte General*, 7ª. ed., Barcelona: Reppertor, 2006, p. 224.

⁽⁵⁰⁵⁾ Segundo FIANDACA e MUSCO “(...) Os crimes de perigo ‘abstrato’ ou ‘presumido’, isto é, aqueles nos quais o perigo representa a *ratio* da incriminação, mas não o elemento constitutivo do tipo descritivo, tendem a se constituírem em ilícitos de mera conduta”. V. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto penal – Parte General*, Bologna: Zanichelli, 1995, p. 192.

⁽⁵⁰⁶⁾ Com efeito, a aplicação de uma pena em sucessos onde não se apresenta qualquer perigo não se basearia na tutela de um bem jurídico, podendo assim possibilitar a mera “imposição de obediência à norma em si mesma”. V. KISS, Alejandro, *Das abstrakte Gefährungsdelikt, ob. cit.* [n.317], p. 17.

⁽⁵⁰⁷⁾ RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos, *Derecho Penal y Protección del Meio Ambiente*, Madrid: Editorial Colex, 1992, p. 96.

facto, com o risco de punir-se o autor em função de um comportamento tão-só formalmente descompromissado com a norma ⁽⁵⁰⁸⁾.

Aliás, bem antes do delito cumulativo entrar em pauta de estudo e de discussão, já era objeto de intenso debate dogmático se caberia punir o agente cuja conduta – pese formalmente apta a preencher o tipo – revelara-se indisputavelmente inofensiva para o bem jurídico-penal salvaguardado ⁽⁵⁰⁹⁾. Bem, na dimensão em que os delitos de perigo abstrato emolduram uma conduta genericamente perigosa, o comportamento a imputar também deverá apresentar uma constitutiva perigosidade, *i. e.*, uma perigosidade que se supõe inerente à ação ⁽⁵¹⁰⁾.

3.3. Perigo abstrato como técnica de tutela de bens jurídico-penais supraindividuais

O manejo do perigo abstrato como técnica de proteção de bens jurídicos supraindividuais ⁽⁵¹¹⁾, a despeito de algumas vozes contrárias na doutrina, tem sido prodigalizado sobretudo com esteio no argumento de que tal

⁽⁵⁰⁸⁾ Donde, tendo-se sobretudo em vista os princípios de culpabilidade e ofensividade – caberá franquear-se prova em contrário. Fundamental se nos antolha também exalçar que nos crimes de perigo abstrato é mister verificar, e com peculiar atenção, o *contexto* em que a conduta tem lugar. Deveras, é possível que, *e.g.*, no crime de incêndio, o autor tenha se assegurado de modo eficaz e mediante o emprego de medidas confiáveis, que não se produzirá um resultado de perigo nem de lesão ao bem jurídico protegido. Também não haverá o referido crime se as chamas não apresentarem “uma mínima entidade e capacidade de expansão, já que pode suceder que suas diminutas dimensões o privem de todo perigo de estender-se sobre o próprio objeto (...)”. Para maiores detalhes, v. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, *ob. cit.* [n. 507], p. 99.

⁽⁵⁰⁹⁾ Sobre isso, mas sem referir a problemática da acumulação, MARTIN, Jörg, “Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht”, *ZRP* (1992), p. 19 ss., p. 20.

⁽⁵¹⁰⁾ Perigosidade que poderá ser afastada na hipótese de demonstrar-se que, no caso concreto, restou logo à partida excluída.

⁽⁵¹¹⁾) Para uma compreensão do perigo como uma das principais causas da “crise do bem jurídico”, DEMUTH, Hennrich, *Der normative Gefahrbegriff – Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Bochum: Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1980, p. 197 *usque* 203.

instrumentarium outorga uma mais acentuada antecipação da tutela ⁽⁵¹²⁾, ou seja, que ele permite trabalhar-se com uma ideia de prevenção geral de largo espectro temporal, algo que se tem vindo a considerar – em termos político-criminais – indispensável a uma atempada (e operativa) proteção de bens jurídicos de grande envergadura (bens coletivos de insuspeito relevo social). Dito de outra forma, tem-se sustentado a bondade do emprego desse ferramental à guisa de evitar-se uma tardia e ineficaz intervenção *a posteriori* da maquinaria penal.

Deve-se ainda ajuizar que, não obstante reconhecer-se alguma fricção com o princípio da ofensividade ⁽⁵¹³⁾, há uma crescente aceitação da legitimidade do perigo abstrato ⁽⁵¹⁴⁾ que arranca, em apertada súpula:

⁽⁵¹²⁾ De outra banda, opostamente ao instituto da tentativa que é, em princípio, o instrumento mais proeminente de adiantamento da proteção penal, a punibilidade do delito de perigo abstrato, tem-se sustentado, prescinde de uma relação subjetiva (dolo ou imprudência) entre a ação típica e o resultado que se pretende evitar. Sublinhando que a demonstração dessa relação seria “excepcionalmente complicada, pois a distância entre a realização da ação proibida e a afetação do bem jurídico põe em dúvida a razoabilidade de adscrever-se à ação um juízo de dolo”, KISS, Alejandro, *Das abstrakte Gefährdungsdelikt*, *ob. cit.* [n.317], p. 16.

⁽⁵¹³⁾ A doutrina majoritária brasileira tem resistido a aceitar o perigo abstrato como categoria subordinada ao princípio da ofensividade, chegando, por vezes, a considerar inconstitucionais os tipos de ilícitos nela sustentados. Crítico, quase mordaz, e com bons argumentos, relativamente ao referido posicionamento doutrinal, GRECO, Luís, “Princípio da ‘ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *RBCCrIm*, n. 49 (2004), p. 89 ss., p. 122 e s.

⁽⁵¹⁴⁾ Segundo MARTIN a perigosidade não deve ser perspectivada como o *quid* que move o legislador a criminalizar o comportamento. Para o autor ela é elemento material do tipo. Pune-se porque a “criação do risco estrutura o injusto penal”. Defende também que a criação de um risco juridicamente reprovado de afetação do bem jurídico constitui uma componente indispensável do crime de perigo abstrato, bem como que nessa modalidade delitiva também causa-se “um mau a merecer censura”. E, se o resultado de um crime é o mal juridicamente censurado, poderá então afirmar-se – ainda com MARTIN – que os delitos de perigo abstrato também possuem resultado: “O perigo abstrato é o resultado dos crimes de perigo abstrato”. V. MARTIN, Jörg, “Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht”, *cit.* [n. 509], p. 20. Nessa linha argumentativa CARO CORIA (Dino Carlos, *Derecho Penal del Ambiente – Delitos y Técnicas de Tipificación*, Lima: Gráfica Horizonte, 1999, p. 430) assinala que “no atual estádio das ciências penais entende-se, unanimemente, que a criação do perigo

a) quer da já mencionada relevância social⁽⁵¹⁵⁾ do bem jurídico (vez que “quanto mais relevante é o bem protegido, tanto mais justificada a antecipação da tutela” [⁵¹⁶]);

b) quer em atenção à conformação típica, a significar que a descrição do crime de perigo abstrato deve vazar-se com uma “riqueza linguística em que fiquem destacados os elementos de valoração de periculosidade da conduta”, em ordem a ensejar “uma conexão real entre a conduta tipificada e a conduta ofensiva do bem jurídico protegido” (⁵¹⁷).

De outro giro, entre as decantadas “vantagens” que o perigo abstrato como categoria última da ofensividade apresentaria, mormente no território da criminalidade meio ambiental, tem-se sustentado que ao não exigir-se a lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico também não se faz necessária a demonstração do nexa causal. Bem, quanto ao manejo do perigo abstrato no palco dos bens jurídicos coletivos deve adotar-se, segundo é o nosso juízo, uma posição algo matizada, *i.e.*, uma atitude que – sem abdicação dos princípios de garantia do direito penal liberal – também busque atender a necessidades *sociais* de proteção contra o perigo acrescido ou potenciado, derivado, ninguém duvida, de uma cada vez mais intensa penetração da técnica (e do risco que constitui uma inerência sua) na textura do real.

constitui o resultado típico nos delitos de risco, equivalente ao resultado lesivo e abarcável, em consequência, pelo dolo do autor”.

⁽⁵¹⁵⁾ Algo que recebe particular ênfase com a passagem para um Estado democrático (e *social*) de Direito.

⁽⁵¹⁶⁾ E, nesta senda, ainda segundo o magistério de GIUNTA, também não caberia pôr em causa a importância, nomeadamente, do meio ambiente natural como bem jurídico a proteger. V. GIUNTA, Fausto, “Il Diritto penale dell’ambiente in Italia: Tutela di Beni o tutela di funzioni?”, *cit.*, p. 1116.

⁽⁵¹⁷⁾ *Idem, Ibidem.*

Nesse desiderato, a legitimidade do emprego, sempre moderado, do mecanismo do perigo abstrato, força já das necessidades de proteção minimamente eficaz de determinados bens jurídicos de transcendental relevância, é, e não padece dúvida, de difícil contestação, forte à luz da racionalidade prática ou do “fim da ação” que move não só os homens como o próprio direito penal (ele, indubitavelmente, uma invulgar manifestação desta “segunda natureza” que é a ordem jurídica).

Sem embargo, no que toca especificamente à proteção do meio ambiente natural contra ataques seriados ou cumulativos deixamos logo de remissa o nosso entendimento (⁵¹⁸), que voga no sentido de que a referida técnica de tutela (antecipada) poderá não ser a mais adequada – e paralelamente se possa reputar harmonizável com o princípio da ofensividade – a uma efetiva proteção do aludido bem jurídico.

4. Direito penal secundário como um dos eixos matriciais do direito penal moderno

Deve-se tornar desde logo límpido que muitas das incriminações que compõem o direito penal do nosso tempo caem na órbita do denominado direito penal *secundário* ou *acessório* (“Nebenstrafrecht”) (⁵¹⁹). Também urge prontamente conceituá-lo, na glosa FIGUEIREDO DIAS, como o “conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contêm, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo” (⁵²⁰).

Para uma primeira aproximação a esta problemática temos de afirmar, com verdadeiro rigor, que o direito penal secundário caracteriza-se por apresentar um catálogo de sanções próprias. Está-se, dizemo-lo firmemente,

(⁵¹⁸) A ser desenvolvido, detalhadamente, no ponto 7.2, do Cap. VIII, *infra*.

(⁵¹⁹) Sobre o tema, importante consultar o conjunto de textos que integram a obra coletiva *Direito Penal Secundário*, Fábio Roberto D’Avila e Paulo Vinícius Sporleder (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2006.

(⁵²⁰) DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. Um Contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português”, *DJus*, vol. IV, 1989-1990, p. 7 ss., p. 19.

diante de um âmbito ou zona normativa que desfruta de uma certa autonomia em face do direito penal tradicional ou “principal” (“Hauptstrafrecht”) ⁽⁵²¹⁾. Por outra margem, o direito penal secundário, e diga-se agora de um modo translato e bem prosaico, também possui um temperamento bastante suscetível a mudanças, *i.e.*, apresenta uma reduzida estabilidade; cuida-se, pois, de uma área ou setor da normatividade penal proclive a transformações, por mor devido à sua natureza algo dúctil, prestando-se igualmente de repositório de normas guardiãs de novos bens jurídicos (mormente com intenção de tutela de bens ou interesses nos quais o referente supraindividual projeta-se de forma algo pronunciada) – designadamente mercê da técnica do perigo abstrato.

É força ainda reconhecer que se está aqui a dissertar sobre um setor da normatividade penal que, em geral, só vem a receber positivação legal quando já existem regulamentações administrativas a disciplinar e a controlar uma determinada área ou atividade da vida social. Também faz todo sentido afirmar que esse aspecto de fundo deve preferir a um critério delimitador puramente formal-topográfico ⁽⁵²²⁾, isso já para o efeito de demarcá-lo de um modo bem nítido do chamado direito penal de Justiça.

É que o critério meramente formal, deve-se prontamente reconhecer, tem sido infirmado por recentes precipitações de matérias (no âmbito ou espaço gravitacional do direito penal dito “principal”) cuja proveniência remonta a ramificações do saber penal (tal como o direito penal ambiental [⁵²³]) que já

⁽⁵²¹⁾ De forma inteiramente pertinente, pronuncia-se FIGUEIREDO DIAS no seguinte sentido: “Serei o ultimo a contestar o bom fundamento da divisão do direito penal em dois âmbitos relativamente autônomos (...) a distinção entre um direito penal clássico ou de justiça e um direito penal administrativo ou secundário (que nada tem a ver com as categorias das contraordenações ou mesmo das contravenções). A tutela dos novos ou grandes riscos típicos da “sociedade de risco” deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal (...)”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”, *cit.* [n. 133], p. 54 e s.

⁽⁵²²⁾ Quer-se com isso expressar: um critério em que tudo o que gravita externamente ao *corpus* solidificado no Código Penal – independentemente de seu conteúdo – é, de imediato, considerado como direito penal acessório.

⁽⁵²³⁾ Dieter MEURER (“Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?”, *NJW* (1988), Heft 34, p. 2065 ss., p. 2066) alerta precisamente para uma desarmonia no âmbito do direito penal secundário

havia experienciado consolidação quer material, quer formal no direito penal secundário ⁽⁵²⁴⁾. A propósito, a parcial codificação (havida em Portugal, Alemanha, Espanha etc) do direito penal secundário (do ambiente) justificar-se-ia – advoga-se – em face da magnitude da ameaça e também em razão da vulnerabilidade do bem jurídico em causa ⁽⁵²⁵⁾. Parece então acertado pensar que um sólido traço característico que demarque nitidamente os campos ou áreas pertencentes ao direito penal principal do direito penal secundário, parece não existir. Pode-se até sustentar, sem receio, que um tal sulco divisor “será sempre muito fluido, quando não, indeterminável” ⁽⁵²⁶⁾.

De facto uma tal linha demarcatória revela-se tão indefinível que alguma doutrina simplesmente faz desaparecer por completo qualquer critério formal de diferenciação entre as mencionadas zonas da normatividade penal, vindo a sustentar que o direito penal secundário já não se confina ao repertório de leis penais ditas especiais (acessórias, avulsas ou extravagantes) – proposição que também tomamos por acertada –, para então assumir como de color “secundário” ou acessório tipos de ilícito que se surpreendam incorporados à legislação densificada no Código Penal, sempre que eles apresentarem como referente um setor da atividade social em que já existe “uma prévia atividade de controle exercido pelas autoridades administrativas” ⁽⁵²⁷⁾.

causada pela introdução de normas ambientais no Código Penal. Assinalamos, de modo lateral, que embora esse comentário haja sido elaborado tendo como modelo a legislação alemã, evidentemente, que ele também aplica-se ao caso português.

⁽⁵²⁴⁾ Lembrando que a doutrina alemã atual continua a valer-se do critério formal, bem como sustentando que o conceito de direito penal acessório em sentido formal “opõe-se ao de direito penal principal (*Hauptstrafrecht*), enquanto que desde um ponto de vista material contrapõem-se ao de direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*)”, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 26.

⁽⁵²⁵⁾ KÜHL, Kristian, “Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?”, *in: Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, Julian Nina-Rümelin e Dietmar Pfordten (org.), Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 245 ss., p. 258.

⁽⁵²⁶⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 31.

⁽⁵²⁷⁾ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 26.

5. Intersecção de uma dupla ordem de bens jurídicos

Chegados aqui cumpre recordar que a doutrina amplamente majoritária defende, com diferentes graus de tenacidade, que é função do direito penal a proteção de bens jurídicos ⁽⁵²⁸⁾. Não obstante isso, pode objetar-se que o bem jurídico talvez compareça, e não vai aqui qualquer exagero, como categoria particularmente sensível às refrações da “sociedade de risco” – designadamente sob o prisma político-criminal. D’outro lado, se mirarmos agudamente para esse postulado da normatividade penal haveremos de reconhecer que, muito embora se não possa recusar dignidade a bens jurídicos recolhidos pela luxuosa tutela constitucional, não é inteiramente correto afirmar-se, em apodítico timbre, que o bem jurídico é um mero derivado da Constituição ⁽⁵²⁹⁾.

Com isso não se está, evidentemente, a negar que é tarefa do direito penal garantir uma convivência livre e pacífica em sociedade, “assegurando a todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” ⁽⁵³⁰⁾; com isso

⁽⁵²⁸⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 22; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n. 17], p. 113 e s.; ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 16; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.*, [n. 54], p. 15; STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 41], p. 29; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, *ob. cit.*, [n. 75], p. 5; SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 1; WESSELS Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 4.

⁽⁵²⁹⁾ Claus ROXIN, na última edição de seu manual (*Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 16), já não utiliza a epígrafe “A derivação do bem jurídico da constituição”. Vale-se este autor de um outro título: “A derivação do conceito de bem jurídico a partir das funções do direito penal” e, também por essa razão parece afastar-se do entendimento que o bem jurídico-penal político-criminalmente comprometido só poderá provir de pautas constitucionalmente fixadas. Luís GRECO, discípulo do citado autor teutão, sustenta, no entanto, uma posição mais cautelosa. Com efeito embora entenda que o bem jurídico deve encontrar fundamento na Constituição, bem como ressalve que ele não pode assumir todo o conjunto de valores constitucionais, tendo precisamente em consideração o carácter aberto e impreciso da Constituição, posiciona-se no sentido de uma ponderação limitadora, porque “(...) Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o princípio da subsidiariedade, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima (...)”. V. GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, *cit.* [n. 513], p. 98 e 100.

⁽⁵³⁰⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 16.

apenas se está a encarecer que deve recusar-se uma visão estática de bem jurídico, tanto mais porque existem bens que só são constitucionalmente alçapremados, “rectius”, que só se encastram na luxuosa plataforma constitucional força de uma enriquecedora interação entre o direito penal (e sua dogmática científica) e o próprio direito constitucional – hábil a gerar uma dinâmica interpenetração normativa. Ou para dizer, e bem, com FARIA COSTA: há situações em que o próprio direito constitucional “assume como seu o conteúdo normativo que o ordenamento comum lhes empresta” ⁽⁵³¹⁾.

Mas também não pode desatender-se que do ponto de vista dos novos bens jurídicos de perfil coletivo ou macrossocial cumpre mesmo exigir-se uma maior vinculação político-criminal às pautas axiológicas da ordem fundamental: é que não ostentam eles uma historicidade penal mais densa de onde se possam facilmente arrancar conteúdos de dignidade.

Do que ficou pensado e articulado não sobeja réstia de dúvida que também nós defendemos uma *concepção dualista*, é dizer, advogamos a existência de uma dupla ordem de bens jurídicos: uma que tem fundamento na tutela da pessoa individual; outra que volve-se à proteção de valores coletivos ou supraindividuais – e que também pode ter lugar de modo plenamente autónomo (logo, sem referibilidade a qualquer interesse individual personificável) –, tudo a confirmar a importância em buscar-se equilibrar a tutela de todos os bens e direitos fundamentais.

Uma observação mais. Subscrevemos, *in totum*, o pensamento de COSTA ANDRADE quando, com total propriedade esclarece que “(...) os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como *valores* ou *fins* que esta se propõe perseguir” ⁽⁵³²⁾.

Insta aqui, finalmente, acentuar (mormente tendo em vista a relação de proximidade que entretém com o delito cumulativo) que no âmbito do direito penal secundário pode contemplar-se, sem maiores dificuldades, que, já em

⁽⁵³¹⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito penal*, cit. [n. 53], p. 198 s.

⁽⁵³²⁾ ANDRADE, Manuel da Costa, “Consenso e Oportunidade”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 332.

função das características imanentes às novas zonas de conflito social atraídas para o microssistema (acessório) do direito penal do risco, o referente supraindividual ou coletivo é que terminou por assumir uma destacada proeminência.

6. – Direito penal moderno e dinamização do critério do bem jurídico

Como já se deixou antever a proteção penal a bens jurídicos ⁽⁵³³⁾ – designadamente no contexto dos novos perigos – vem, par e passo, tornando-se cada vez mais complexa quer (como já referimos) em decorrência do fenómeno da multiplicação de bens jurídicos de contorno ou semblante coletivo, quer em vista de uma certa tendência que já faz algum tempo pode dividir-se, qual seja: uma paulatina abstrativização ⁽⁵³⁴⁾ desse aparelho conceitual.

Tal processo de volatização, convoca, segundo cremos, uma forte tensão – tanto mais que, acentuemo-lo também, fundamentalmente sinaliza para o surgimento de alguns afloramentos típicos sequer sustentados em bens jurídicos ⁽⁵³⁵⁾ –, quiçá já uma intensa fricção, não apenas com o princípio da fragmentaridade ⁽⁵³⁶⁾, mas, sobretudo, com o princípio da ofensividade ⁽⁵³⁷⁾.

⁽⁵³³⁾ À luz da rutilante ideia de fragmentaridade – e há de louvar-se, sempre, a dedicação com que ela desempenha o superlativo papel de guardiã da liberdade –, o bem jurídico viu-se seduzido e graficamente capturado por FARIA COSTA, como “pedaços de realidade que se afirmam como valores numa teia de relações axiológicas”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, ob. cit. [n. 25], p. 23.

⁽⁵³⁴⁾ Sobre isso, compulsar MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstracter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz*, (Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht, Band 14), Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994. Conferir, do mesmo autor, “Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal – sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien Jurídico crítica hacia el sistema”, *RdirPC*, n. 9, enero-2002, p. 169 ss.

⁽⁵³⁵⁾ V. o ponto 3.1, do Cap. V, *infra*.

⁽⁵³⁶⁾ Princípio penal altaneiro que, ao ressaltar o caráter seletivo da experiência normativa no território penal, termina por dar realce às limitadas margens de incidência do precipitado histórico-penal, ou seja, lança-se exclusivamente sobre contextos de vida timbrados de grave danosidade social. Vislumbrando – e na companhia do que pode, sem temor nem tremor, chamar-se de orientação doutrinária dominante – que a ideia de fragmentaridade leva em

Curial estabelecer que se a história do bem jurídico revela-se uma história da progressiva expansão da esfera de direitos personalísticos para a esfera de proteção de interesses difusos e de funções ⁽⁵³⁸⁾, é sobretudo a sua feição “moderna”, transsistemática e dinâmica que merecerá a nossa atenção. Dinamização do bem jurídico que pode ser melhor compreendida quando a submetamos a um foco bidimensional, em ordem a surpreendê-la:

a) como motor da tendência do direito penal “moderno” à proteção de bens jurídicos supraindividuais;

b) como protótipo funcionalizador do adiantamento ou antecipação, às vezes demasiada, da intervenção penal (tutela antecipada) ⁽⁵³⁹⁾.

Trata-se, segundo pensamos, desenganadamente de uma inclinação que encontra-se interlaçada com a própria fisionomia, melhor ainda, com os reais limites do direito penal moderno. Mas, e ainda nesse mesmo esteio, cumpre ponderar que ao enfrentarmos essa questão – sem audácias

consideração a gravidade do ataque a específicos bens jurídicos, SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, *ob. cit.* [n.354], p. 270.

⁽⁵³⁷⁾ *Nullum crimen sine injuria* a um bem jurídico. Sobre o princípio da ofensividade, em detalhe, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, *ob. cit.* [n. 63], esp. p. 174 *usque* 222. Uma profunda e aturada reflexão sobre o problema da ofensividade também já se pode flagrar em D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, *ob. cit.* [n. 91], esp. às p. 39 a 87.

⁽⁵³⁸⁾ Com efeito, segundo BARATTA, “a história do conceito (de bem jurídico) desde os seus primórdios, já a partir da famosa crítica de Birnbaum à concepção ‘individualista’ de bem jurídico de Feuerbach, foi uma história da crescente expansão da esfera dos direitos pessoais para interesses e funções difusas”. V. BARATTA, Alessandro, “Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 37], p. 406. Interpolamos.

⁽⁵³⁹⁾ Essa relação bem jurídico/antecipação da tutela tem levado um setor da doutrina, designadamente de extração germânica, a defender que o bem jurídico em vista dos novos perigos perdeu toda a potencialidade crítico-limitativa. Nesse mesmo contexto, imposto pelas margens móveis da realidade, tem-se vindo também a defender o seu pontual afastamento da zona dos novos perigos, inclusive.

excessivas – não devemos nos demover de assinalar que a intervenção penal⁽⁵⁴⁰⁾ toca proceder de modo responsável e equilibrado, tudo a demandar uma implicada identificação ou desocultação de bens jurídicos, cujas dignidade (lesividade social) e necessidade ou carência de tutela penal precisam, isto é irrenunciável, ser sempre confirmadas e reconfirmadas.

7. Os “ramos emergentes” do direito penal moderno

Manipulações genéticas reificadoras ⁽⁵⁴¹⁾ (que podem afetar a dignidade humana e instrumentalizar as gerações futuras); disseminadas contaminações de produtos alimentícios; dramáticas e “globalizadas” alterações climáticas possivelmente postas em movimento pelos constantes e cumulativos golpes civilizacionais (antropocênicos) sobre o meio ambiente ⁽⁵⁴²⁾ descortinam um mundo novo e armadilhado por novos e grandes perigos, muitos dos quais insuscetíveis de submissão às coordenadas espaço-temporais, e que parecem exercer uma incontornável pressão para a formação de um âmbito normativo

⁽⁵⁴⁰⁾ Mesmo ainda quando tenha lugar na zona turbulenta em que os novos perigos colocados a girar pela *hybris* civilizatória descrevem a sua órbita.

⁽⁵⁴¹⁾ Voltadas para uma questionável seleção eugênica positiva mediante, e.g., artificial modificação das células germinais humanas, com possibilidade de diluir a “fronteira entre pessoas e coisas”. Realmente, os atuais processos de intervenção no genoma humano traduzem um potencial “incremento da liberdade”, e levaram HABERMAS a perguntar-se sobre a necessidade de adequada regulamentação normativa. V. *O Futuro da Natureza Humana*, ob. cit. [n. 194], p. 52.

⁽⁵⁴²⁾ SIMONIS considera que são antropogênicas as causas do fenómeno – conhecido como “efeito estufa” (“Treibhauseffekt”) –, que tem vindo a desestabilizar o sistema climático global, provocando, por exemplo, o derretimento dos glaciares e da calota polar do ártico. Este autor apresenta um cenário dramático tributável a um prognóstico de aumento do espelho d’água dos oceanos (entre 18 e 59 centímetros) ainda neste século, algo que, a confirmar-se, poderá afetar profundamente cerca de um terço da população mundial (contingente que vive atualmente numa faixa de 60 quilômetros das respectivas linhas costeiras do globo). V. SIMONIS, Udo, “Weltumweltpolitik – Entwicklung, Stand und Perspektiven”, in: *Universitas – orientierung in der Wissenschaft*, 63 Jahrgang, n.º. 745 (2008), Heft 9, p. 897 ss., p. 902. Para uma compreensão, em pormenor, do efeito estufa e de outros possíveis “cataclismos” ambientais, v. MCKIBBEN, Bill, *The End of Nature*, ob. cit. [n. 257].

que emerge ⁽⁵⁴³⁾ ou destaca-se por apresentar uma relativa autonomização do do direito penal moderno, força de uma peculiar e mais saliente vocação para a tutela do futuro.

Cuida-se, com efeito, de uma área da normatividade mais recentemente incorporada ao sistema de regras e sanções orientadas à reação à criminalidade, na qual a antecipação da tutela não se implica como um mero *quid* acessório, pois constitui, quiçá, o elemento dominante e fundante de tais ilícitos típicos relacionados à proteção do futuro – afinal chamados a reforçar a expansão da atribuição (“Zurechenungsexpansion” ^[544]) da responsabilidade penal.

Dito de outro modo: o ostensivo manejo do ferramental da antecipação da tutela mercê, sobretudo, do instrumental do perigo abstrato não comparece aqui como mero traço indiciador, antes como uma marca ou característica medular do direito penal do risco: um direito penal fortemente preventivo e que também começa a afeição-se à ideia de acumulatividade.

Por vias disso, na dimensão em que os riscos, melhor, o perigo vem paulatinamente a conquistar uma centralidade ímpar no nosso horizonte histórico – como fenômeno socialmente perceptível, inclusivamente –, ele primeiro é objeto de recepção programática político-criminal, para em seguida projetar-se ou ser catapultado para as malhas normativas do multiverso penal, onde os crimes de perigo abstrato (não um qualquer perigo concreto) passam a

⁽⁵⁴³⁾ Em nosso parecer Augusto SILVA DIAS (*Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 18 s.) fundamenta de modo bem argumentado, com alicerce tanto na necessidade de um maior grau de especialização, sem “ruptura com a totalidade”, restrita a “especificidades (...) tanto ao nível do objeto, como ao nível metodológico”, bem como com baldrame em “razões materiais específicas de teoria da sociedade”, a *autonomização* (em relação ao direito penal nuclear) de uma específica disciplina acadêmica capaz de conglobar tanto o estudo dos crimes contra o ambiente, como contra “certos bens jurídicos fundamentais do consumidor e contra a identidade e inalterabilidade genética do ser humano”, entendendo, aliás, que se trata de um “dos muitos grupos de incriminações que constituem o chamado Direito Penal moderno”.

⁽⁵⁴⁴⁾ Vendo nesse conceito uma resposta cultural proveniente do avassalador crescimento das possibilidades de intervenção – por ação ou omissão – do homem sobre a natureza, LÜBBE, Weyma, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg; München: Karl Alber, 1998, p. 224.

jogar um destacado papel, assumindo uma importância medular na estratégia de domesticação do futuro, vindo, dessarte, a experienciar um processo de gradual autonomização dogmática, podendo então falar-se já em um novo subterritório normativo: um “direito penal do risco” ⁽⁵⁴⁵⁾.

Donde, é bem de ver, nem todo direito penal dito “moderno” é direito penal do risco. Este constitui apenas um segmento daquele, estruturando-se mediante tipos de ilícito que projetam os efeitos da conduta para o futuro e, dentro do setor do direito penal moderno que pode efetivamente ser caracterizado como direito penal do perigo remoto (forte em razão da já mencionada presença mais forte de crimes de perigo abstrato) – particularmente condicionado pela dinâmica da tardomoderna sociedade “de risco” – incluímos as seguintes zonas da normatividade penal: meio ambiente, delitos de consumo e biogenética humana.

Ou seja, estamos aqui em presença de um setor bem delimitado, cujas incriminações (*de lege lata*), de regra, encontram-se hospedadas na malha do direito penal secundário ⁽⁵⁴⁶⁾. Ressaltamos, porém, que nesse estágio da investigação não iremos coligir nem esmiuçar as críticas, de espectro deveras amplo ⁽⁵⁴⁷⁾ e, aliás, por demais conhecidas, que um importante seguimento doutrinário ⁽⁵⁴⁸⁾ deduz contra o direito penal do risco, principalmente o

⁽⁵⁴⁵⁾ Estimando que os delitos de perigo podem ser perspectivados como “protótipo do direito penal do risco”, PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 153.

⁽⁵⁴⁶⁾ Âmbito normativo que não antagoniza, antes complementa o direito penal “principal” ou de justiça.

⁽⁵⁴⁷⁾ Algumas das principais objeções que se faz ao direito penal do risco pode-se, à guisa de prelibação, elencar de modo bem esquemático: que se trata de um direito penal hipertrofiado com abusiva (aspecto quantitativo) utilização de bens jurídicos coletivos; demasiada prodigalização dos tipos penais de perigo abstrato; flexibilização de critérios de imputação penal, tanto objetivos quanto subjetivos; além disso, também se alega que o direito penal do risco não passaria de um “direito penal do inimigo”. Enfim, afirma-se que se trata de um direito penal que perdeu o trilho da fragmentaridade, transfigurando-se em um direito penal refém de uma política criminal proclive à expansão incontrolada da malha penal.

⁽⁵⁴⁸⁾ Muitas delas assestadas pelos representantes da Escola de Frankfurt. Ver, por todos: ALBRECHT, Peter-Alexis, “Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, *cit.* [n. 295], p. 182 ss.; CALLIES, Rolf-Peter, “*Strafzwecke und Strafrecht*”, *cit.* [n. 12], p. 1338 ss.; HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg: Decker, 1991, esp. p. 48 ss.

problema da alegada ineficácia – com poder para converter suas normas em um aglomerado meramente simbólico ⁽⁵⁴⁹⁾. Todavia, sempre que necessário ao enriquecimento do discurso crítico-dialógico dar-se-á voz a tais críticas ⁽⁵⁵⁰⁾.

8. Algumas características específicas dos “novos perigos” e o problema da imputação da responsabilidade penal diante da opacidade das conexões causais

Já colocadas algumas questões bem próximas ao núcleo duro da nossa pesquisa tudo nos conduz a no presente tópico sondar as características mais salientes dos novos perigos – afinal, em riscos sociais já modificados. Nesse

⁽⁵⁴⁹⁾ Apressuramo-nos em explicitar que a objeção nodal à recepção desse topos no arco do saber penal centra-se no seguinte argumento: os novos perigos não podem ser eficazmente evitados. Daqui parte-se para a seguinte conclusão: qualquer incursão normativa nesse domínio teria uma natureza puramente simbólica, ou seja, prestar-se-ia, apenas e tão-somente, a serenar e tranquilizar uma população insegura. Sobre o problema de uma legislação simbólica no âmbito do que denomina de “direito penal de segurança” (“Sicherheitsstrafrecht”), mediante o qual a política criminal estaria orientada a promover “segurança real”, mas que, inversamente, terminaria tão-só por deslocar o problema dos conflitos de facto para o plano normativo e contrafático da negação do conflito, KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 232 e s; defendendo que a “pressão de prevenção da sociedade de risco incita a uma política criminal simbólica”, MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, *ob. cit.* [n. 312], p.55. No âmbito mais nuclear da Escola de Frankfurt, veja-se: HASSEMER, Winfried, *Strafen im Rechtsstaat. Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik*, Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 170 ss.; e, VOSS, Monika, *Symbolische Gesetzgebung – Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach: Rolf Gremer, 1989. Entendendo que o direito penal “pós-moderno” equipara-se a um direito policial preventivo, e que isso muito fica a dever ao facto de a ideia de segurança haver se transformado em um “conceito simbólico”, ALBRECHT, Peter Alexis, “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, *cit.* [n. 440], p. 194. Para uma interessante análise envolvendo uma categorização do direito penal do ambiente como direito penal simbólico, v. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 461 ss.

⁽⁵⁵⁰⁾ Também não abordaremos aqui de modo vertical as questões relacionadas à estrita dogmática do risco (teoria da criação do risco, teoria do incremento do risco, dolo de risco – sobre isso, por todos, PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 323 ss.) que, entre outros problemas, estuda a questão da minimização dos riscos para os bens jurídicos.

ritmo, vem a propósito, em esquema-síntese bem espartilhado, elencar tais características, nomeadamente aquelas que se mostram mais prováveis de alcançar alguma refração normativa no sistema jurídico-penal:

- a) via de regra os novos perigos são ativados a partir de condutas humanas não intencionais (daí a já referida tipificação amplificada da negligência);
- b) as coordenadas tanto espaciais como temporais ao contrário do que transcorria com os perigos tradicionais, colapsam, *i.e.*, não constituem elas qualquer limite ou barreira aos novos perigos (donde o recurso cada vez mais frequente a mecanismos de antecipação da tutela penal ⁽⁵⁵¹⁾, por mor a utilização da “técnica” do perigo abstrato;
- c) fatores como imprevisibilidade e potencialidade para produzir catástrofes os torna pouco suscetíveis de calculabilidade, logo os tradicionais instrumentos de cobertura pública ou privada fracassam. Numa palavra: os novos perigos são inseguráveis e insusceptíveis de reparação pecuniária;
- d) consagradas categorias ético-jurídicas de atribuição da responsabilidade – fundamentalmente causalidade ⁽⁵⁵²⁾, autoria e culpa – malogram “enquanto censura

⁽⁵⁵¹⁾ Merece mencionada assertiva no sentido que “(...) A tutela penal conhece duas formas de antecipação: antecipação da técnica de tutela de que são exemplo paradigmático os crimes de perigo abstrato, e antecipação do objecto de tutela, constituída por bens jurídicos prévios e autônomos relativamente aos bens jurídicos individuais”. V. SILVA DIAS, Augusto. “Entre Comes e Bebes”: Debate de Algumas Questões Polêmicas no Âmbito da Protecção do Consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996), *RPCC*, a. 8, fasc. 4, 1998, p. 515 ss., p. 519, na nota n. 17. Sem embargo, cumpre notar que tal concepção parece render ensejo a uma visão fortemente instrumentalizadora dos bens jurídicos de dimensão coletiva ou supraindividual, que, segundo pensamos, deve ser evitada se não quisermos recusar-lhes autonomia e independência.

⁽⁵⁵²⁾ No dizer de WOLF (*in*: “Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft“, *cit.* [n. 99], p. 388) a sociedade de risco desvaloriza não só a culpa, mas também a causalidade.

individualizada” diante de perigos possuidores “de carácter espacial e temporalmente expansivo” ⁽⁵⁵³⁾, que, não raro, procedem da ação coletiva.

Cabe aduzir que os novos perigos habitam esferas da vida em que são observáveis certas transformações cuja fenomenologia tem-se tentado traduzir com a expressão “aumento da complexidade”, com a qual pretende-se descrever a acentuada intensificação das interconexões causais que lhes seria ingênita, tudo a torná-los intransparentes ⁽⁵⁵⁴⁾ – ou, quiçá, indecifráveis; por outra margem, em situações outras, pode sequer existir uma qualquer interação causal significativa ou um curso causal naturalístico passível de verificação, força já da impressiva distância temporal entre conduta e resultado.

Embora não estime o *topos* “sociedade de risco” como um operativo ponto de apoio para a dogmática, um autor como SCHÜNEMANN concede que mesmo no específico espaço da normatividade penal é possível constatar a existência de refrações do que denomina de um “assombroso aumento das conexões causais”. Este autor observa que tornou-se impraticável, em razão da existência de uma espessa malha de indústrias e empresas demonstrar-se, a partir de uma singular conexão causal, a entrada de um qualquer dano, por exemplo, para a saúde dos habitantes de uma dada localidade, dano este que todavia poderá ter como causa primária emissões de substâncias nocivas produzidas por um bem específico empreendimento industrial. Daí elencar como uma das características desta nossa “sociedade de risco” (apesar de desautorizar este *topos* argumentativo) a incapacidade dos atuais métodos e instrumentos científicos – dada a já referida “multiplicidade de conexões causais” – para esclarecer, cientificamente, as complexas combinações que podem interatuar na produção de um resultado danoso ⁽⁵⁵⁵⁾. Tratar-se-ia, é

⁽⁵⁵³⁾ Augusto Silva DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 23 e s.

⁽⁵⁵⁴⁾ Como na hipótese de tratar-se de contextos integrados por um grande número de indivíduos, interatuando em um sistema de intensiva divisão de trabalho, funções e competências, *e.g.*: em uma grande empresa.

⁽⁵⁵⁵⁾ Uma outra importante característica da “sociedade de risco” anotada, no mesmo local, por SCHÜNEMANN encontra-se na substituição de contextos individuais de ação por contextos de ação coletivos, em que o contato humano interpessoal (“individuelle zwischenmenschliche

bem de ver, de situações em que o saber científico-nomológico como “instância última” ⁽⁵⁵⁶⁾ parece sucumbir ⁽⁵⁵⁷⁾ em face da contingência, complexidade e incerteza dos grandes perigos.

Os novos perigos, vale lembrar, normalmente são pouco perceptíveis ou não são de todo capturáveis pelos sentidos (o que obviamente não colabora para que se possa recorrer às regras da experiência), ou “somente indiretamente se mostram sondáveis pela ciência” ⁽⁵⁵⁸⁾. Razão pela qual o tradicional modelo baseado em leis causais gerais e nexos causais bem precisos, parece revelar-se inepto para lidar com muitos dos novos problemas⁽⁵⁵⁹⁾.

No entanto, deve ter-se presente que, com o avanço do conhecimento (científico) causal (Kausalwissen), diminui a incerteza e incalculabilidade das consequências das ações em cadeia ou rede. Por outra raia, embora seja, de regra, assaz dificultoso fixar-se uma bem definida responsabilidade individual, *maxime* porque decisões de grande importância não são de um modo geral tomadas por indivíduos isolados, mas sim por pessoas dentro das organizações, já é possível imputar responsabilidade penal à própria organização – que “entra em cena como ente decisor” ⁽⁵⁶⁰⁾.

Também não se desconhece que muitos desses novos perigos são produzidos ou têm lugar em contextos espaço-temporais de dimensão nada desprezível e, não raro, são ativados mercê de comportamentos ⁽⁵⁶¹⁾ coletivos

Kontakt”) é substituído por uma “forma de comportamento anonimizado e estandardizado”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p. 211.

⁽⁵⁵⁶⁾ NEVES, A. Castanheira, “Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade”, *cit.* [n. 142], p. 9.

⁽⁵⁵⁷⁾ No que toca particularmente a certos fenômenos que têm lugar no ambiente natural (designadamente o *sinergismo*) a ser estudado no Capítulo VI, *infra*, são bem conhecidas as dificuldades em identificar-se leis deterministas (de extração causal-mecanicista) susceptíveis de aplicação ao caso concreto.

⁽⁵⁵⁸⁾ LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 428.

⁽⁵⁵⁹⁾ Sobre o princípio de precaução e sua valência para o direito penal, mormente sua imbricação com o delito cumulativo, v. o Cap. VI, ponto 6.9, *infra*.

⁽⁵⁶⁰⁾ KAUFMANN, Franz-Xaver, *Der Ruf nach Verantwortung, ob. cit.* [n. 179], p. 13.

⁽⁵⁶¹⁾ Sobre o direito penal de asseguaração do futuro como um direito penal do comportamento, v. o Cap. IV, *infra*.

ou massificados – isto sem que haja qualquer vínculo de autoria ou participação. Cuida-se, com efeito, de situações em que um sem-número de contributos (microcontributos) singulares vêm a aglutinar-se para produzir, e.g., uma contaminação das águas ou uma poluição do ar atmosférico.

Do exposto é exato exprimir-se que ataques ao ambiente podem ter lugar quer pelo *agir coletivo*, a produzir microlesões quotidianas (que uma vez somadas ou cumuladas podem descortinar um horizonte deveras ameaçador), quer mediante (e em não reduzida medida ou dimensão) uma massiva sobrecarga imposta – sem trégua nem descanso – às redes (ecológicas) da vida ⁽⁵⁶²⁾ pela atividade industrial, tanto *local* como *global*.

Estabelecidas algumas das premissas que irão balizar a nossa atenção, cabe, por ora, deixar deslizar duas instigantes e criticamente desafiadoras indagações: a) é o delito cumulativo objeto de estudo na presente investigação o preço a pagar pelo cumprimento de uma promessa de proteção penal ecológica?; b), constitui-se ele o mecanismo adequado à construção de uma ecodesenvolvimentística prudencial-racional dotada de capacidade em obviar que num horizonte temporal lato se não tenha que autopsiar (sejam-nos elas simplesmente adjacentes ou imensuravelmente remotas) as gerações futuras?

Bem, no presente trabalho talvez só se mostre possível uma resposta aproximativa, e uma tal resposta também dependerá, em boa medida – como teremos oportunidade de mais adiante o demonstrar – de aceitarmos uma *relativa dependência* do direito penal face ao direito administrativo ⁽⁵⁶³⁾.

Ainda uma outra indagação medular – esta diretamente decorrente de vir a dar-se uma resposta afirmativa àquela indagação primeira – e que pergunta

⁽⁵⁶²⁾ Sem qualquer intencionalidade em dramatizar o perigo e igualmente sem pretendermos introduzir no discurso conjecturas retóricas, em face do turbilhão de partículas em suspensão que vaga pelo mundo podemos dizer – fazendo aqui um pequeno “ajuste” no elemento tonalidade em uma bastante conhecida reflexão goethiana –, que “(...) Para compreender que o céu é *plúmbeo* por toda a parte não é preciso dar a volta ao mundo”. V. GOETHE, Wolfgang, *Máximas e Reflexões*, 4^a. ed., trad. Afonso Teixeira da Mota, Lisboa: Guimarães Editores, 2001.

⁽⁵⁶³⁾ Neste registo é bom salientar que, segundo pensamos, aponta HEINE na direção certa quando exprime que o direito penal, no que respeita a definição da criminalidade ambiental, “não é livre”. V. HEINE, Günther, “Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes”, *ZStW* 101 (1989), Heft 3, p. 722 ss., p. 723.

se deverá o direito penal (ambiental) lançar a sua malha de modo uniforme sobre todos (indivíduos e empresas), ou se antes deve o seu arsenal, agora ampliado com a entrada em cena da dogmática da acumulação, concentrar-se, exclusivamente, naquelas condutas detrimetosas ao tecido ecológico que venham a se desenvolver no “contexto da atividade empresarial” ⁽⁵⁶⁴⁾.

Outra relevante questão que se põe (e que efetivamente tem sido posta pela doutrina especializada, força dessas novas componentes que vieram agregar-se à já complexa moldura do real) toca fundamentalmente ao problema da atribuição da responsabilidade. É que, se bem vemos as coisas, para mais do problema da prova ⁽⁵⁶⁵⁾ (que não será, evidentemente, objeto de investigação nesta tese), avulta, e de um modo bem singular, a dilemática concernente à imputação individual de uma culpa pela produção de um resultado que aparenta comparecer – seja ele de dano ou seja de perigo – como obra do atuar coletivo, e não como uma intencionalidade ou propósito de uma vontade individual finalisticamente dirigida.

Não por outra razão alguma doutrina fale já em uma “irresponsabilidade individual estrutural” (HEINE), vez que tem como deveras dificultoso, senão impossível, reconhecer as ações e individualizar os autores, é dizer: estabelecer uma culpa individual. Fica-se então, dito agora de forma prosaica, entre a cruz (uma alarmante irresponsabilidade individual) e a espada (uma questionável responsabilidade penal objetiva por um agir coletivo).

8.1. Responsabilização coletiva como resposta dogmática a uma irresponsabilidade individual estrutural ?

Perante cadeias ou feixes de ações cada vez mais prolongados e intensamente entrelaçados avulta, em aparente paradoxia, o significado *social* do comportamento individual, cujas consequências à *la longue* – em um mundo

⁽⁵⁶⁴⁾ Questionamento que guarda próxima simetria com aquele que acabámos de inserir no enredo ora em urdidura pode encontrar-se em Günther HEINE (“Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes”, *cít.* [n. 563], p. 724).

⁽⁵⁶⁵⁾ Posto que, como pusemos em destaque, e de modo bem preciso, aqueles contributos parcelares e mínimos não são apenas plurais, pois eles também revelam-se algo anônimos (aliás, como gosta SCHÜNEMANN de vincar, em sociedades hipercomplexas como a nossa, as relações sociais são relações anonimizadas e poligonais).

progressivamente complexo e vertiginoso – tornam-se, mais e mais, opacas e imprevisíveis.

Um tal quadro é peculiar a pelo menos duas situações da vida contemporânea: os contextos organizacionais e os contextos de acumulação. Tais esferas da realidade têm um elemento comum: uma tendência natural para atraírem – força de uma aparente inaptidão, por mor no âmbito da tutela do ambiente, do *instrumentarium* convencional para uma adequada imputação penal em situações de “causalidade múltipla” ⁽⁵⁶⁶⁾ – uma orientação voltada para a imputação individual em hipóteses de virtual irresponsabilidade estrutural coletiva ⁽⁵⁶⁷⁾.

Com a paulatina ampliação dos conhecimentos técnico-científicos, observa-se, há algum tempo, uma tendência da “moderna” política criminal em tentar refrear ou conter o avanço dos chamados “grandes perigos” – mormente

⁽⁵⁶⁶⁾ SHÜNEMANN, Bernd, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 133 ss., p. 154.

⁽⁵⁶⁷⁾ Para SEELMANN a responsabilização individual por um facto de responsabilidade coletiva alcança sobretudo os crimes de omissão. Isto ficaria a dever-se a uma pluralidade de motivos, mas, sobretudo, a “um aumento na divisão do trabalho e automatização dos procedimentos”, que conduziria a uma acentuada segmentação da responsabilidade. Também constata o autor em destaque que um número cada vez maior de pessoas vê-se submetido a tais processos, que as tornam “socialmente dependentes de que os outros façam a coisa certa e não apenas se abstenham de fazer a coisa errada”. Observa, ainda, com esteio em HEINE, que é nesse ambiente que tanto a responsabilidade penal pelo produto como a responsabilidade empresarial têm vindo a desenvolver-se. Aduz, que no que toca aos factos realizados no âmbito empresarial, força da própria “complexidade e fragmentação dos comportamentos”, não raro a imputação da negligência recai em um indivíduo ou em um grupo de indivíduos, e.g., devido a uma alegada “omissão nas medidas de controle”. Defende, outrossim, que teria sido “a partir da combinação de delitos de omissão imprópria com extrapolações da cumplicidade tradicional e flexibilização do conceito penal de causalidade”, que veio a lume uma nova jurisprudência (menciona o BGHSt 37, 106 ff., 126 ff.) respeitante às decisões no âmbito das organizações colegiadas, a apontar como direção de rumo que “(...) quem individualmente considerado não tiver se empenhado suficientemente em prol do voto adequado, responde pelo resultado global e, portanto, também pela omissão de uma medida de ‘recall’”. De seguida arremata: “isso não pressupõe nem sequer uma causalidade hipotética, nem uma deliberação delituosa conjuntamente compartida”. V. SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, ob. cit. [n. 474], p. 11 e s.

em função do aumento do clamor público por “segurança” ⁽⁵⁶⁸⁾ – mediante criação de novas zonas de responsabilidade coletiva, a ensejar uma responsabilização individual em contextos (setoriais) de risco coletivamente produzido, movimento que pode concorrer para uma dissipação da subjetividade.

De esclarecer que quando em direito penal fala-se numa responsabilidade coletiva está-se a mirar para aquelas situações em que é já possível uma imputação individual por sucessos coletivamente (não raro de modo massivo) determinados. Para SEELMANN tal responsabilização não só fica a depender de uma decisão, como é resultado de uma construção que torna a fronteira entre responsabilização individual e colectiva assaz tormentosa, ou até questionável. Também, sustenta, com inegável acerto, que a “imputação do agir coletivo ao indivíduo é um ato normativamente construído”⁽⁵⁶⁹⁾.

Vale registar que não se desconhece que a dogmática penal tradicional contém um elenco de institutos em que é possível flagrar, e sem muita dificuldade, traços mais ou menos nítidos de responsabilidade coletiva, isto é: responsabilidade individual pelo agir coletivo. Basta pensarmos no concurso de agentes (autoria e participação) ⁽⁵⁷⁰⁾, nos casos de associação criminosa

⁽⁵⁶⁸⁾ Com o risco de sacrificarem-se inocentes. Com efeito, alerta-nos STELLA que o “sacrifício de inocentes” parece constituir, para não poucos, o “preço que as democracias devem pagar para garantir segurança”. Para este autor, contudo, a proteção do inocente, mercê de tutela real e efetiva dos direitos fundamentais do indivíduo, é um eficaz “anticorpo” contra transformações e tendências que considera autoritárias e até totalitárias. V. STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, ob. cit. [n. 28], p.14 e 22.

⁽⁵⁶⁹⁾ SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, ob. cit. [n. 474], p. 8 e s.

⁽⁵⁷⁰⁾ Há doutrinadores que mencionam expressamente que na coautoria existe responsabilização por uma ação coletiva, conquanto esta seja fruto de uma decisão comum. Por todos, LESCH, HEIKO, “Gemeinsamer Tatenschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?”, *JA* (2000), Heft 1, p. 73 ss., p. 76. Assim, sujeito de imputação é, em primeiro plano, a comunidade de agentes e, por meio desta comunidade, cada indivíduo singular pelo contributo que ofertam ao comportamento coletivo (num contexto de divisão de trabalho); também nos casos de autoria indireta (“mittelbaren Täterschaft”) fala-se numa “responsabilização coletiva hierarquizada”, bem como que aparentemente sempre teria existido, relativamente ao autor direto, um “defeito de atribuição”, posto que o agir do “homem

(quadrilha ou bando), assim como nos delitos omissivos. Não obstante, precipitados normativos mais recentes e, sobretudo, o chamado direito jurisprudencial parecem revelar uma tendência para a ampliação das técnicas de imputação individual, fazendo-as derivar, então, de uma responsabilidade coletiva (⁵⁷¹), posto que grande parte dos danos e dos novos perigos, seja no plano da ação, seja no quadro da omissão, é coletivamente causada, dando assim lugar ao que se tem vindo a denominar de “responsabilização coletiva de grupos de pessoas não organizadas” – que um setor da doutrina também designa como *responsabilidade randômica*.

8.2. Responsabilidade individual no contexto de uma “random collection”

Fala-se, a traço grosso, em uma “random collection” naquelas hipóteses em que um grupo de pessoas não organizado depara-se, “fortuitamente”, com

por detrás” dirige, com superioridade de conhecimento ou de determinação, o curso causal. Mas, aqui, ao contrário do concurso de agentes (cumplicidade) já se fazia possível “destilar-se um único responsável”. Todavia, essa possibilidade, acentua SEELMANN (*Kollektive Verantwortung im Strafrecht, ob. cit.* [n. 474], p. 8 ss.), torna-se cada vez mais rarefeita na jurisprudência recente acerca do domínio organizacional do facto, hipóteses em que a ação é atribuída a todo um sistema de ação, como sói ocorrer, e.g., nos chamados processos envolvendo agentes que guarneciam o muro divisor da Alemanha (“Mauerschützenprozessen”): “um sistema de criminalidade estatal organizada”. Também anota o referido autor que o Tribunal Federal (BGH) já anunciou poder valer-se desta construção em situações envolvendo organizações mafiosas e criminalidade econômica organizada.

(⁵⁷¹) Em sentido aproximado, SEELMANN, que evoca além dos chamados “processos dos guardiões do muro”, a criação de tribunais *ad hoc*, e mais recentemente, o Tribunal Penal Internacional (v. SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht, ob. cit.* [n. 474], p.8). Mister ainda anotar que FERNANDA PALMA, em obra a todos os títulos indispensável, destaca que “(...) a própria análise histórica traça grandes linhas de explicação causal dos comportamentos, deixando por vezes emergir condicionalismos sociais inelutáveis explicativos dos comportamentos individuais. São frequentes as situações históricas em que avulta uma esmagadora responsabilidade coletiva, sobrepondo-se à responsabilidade individual. O contexto histórico do nazismo é um exemplo expressivo e limite de orientação desviante de uma comunidade em que os comportamentos individuais, que hoje consideramos delinquentes, se inseriam e justificavam (...) não pode deixar de se reconhecer que há uma tensão entre os determinismos históricos ou sociais (que as análises da História e da Sociologia revelam) e os pressupostos da responsabilidade jurídica”. V PALMA, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 23.

uma circunstância na qual uma conduta ilícita está em desenvolvimento, ou então naquelas situações em que, apenas e somente para o efeito de operar-se uma responsabilização por uma determinada conduta desviante, certos indivíduos veem-se “definitoriamente reconhecidos como um grupo” ⁽⁵⁷²⁾.

Ou seja, aqui já não estaríamos mais no âmbito de discussão da responsabilidade dos chamados “atores corporativos” (tal como empresas, associações etc) ou dos integrantes de uma assembleia de diretores de empresa (“atores coletivos”), mas sim de “quase grupos não organizados de pessoas” (coleções meramente aleatórias) que, *in totum*, podem produzir, e.g., um efeito degradante sobre o meio ambiente ^(573/574).

Releva vincar que há quem defenda (LÜBBE) que a importância de tais imputações randômicas no âmbito do direito penal moderno avulta precisamente com o delito cumulativo ⁽⁵⁷⁵⁾, na dimensão em que de acordo

⁽⁵⁷²⁾ SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, ob. cit. [n. 474], p. 10.

⁽⁵⁷³⁾ Neste sentido, LÜBBE, WEYMA, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, ob. cit [n. 544], p. 23.

⁽⁵⁷⁴⁾ Referindo, ao tratar da responsabilidade coletiva em direito penal, a outros contextos normativos (para além dos crimes contra o meio ambiente) em que tal “técnica” tem sido utilizada, citando expressamente os crimes de genocídio e demais crimes contra a humanidade, reconhecendo, então, que a chamada “random collection” é um mecanismo de imputação de responsabilidade que apresenta uma “importância tendencialmente crescente” para o direito penal internacional, SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, ob. cit. [n. 474], p. 10.

⁽⁵⁷⁵⁾ LÜBBE enxerga uma crescente relevância desse conceito no âmbito dos atuais debates envolvendo a responsabilização individual por danos ambientais, pois estes resultam do acumular de milhares de atividades diárias que, todavia, não são executadas pelos indivíduos em cooperação com outras partes interessadas, “pelo contrário cada qual age como age porque seu comportamento possui um sentido, eventualmente mais sentido do que em combinação com as ações dos demais”. Assim, por exemplo, “quem diariamente faz uso do automóvel para ir ao trabalho não o faz com o propósito de contribuir para o congestionamento diário de tráfego”. Segundo a autora em comento, ao que parece é principalmente esta situação intencional (“Intentionslage”) específica que distingue esses casos da cumplicidade, situações estas em que, como se sabe, “faz-se um acerto visando obter um efeito nocivo”. A mencionada autora pergunta-se então se seria esta a razão fundamental por que, por exemplo, como “usuários de refrigeradores não nos sentimos como homicidas, embora já tenhamos escutado acerca de dados estatísticos que demonstram que um ou outro australiano contraiu

com a ideia de acumulatividade os problemas derivam dos atos-contributo de uma pluralidade de pessoas, e não mais de um sujeito individual ⁽⁵⁷⁶⁾.

Se verticalizarmos a análise do problema da responsabilidade individual em uma esfera da realidade particularmente sujeita à conglomeração de condutas como o é o tecido meio-ambiental, ela bem poderá remeter-nos a uma ideia de dever de cuidado para com o futuro capaz já de legitimar o dito procedimento randômico de imputação; e, deste modo, o comportamento ou contributo singular do agente individual venha então, quiçá, a ser objetivamente imputado como se fora, e agora numa imagem translata, “fragmento de um mosaico” ⁽⁵⁷⁷⁾ cuja soma total das partes ou imagem global (quando projetada no tempo diferido) reenvia-nos tanto a um dano ao bem jurídico (algo plenamente concebível), como à ideia de um *macrossujeito* em contínuo movimento delitivo (algo inaceitável em termos jurídico-penais).

Com efeito, a seguir-se bem de perto a ideia de imputação aleatória, macrossujeito pode já não ser a empresa, mas a “humanidade” inteira (a comparecer como sujeito passivo da relação processual?) – cuja apresentação no foro criminal caberá a alguns indivíduos aleatoriamente selecionados realizar. De assinalar, em adminículo, que um tal randomismo parece aflorar quando miramos mais atentamente os tão conhecidos “*déficits* de execução” ínsitos à persecução da criminalidade ambiental (a evidenciar, por outro lado, isto é meridiano, a existência de extensivas *cifras negras*).

Tal moldura também se aproxima, mas não se confunde, com aquilo que alguns autores, em situações em que os fatores determinantes de um sucesso permanecem desconhecidos, têm vindo a chamar, não sem uma entonação crítica – forte no que toca a estratégias jurisprudencialmente desenvolvidas

um melanoma maligno em decorrência do buraco de ozônio, que ao final lhes causou a morte”. V. LÜBBE, Weyma, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, ob. cit. [n. 544], p. 164.

⁽⁵⁷⁶⁾ Sobre o problema da responsabilidade coletiva sob um ângulo estritamente ético, MELLEMA, Gregory F., *Collective Responsibility*, Amsterdam; Atlanta: Editions Rodopi, 1997; *Collective Responsibility – Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*, edited by Larry May e Stacey Hoffman, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1991.

⁽⁵⁷⁷⁾ Falando, em sentido acentuadamente crítico, em contributos como “fragmentos de um mosaico de futuras ações hipotéticas cuja adição pode produzir uma lesão ao bem jurídico”, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, cit. [n. 97], p. 465.

para superar dificuldades no âmbito da responsabilidade penal pelo produto⁽⁵⁷⁸⁾ – de *causalidade geral*, figura que também pode ser decifrada como uma construção derivada do processo de flexibilização ⁽⁵⁷⁹⁾ da causalidade específica (científico-natural [⁵⁸⁰]).

8.3. A denominada “causalidade geral”

Insta logo sublinhar que – pese uma cada vez maior e inelutável dependência do conhecimento científico –, no que concerne especificamente ao problema da contenção de muitos dos novos perigos, a demonstração de uma conexão causal entre ação e resultado que se baseie num conhecimento nomológico mecanicamente inexorável, isto é, fundado numa calculabilidade matemática certa e inquestionável (absoluta), revela-se, paradoxalmente,

⁽⁵⁷⁸⁾ Sobre esses casos, v. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der 'Risikogesellschaft'*, Berlin: Duncker und Humblot, 1993, p. 115 ss.; STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht – AT, ob. cit.*, p. 91; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Claudai López Diaz, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15; KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C.F. Müller: Heidelberg, 1989, p. 33 ss., ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 364.

⁽⁵⁷⁹⁾ Alguns autores também identificam, em tonalidade crítica, como uma característica do moderno direito penal preventivo uma flexibilização de perfil bastante alargado, a atingir a imputação individual, a definição da relação de causalidade, a distinção entre dolo e imprudência (que deixaria de ter significado), a diferenciação entre as categorias da autoria e da participação, que também se dissiparia etc. Vogando no mesmo sentido e sustentando que num tal quadro, flexibilizado, dissipadas, e.g., as diferenças entre o dolo e a imprudência, o dolo eventual converte-se em “paradigma do tipo subjetivo”, CARDOSO, Fernando Navarro, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *cit.* [n.288], p. 1337 e s. Para seguir-se de perto uma farta bibliografia sobre a tendência de flexibilização, “própria de um direito penal do risco”, veja-se GUIRÃO, Rafael Alcácer, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *ADPCP*, tomo 54, 2001, p. 143 ss., p. 154, nota 47.

⁽⁵⁸⁰⁾ Afastando-se do modelo clássico de crime que desempenharia até certo ponto histórico uma função elementar de garantia ligada principalmente a uma visão naturalística da causalidade, e principalmente da ação, entendendo “por visão naturalista um modo de pôr-se perante as implicações sociais do crime com os cânones reducionistas e (também) a forma própria de observação dos fenômenos naturais”, SERENI, Andrea, *Causalità e Responsabilità Penale, ob. cit.* [n. 473], p. 20. Interpolamos.

inexequível. Este registo presta-se tão-só a dilucidar que é acrítica e infundada a convicção tão difundida quanto equivocada, que não se pode pretender resolver os intrincados problemas de causalidade ⁽⁵⁸¹⁾ suscitados em direito penal sem recurso a uma racionalidade estritamente científica, e que a causalidade penal deva, sempre e sempre, ser exatamente idêntica àquela que se encontra implicada com as ciências exatas (quando nem mesmo estas são, afinal, tão... exatas).

A par disso não pode deixar de se reconhecer que são inúmeros os tipos de ilícito em que a dilucidação do enlace causal sustenta-se em princípios empíricos – sem o auxílio de métodos científicos. Para o estabelecimento do vínculo causal, por exemplo, no crime de ameaça, ou no crime de receptação, ou mesmo no falso testemunho, não haverá o juiz ou tribunal, de regra, de recorrer a um saber de base científico-nomológica. Aqui se lhes devem bastar as coordenadas empíricas fornecidas pela realidade.

Com isso, evidentemente, não se quer significar que em situações outras, sobretudo no que concerne aos novos grandes perigos, não haja uma maior dependência da ciência penal relativamente a ramos os mais diversos das ciências (naturais) exatas. É dizer: “existem processos causais não suscetíveis de determinação mediante recurso à experiência comum, nos quais é importante a acreditação da existência de uma conexão cientificamente determinada entre dois factos” ⁽⁵⁸²⁾. Mas, ainda assim poderá objetar-se que haverá casos-limite em que caberá a um saber empírico, todavia fundado em um juízo de probabilidade – e não em uma mera *possibilidade* –, interceder, para o efeito de espancar dúvidas e desvãos, e somente na hipótese de não o conseguir, interceder o princípio *in dubio pro reo*.

⁽⁵⁸¹⁾ Bastantes retóricos, entendendo que a causalidade “de nada serve na determinação típica, em verdade é só o pretexto para fundamentar uma determinada concepção da teoria do delito”, aduzindo que fundamentalmente o que interessa é tão só (a partir do bem jurídico), “a atribuição de uma ação ao tipo”, uma vez que “a pedra angular do injusto não é a ação senão o bem jurídico, e com isso se supera também a contradição entre uma sistemática categorial e uma teleológica”, BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, Hernan, “Significación social e tipicidad”, *Estudios Penales y Criminologicos*, nr. 5, Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 1982, p. 9 ss., p. 22 e p. 25 s.

⁽⁵⁸²⁾ TORÍO LOPEZ, Angel, “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, *ADPCP*, XXVI (1983), p. 221 ss., p. 228 ss.

A propósito, cumpre expressar que, em Alemanha, há pelo menos três casos (jurisprudenciais) emblemáticos, que ficaram conhecidos na doutrina como o caso Contergan ⁽⁵⁸³⁾; o julgamento do “*spray para couro*” (“*Ledersprayurteil*”) ⁽⁵⁸⁴⁾; e o caso do “produto protetor para madeira” (“*Holzschutzmittelprozess*”) ⁽⁵⁸⁵⁾, que se encontram, aliás, diretamente ligados

⁽⁵⁸³⁾ Sentença do Tribunal Estadual (LG) de Aachen, de 18 de Dezembro de 1970, publicada em *JZ* (1971), p. 510. Para uma síntese desta decisão, v. TORÍO LOPEZ, Angel, “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, *cit.* [n. 582], p. 229 ss., nota 16. De parecer contrário às conclusões desse julgamento, Armin KAUFMANN (“*Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*”, *JZ*, n.º. 18, 1971, p. 569 ss., p. 572), para quem deveria o tribunal ter seguido a máxima in *dubio*, argumentando também que à falta de prova da lei científico-natural (que entende constituir um elemento do tipo) deve-se reconhecer a atipicidade da conduta.

⁽⁵⁸⁴⁾ Sentença do BGH, de 06 de Julho de 1990. Este caso, que PUPPE refere como sendo de causalidade múltipla, versa sobre “um órgão (de uma estrutura empresarial) composto por quatro administradores, que teve que deliberar se caberia realizar uma chamada de retirada (“*recall*”) do pulverizador para couro” (para conservação de sapatos e roupas), após haver recebido reclamações relacionadas com a produção de transtornos para a saúde (náuseas, complicações respiratórias, edema pulmonar etc) das pessoas que fizeram uso do citado produto. V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, trad. Percy García Caveró, Lima: Ara Editores, 2003, p. 110. Interpolamos.

⁽⁵⁸⁵⁾ Do tribunal estadual (OLG) de Frankfurt, com sentença proferida em de 19 de Dezembro de 1991. SERENI recorda que trata-se do acerto da responsabilidade penal dos administradores de uma empresa (Chemie GmbH) voltada à fabricação de produtos de proteção para madeira, que supostamente continham substâncias tóxicas (pentaclorofenol: PCF e Lindano) capazes de provocar perturbações à saúde dos utentes (dores de cabeça, irritações cutâneas etc, tendo sido constatado pelo menos um caso de óbito). A prova científica não restou concludente se tais distúrbios provinham do manuseio do referido produto ou de uma qualquer outra causa; sem embargo, ao decidir o recurso que foi tirado contra aquela decisão, o *Bundesgerichtshoff* (BGH, in: *NSTZ* 1995, p. 592) entendeu que: “Um nexo de causalidade entre a exposição a um produto e uma afecção não é demonstrável somente se estiver cientificamente provada a maneira como a substância contida no produto teve efeito sobre o organismo humano, de modo a excluir todas as outras possíveis causas de um doença”. V. SERENI, Andrea, *Causalità e Responsabilità Penale*, *ob. cit.* [n. 473], p.36 e s.

à discussão acerca da necessidade de albergar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica ⁽⁵⁸⁶⁾.

No que toca especificamente ao caso do fármaco (tranquilizante) CONTERGAN – o mais rumoroso de todos – entendeu-se que para o acertamento do nexos causal ⁽⁵⁸⁷⁾ entre o composto principal (talidomida) subministrado a mulheres grávidas e os resultados (milhares de abortos, malformações e morte de recém-nascidos), uma vez não tendo sido possível dilucidar cientificamente a relação causal ⁽⁵⁸⁸⁾ (tendo em vista o parecer contraditório dos expertos), que bastaria seguir-se, com base no princípio do livre convencimento do juiz (certeza subjetiva), o parecer “mais plausível” ⁽⁵⁸⁹⁾.

⁽⁵⁸⁶⁾ Conforme acentua HEINE, Günther, “La Responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales”, trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozo, *Anuario de Derecho Penal* '96, Lima: Peru, p. 19 ss., p. 23.

⁽⁵⁸⁷⁾ O nexos causal, consoante professa SILVA DIAS, é a “conexão, de base empírica, entre um factor (a ação) e um efeito (o resultado, de lesão ou de perigo), explicável segundo uma regra nomológica (lei causal) e não imediatamente o nexos de imputação objectiva, isto é, a atribuição a uma pessoa como obra sua, segundo critérios normativos (criação de um risco juridicamente desaprovado, competência pelo risco, conexão de risco (...) de um curso causal que desemboca num resultado. O primeiro é de verificação empírica, quer à luz das regras da experiência comum, quer através de conhecimentos especializados, nomeadamente de natureza científica, e constitui pressuposto do segundo, isto é, a base fáctica sem a qual este, enquanto instituidor de responsabilidade por um resultado, não pode operar. Como demonstra o caso da *talidomida*, antes de ter sido descoberto o factor causal que provocava as malformações nos fetos, era logicamente impossível fazer intervir qualquer critério normativo para estabelecer o nexos de imputação. Deste modo, a conexão causal constitui também elemento objectivo não escrito dos tipos de resultado, funcionando, como plano preliminar da imputação objectiva”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 125 ss.

⁽⁵⁸⁸⁾ Isto é, a existência de uma lei causal de acordo com a qual o medicamento produzisse, diante de certas circunstâncias, determinados danos à saúde. Abordando aspectos processuais do caso, MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen: Otto Schwartz, 1980, p. 91 ss.; discutindo os intrincados problemas de causalidade relacionados ao direito penal do consumo, com especial enfoque nas chamadas questões de “causalidade geral” desencadeadas pelo “caso Contergan”, KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, *ob. cit.* [n. 578], esp. às p. 63 ss.

⁽⁵⁸⁹⁾ MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 588], p. 93.

De sublinhar que as já referidas jurisprudências, vistas de uma forma esquemática (e generalizante), desnudam que à falta de um conhecimento científico seguro quanto à lei natural capaz de explicar a relação de dependência entre o comportamento e o resultado danoso (daí falar-se em cursos causais não verificáveis), poderá o tribunal deixar, em caráter excepcional, de estabelecer o indispensável nexos causal, consentindo assim com um excepcional relaxamento do elemento ontológico-descritivo da causalidade (modelo clássico: nomológico-dedutivo), ou mesmo atribuir-se à lei causal apenas um mero papel indiciário, mediante introdução de um elemento normativo de apreciação do risco, pondo-se então mais ênfase em uma lei probabilística – estruturada em métodos estatísticos de base empírica ⁽⁵⁹⁰⁾.

De modo que própria relação de causalidade ⁽⁵⁹¹⁾ ver-se-ia relativizada⁽⁵⁹²⁾ ou mesmo superada pela constatação do aumento do risco⁽⁵⁹³⁾, risco probabilisticamente demonstrável, que passaria agora – no contexto do que alguns consideram uma mudança de paradigma: da causalidade individual para a causalidade geral ou causalidade pelo aumento do risco – a funcionar como “*substituto da condição sine qua non*” ⁽⁵⁹⁴⁾, e isso

⁽⁵⁹⁰⁾ Segundo o magistério de PUPPE (*La Imputación del Resultado en Derecho Penal, ob. cit.* [n. 584], p. 80 e s.), “(...) É pois uma questão normativa se tais leis estatísticas podem ser utilizadas ou não para o estabelecimento de um nexos causal em âmbitos que não estão plenamente determinados”.

⁽⁵⁹¹⁾ Alertando para o fracasso da fórmula da *conditio sine qua non* “quando se desconhece a virtualidade causal”, ANARTE BORRALO, Enrique, *Causalidad e imutación objetiva en derecho penal: estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva: Unviersidad de Huelva, 2002, p. 30. Consulte-se ainda ROXIN (*Stafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 354), que também enfatiza, que em situações como a do caso Contergan a teoria da condição nada contribui para a verificação da causalidade, dado que de nada serviria “suprimir mentalmente o consumo do sonífero para então indagar se o resultado teria desaparecido”.

⁽⁵⁹²⁾ No que respeita à questão da incerteza científica nas decisões judiciais, pode-se sempre rezear uma excessiva ênfase no princípio do livre convencimento do juiz, pois este poderia atuar como um mecanismo de manipulação flexibilizadora da causalidade.

⁽⁵⁹³⁾ Mas, é mister sublinhar, no caso “Lederspray” o Tribunal Federal alemão (BGHSt 37, 127) rejeitou a teoria do aumento do risco, tendo em verdade admitido que a causalidade (para efeitos jurídico-penais) pode ser demonstrada já com a descoberta da substância ou produto de que o dano derivou.

⁽⁵⁹⁴⁾ SERENI, Andrea, *Causalità e Responsabilità Penale, ob. cit.* [n. 473], p. 35.

como forma de chegar-se a soluções mais justas, mas, quiçá, em detrimento do *in dubio* ⁽⁵⁹⁵⁾ e da segurança jurídica. E, num tal cenário, tem-se vindo a propugnar – diante das dificuldades ou virtual impossibilidade de fixar-se, por exemplo, a relação entre a utilização de um produto e os danos à saúde – pela introdução de delitos de perigo abstrato ⁽⁵⁹⁶⁾.

Vale finalmente vincar que dificuldades envolvendo a fixação da causalidade também existem na determinação do “dano ecológico”, este muita vez de dilucidação árdua, quando não simplesmente rebelde a uma explicação subordinada ao “paradigma” causal-mecanicista, *maxime* devido à circunstância de a instabilidade ecossistêmica produzir-se, não raro, em função de fenômenos complexos – estudados pela Ecotoxicologia ⁽⁵⁹⁷⁾ –, mormente os chamados processos sinérgicos, os quais costumam tornar a imputação da responsabilidade penal extremamente problemática ⁽⁵⁹⁸⁾, dificuldades que os delitos de perigo abstrato, em tese, obviariam.

⁽⁵⁹⁵⁾ Mathias DAXENBERGER (*Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 46) entende tratar-se de uma tendência da jurisprudência que abre caminho a uma livre apreciação das provas (valoração), mercê mero conhecimento subjetivo do juiz, algo que – segundo avalia – “conduziria a um desmantelamento do *in dubio*” ou mesmo a uma “inversão do ônus da prova”. Já segundo o magistério de PUPPE (*La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n.584], p. 74 ss. e 80s.), ao qual nos acostamos, o juiz não pode aplicar o princípio *in dubio* porque lhe faltam os conhecimentos especiais para resolver uma questão de facto, “(...) e se lhe faltam os conhecimentos especiais para isto, deve procurá-los com ajuda dos peritos. O princípio *in dubio* unicamente é aplicável quando no caso a resolver surge um *non liquet*”. Donde, avalia que tal questão não se resolve em um sentido negativo mediante o princípio *in dubio pro reo*, como o assume a doutrina dominante, pois “o princípio *in dubio* só é aplicável se existem dúvidas sobre qual das diversas circunstâncias possíveis do facto tiveram lugar (...)”.

⁽⁵⁹⁶⁾ Mas também o recurso à mera “desobediência” administrativa tem sido empregue para obviar a demonstração de causalidade, algo que tem sido objeto de censura por um setor da doutrina. Neste sentido, o parecer de Fernanda Palma: “A infracção de quaisquer regulamentos da Administração que não implique uma conduta causalmente (ou em termos de conexão de risco) lesiva do ambiente e eticamente apreensível como tal não é legitimamente tutelável pelo Direito Penal”. V. PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 204.

⁽⁵⁹⁷⁾ Ver, por todos, BUTLER, G.C., *Principles of Ecotoxicology*, New York *et al.*: John Wiley & Sons, 1978 e NEWMANN, Michael C.; UNGER, Michael A., *Fundamentals of Ecotoxicology*, 2.º ed., Lewis Publishers, 2003.

⁽⁵⁹⁸⁾ Sobre essas questões, em detalhe, os pontos 4 a 4.3., do Cap. VI, *infra*.

9. Considerações do Capítulo

Avançou sensivelmente a compreensão de que temos de conviver com a indeterminabilidade ⁽⁵⁹⁹⁾ do futuro, tendo contribuído para uma tal perspetivação das coisas a dissipação da ilusão, senão já o “desencantamento” do mito científico da absoluta (omnisciente) previsibilidade e regularidade dos eventos prometidas pela lógica da causalidade (alicerçada, como se sabe, no sistema hermético da mecânica newtoniana clássica), que conduzia a um determinismo científico monocular e esterilizante, finalmente substituído por um novo paradigma, que restaurou cientificamente – a partir de um singelo enunciado da teoria quântica ⁽⁶⁰⁰⁾ – a noção de provisoriedade do saber professada, como se sabe, desde priscas eras pela filosofia socrática, vindo a instaurar-se, destarte, uma nova forma de pensar e de olhar a realidade, que sem dúvida repercutiu sobre o direito penal.

No entanto, uma dinâmica social não linear marcada por insegurança, incerteza, complexidade, contingência e aceleração tem cobrado uma intensificação da reflexividade do direito (que decerto não pode ficar à mercê das indeterminações das partículas subatômicas), fenómeno que tem conduzido – em um modelo de sociedade funcionalmente diferenciado e orientado por uma racionalidade que transforma perigos em riscos ⁽⁶⁰¹⁾ – a dois movimentos ou tendências aparentemente antagônicos, a saber: a) sobretribuição da responsabilidade individual quanto à produção de perigos

⁽⁵⁹⁹⁾ É que, como pondera BAPTISTA PEREIRA “[...] a observação de todos os factos do presente não consegue prever o acontecimento futuro, que é um campo de possibilidades, cuja realização se deixa apenas indiciar por determinadas probabilidades”. V. “A Crise do Mundo da vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *cit.* [n. 141], p. 224 e s.

⁽⁶⁰⁰⁾ Coube a Werner HEISENBERG (*Die physikalischen Prinzipien der Quantumtheorie*, 1930, IV§ 3°), físico alemão da Universidade de Munique, levar a efeito a elaboração do princípio da indeterminação, “pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada, conduz à conclusão de que, no mundo dos corpúsculos nucleares, a causalidade não é certa, mas meramente provável”. V. TAVARES, Juarez, *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*, Rio de Janeiro: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 16.

⁽⁶⁰¹⁾ Logo assumidos como probabilidade de perigo ou incertezas suscetíveis de calculabilidade.

outrora atribuídos ao azar ou ao acaso (⁶⁰²), de um lado; e, de outro: b) responsabilização penal de pessoas jurídicas – *societas delinquere potest*.

De outra margem, um direito penal moderno e comprometido com a proteção social face aos novos perigos talvez não prescindia – com a finalidade de tornar certos espaços vitais menos perigosos – de algum controle do comportamento, algo que poderá explicar, em parte, não apenas a atual tendência à ampliação (⁶⁰³) da malha penal, como, igualmente, a própria inclinação para a construção de tipos de ilícito estruturados de forma a permitir uma criminalização já em um estágio prévio (a um dano-violação ou a um concreto perigo), o que permite divisar, sem muito esforço, um consequencial aumento da punibilidade; num tal quadro, afinal de grande volatilidade dogmática (⁶⁰⁴) e também político-criminal – instalado, como se sabe, pelas

(⁶⁰²) Mas, como se sabe, bem antes dos abalos promovidos na física newtoniana (princípio da causalidade) pelo princípio da indeterminação, KANT (*Crítica da Razão Pura*, 5ª. ed., trad. Manuel Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p.273), filósofo e *Privatdozent* em Königsberg, entendia que o acaso (“Zufall”) não existe: “tudo o que acontece é hipoteticamente necessário”, fazendo dessa negação um dos princípios *a priori* do intelecto: “nada acontece por cego acaso” (*in mundo non datur casus*). Daí que, como afirma TORÍO LOPEZ (“Cursos causales no verificables en Derecho penal”, *cit.* [n. 582], p. 228.), “a dogmática de inspiração neokantiana considere a causalidade como um dado *a priori* de nossa consciência, uma categoria anterior à toda experiência”. Cabe, finalmente, referir que os estoicos, sobretudo os próceres da primeira escola, igualavam o acaso ao erro, pois entendiam que no mundo tudo ocorre por absoluta necessidade racional.

(⁶⁰³) Indispensável, sobre a expansão do direito penal, timbrando em assinalar que esta tendência amplia os “espaços de risco jurídico-penalmente relevantes” e conduz a uma “flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais de garantia”, vindo a sugerir a construção de um direito penal “de fronteira”, a *duas velocidades*, em que a diminuição ou flexibilização das garantias (segunda velocidade) deveria corresponder à aplicação de sanções não detentivas, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 18, 112, na nota 194 e p. 124.

(⁶⁰⁴) Referindo a uma contemporânea “concorrência no tempo de várias opções sistemáticas”, capaz de pôr em causa a bem estruturada teoria da imputação, e que um tal “ecletismo doutrinal de graus diversos (...) não se diferencia muito da ausência de um sistema minimamente estruturado”, também reconhecendo – sem com isso soar contraditório – que para além de funções cognitivas a dogmática também “coenvolve pretensões práticas” impossíveis com sistemas fechados, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Retos científicos y

vascas de indeterminação e de instabilidade próprias da *Risikogesellschaft* – começa a despontar a figura ainda pouco estudada do delito cumulativo.

Deve-se sublinhar, outrossim, que no que toca a determinados comportamentos, que em uma sociedade ainda não desperta para perigos de grande magnitude estimavam-se como não mais do que atos preparatórios – uma vez confrontados com as aporias da “sociedade de risco” – passa-se a adscrever-lhes uma dimensão negativa (um desvalor acrescido), sendo então logo valorados como ações típicas (perigosas). Observamos, pois, não sem alguma preocupação, a existência de um conjunto de fatores que favorece a um discurso do risco proclive a um redesenho da malha penal que, se inevitável, ao menos terá de ser bem tópico, é dizer: manter-se topograficamente confinado ao setor do microssistema do direito penal secundário que se volta à “proteção do futuro”.

É indisputável que em uma sociedade altamente tecnológica tanto as possibilidades de ação como o alcance e a extensão das consequências das decisões singulares vejam-se sensivelmente ampliadas, dando surgimento a novas situações de perigo e de dano, a que o direito penal não deve ficar indiferente. Sem embargo, se não pode deixar de apontar os riscos que se encontram associados à construção de um quadro legal em que instrumentos normativos transtemporais – que devem funcionar tal qual barreiras ou diques de proteção bem avançados – se façam demasiado ostensivos.

Tenhamos em devida conta para o efeito de uma análise mais explicitante, que uma quadra autocentrada numa racionalidade que se orienta predominantemente para o futuro pode inclinar-se, e de modo não razoável, a prognosticar problemas nem sempre sintonizados com o real “verdadeiro” e assim conduzir o real “construído” (o ordenamento jurídico) a uma ficcionalização excessiva da realidade – com consequências assaz detrimntosas para a realidade “natural” ou “verdadeira” (que nunca deixa de ser realidade moldada pelo jurídico).

Com isso não estamos, é evidente, a infirmar a existência quer de novos territórios problemáticos (que de facto reclamam uma “ordem de agregação”

Retos Políticos de la Ciencia de Derecho Penal”, *RdirPC*, Madrid: Universidade Nacional de Educación a distancia (Enero 2002), p. 83 ss., p. 90.

pacificadora), quer, sobretudo, de novos territórios éticos (bastemo-nos com a incerteza quanto à identidade da espécie instaurada pela manipulação genética). Com isso pretendemos é reforçar uma “exigência crítica de compreensão refundamentante da juridicidade realizanda” (CASTANHEIRA NEVES), que emerja de um cenário axiológico no qual os valores intrínsecos (historicamente situados) não sejam sequestrados pelos valores instrumentais, o que é o mesmo que articular: não se vejam abduzidos por uma estratégia político-criminal de *controle global do risco* – a ser implementada a *qualquer preço*.

Estamos portanto em crer que o referente axiológico – sem com isso pretendermos dar impulso a uma qualquer concepção axiocêntrica ⁽⁶⁰⁵⁾ da realidade – enseja e conduz, pode conduzir, a uma neutralização de inclinações de recorte funcionalista radical ou extremado ⁽⁶⁰⁶⁾. Também se faz necessário, e disto estamos plenamente convencidos, um superar dos radicalismos que afloram já como uma inerência da *ratio calculatrix*. Mas com isso não se quer desvalorizar a necessidade de se redescobrir a dimensão prática da razão crítico-reflexiva, já como ponto de partida de qualquer teoria.

Todavia, estimamos que a dogmática penal, sem rebelião – e sem abandono das tradicionais “regras do jogo” – deve evolver em ordem a proporcionar critérios e instrumentos que se adéquem às transformações, e “que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI” ⁽⁶⁰⁷⁾.

Aduza-se que os problemas ligados ao direito penal do perigo “residem tanto no modo aberto e aleatório das condutas delituosas a punir, como tal-qualmente na natureza (posto que em última análise nem todas são perigosas) e no grau de risco, bem como ainda, na importante questão de saber a que

⁽⁶⁰⁵⁾ Excessivamente subordinadora da realidade aos valores dominantes.

⁽⁶⁰⁶⁾ Endossamos, *verbum ad verbum*, a seguinte assertiva: “Sem densidade e fundamento axiológicos o direito, mormente o direito penal, poderia servir, com *utilidade*, a mais brutal ordem de terror [...]. O direito penal tem, por conseguinte, de postular-se como uma ordem aberta de valores historicamente situados”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 53], p. 284.

⁽⁶⁰⁷⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”, *cit.* [n. 133], p. 39.

distância da ofensa deve ele ser reconhecido”⁽⁶⁰⁸⁾. Também é de sublinhar que o “moderno” direito penal do risco, já sob uma perspectiva de *lege lata* representa a confirmação cabal de que o discurso da sociedade de risco, ao partir de uma narrativa analítico-descritiva da realidade social logrou converter-se em um programa político-criminal em ininterrupto *work in progress*.

Pelo que até agora ficou dito, e respondendo ao questionamento que atrás deixámos em suspenso, não assumimos como ajustado e lícito falar-se – tendo especificamente em mira a materialização do *corpus* secundário do direito penal – em uma viragem de paradigma. Nesse sentido o novo, ou o quiçá objeto de inexata adjetivação – direito penal “moderno” –, também não emerge como uma qualquer transcendência ao direito penal liberal. Deste é apenas um filho rebelde que necessita de constante vigilância, em ordem a que se lhe possa manter adscrito ao eixo normativo em que se encontram hospedados os axiomas, os princípios e as regras jurídicas que estruturam a dogmática penal como uma unidade lógico-funcional.

Numa perspetivação de carácter macroscópico ou estrutural e num esforço de reformulação mais rigorosa e menos ideológica de questões que já começam a revelar-se algo datadas – mas ainda assim não suficientemente discutidas – entendemos que o direito penal “moderno” do risco, contrariamente a uma atitude que ainda hoje possui considerável aceitação, não ultrapassa, não transgride, não rompe – todavia radicaliza – aquele programa político-criminal liberal de Oitocentos que, como se sabe, recomendava especial ênfase na prevenção, com vistas a imunizar a comunidade contra o dano social.

De outra margem, se as possibilidades atuais e futuras de dano alargado recrudesceram é sintomático que se promova um redimensionamento das fronteiras do direito penal, sendo até compreensível que o legislador erija a crimes factos que antes dos avanços imparáveis da tecnociência não podiam comunicar qualquer juízo de desvalor com aptitude para estabelecer pautas normativas restritivas da liberdade individual, factos cujas consequências – não raro devastadoras – já não podem mais ser ignoradas.

⁽⁶⁰⁸⁾ FREHSEE, Detlev, “Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, *cit.* [n. 131], p. 17.

De modo que é errado pensar que todo o direito penal atual seja um direito penal exclusivamente orientado para as consequências, assim como é falso crer que o direito penal nunca voltara-se para elas. De conseguinte, é logo de concluir que o confronto com o chamado direito penal clássico, “*rectius*”, liberal não autoriza a construção de uma crítica pandeslegitimante do direito penal em sua “moderna” ou, quiçá, tardomoderna configuração.

Tudo está a demonstrar consoante, aliás, deixámos ressoar no capítulo precedente, que o direito penal de nosso tempo histórico não se encontra imune à reflexividade tardomoderna, e isto é algo que sem dúvida não cumpre anatematizar. Neste ritmo, é bem de ver, talvez mais do que o direito penal apodado de nuclear, é exatamente o chamado “direito penal do risco” que encontra-se sob permanente sindicância do olhar científico e crítico-reflexivo da doutrina, que, por vezes, parece esquecer-se que é precisamente o direito penal nuclear ou do evento que mais tem contribuído, historicamente, para o sacrifício da liberdade.

Isto nos leva a pensar que assim como a democracia grega convivia bem com a escravidão, o direito penal nuclear ou principal (“*Hauptstrafrecht*”), de corte liberal, não deixa de ser um direito penal que *convive bem com o cárcere*. Mas isso não é tudo. Como direito penal “de classe” ⁽⁶⁰⁹⁾, ele apresenta uma tenaz propensão ao cárcere seletivo, afinal, não raro, aceite sem maiores problemas ou dificuldades pela mesma doutrina que enxerga inauditas maldades num emergente direito penal de cariz menos individualista, um direito penal que tende a precatar principalmente bens jurídicos coletivos, um direito penal que não apresenta uma clientela preestabelecida, conquanto projete seus tentáculos com maior frequência sobre um setor da criminalidade que bem podemos chamar de “racional-(des)estruturante”.

⁽⁶⁰⁹⁾ LÜDERSEN advoga, entre outras cousas, que o “bom e velho” direito penal clássico era, sobretudo, um direito penal de classe, “jamais voltando-se contra os poderosos da economia e da política”, timbrando também em assinalar que ao lado da individualização da culpa e do princípio da determinação do tipo, convivia-se com algumas “desvantagens”, tais como: “punições desproporcionais, penas de prisão perpétua e, em muitos casos, pena capital”. V. LÜDERSEN, Klaus, “Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?”, *cit.* [n.456], p. 270 ss.

Por tudo isso cumpre já assinalar que o moderno direito penal do risco exerce um papel, isto quando estabelecemos um contraponto com o direito penal principal, que ainda não pode deixar de ser considerado periférico (muito embora se não possa recusar sua crescente importância, sobretudo para a investigação acadêmica [⁶¹⁰]) – tudo a demonstrar que não é lícito falar-se que uma racionalidade consequencialista e orientada à tutela do futuro esteja a fazer-se dominante no direito penal. Também vem a propósito fincar que o direito penal, inapelavelmente, sempre receberá alguma interferência de uma racionalidade voltada para as consequências, que, no entanto, deve ser mínima ou residual: circunscrita a uma bem delimitável zona normativa.

D'outra banda, cabe não confundir ou malbaratar a crítica que se possa fazer – e é apropriado que ela seja deduzida – a tudo que desborda da razoabilidade, a tudo o que constitui excesso ou imoderação legislativa (que podemos diagnosticar como *hybris* penalista, e que outros já referiram como elefantíase penal ou hiperinflação de normas penais), com a real necessidade de elaboração de um *corpus* de normas penais voltado para a tutela de bens jurídicos coletivos (⁶¹¹) (mantida a ideia-princípio de subsidiariedade [⁶¹²]), colimando, principalmente – e sempre com estrita observância aos dois grandes eixos normativos do direito penal: um sustentado na ideia de fragmentaridade, o outro “nos pressupostos da unidade lógica e intencional da

(⁶¹⁰) Ora, demais disso toda a racionalidade ocidental é orientada para as consequências, pois não fora nossa capacidade de prever para prover, de prevenir para não ter de remediar ainda estaríamos a habitar as milhares de cavernas que se encontram dispersas nos continentes europeu e americano.

(⁶¹¹) Entendendo que em determinadas circunstâncias uma ofensa a um bem jurídico coletivo pode ser facilmente compreendida da mesma forma como geralmente se entende uma lesão a um bem jurídico individual, para em seguida afirmar que “quem coloca moeda falsa no mercado lesiona o interesse público na segurança e confiabilidade do comércio monetário, mesmo quando essa segurança, se perspectivada de forma global, não padeça de um mal duradouro”, WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 24.

(⁶¹²) É de reconhecer que bens jurídicos universais apresentam-se bem mais vulneráveis à ideologia do que os tradicionais bens jurídicos individuais. Sem embargo, pensamos que um autor como HASSEMER (“*Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*”, *cit.* [n. 447], p. 93 e s.) comete uma extrapolação quando afirma que “(...) Quem pretenda reconhecer bens jurídicos universais de forma generosa não faz mais do que pôr já em perigo o postulado da proteção de bens jurídicos como *ultima ratio*, convertendo-o em primeira ou mesmo *sola ratio*”.

dogmática” ⁽⁶¹³⁾ – a proteção de um sujeito passivo espaço-temporalmente indeterminado, cuja necessidade de tutela, é plenamente arguível, vem reforçada precisamente pela já referida racionalidade orientada para as consequências: um modo aberto de perceber tanto a realidade como o percurso da ação num horizonte temporal lato, que não pode ser atirado – juntamente com a civilização – para o lixo.

É, segundo pensamos, puro excesso retórico afirmar-se – sem qualquer suporte na *praxis* penal em constante ebulição na superfície tangível da realidade forense (que se constrói e se remodela quotidianamente a partir dos alicerces normativos que o Código funda) – que o direito penal se vá despedir da noção de dano. É que o dano-violação continuará, como desde sempre (salvo se quisermos resvalar em vertigem em uma enganosa ucronia para o só efeito de negar-lhe um conteúdo imemorial e uma densidade histórica insuperável), a constituir o eixo matricial do ilícito penal também no contexto de um moderno direito penal liberal e antropocêntrico, isso, evidentemente, enquanto pudermos nos reconhecer como homens – seres em permanente conflito interpessoal – e também como civilização.

Dito de outra maneira: enquanto não deslizarmos impetuosamente para uma utopia de fortes contornos quiméricos, os delitos de lesão continuarão a dominar a paisagem penal. De modo que, recortados os excessos simbólicos, que, já por sua ingênita ineficácia pouca ou nenhuma operatividade praxica alcançam, há de constatar que é descomedida a crítica generalizadora que se faz ao direito penal moderno, crítica que faz evocar timbres de rigorosa exprobação – quase religiosa –, *i.e.*, assemelhadas às acusações de heresia em tempos de restrita liberdade religiosa ou às imprecações de reacionarismo em alturas em que a *intelligentsia* flertava com regimes totalitários: críticas acerbas afinal vertidas contra quem proponha-se a enxergar uma qualquer bondade no direito penal moderno. Prossigamos.

Cumpre-nos ainda asseverar que o direito penal que a tardomodernidade nos impõe possui, para nós, um eixo duplo, ou seja, assenta em duas esferas mais ou menos autônomas (ou dois modos de urdir a narrativa punitiva), porém complementares: uma centrada no direito penal

⁽⁶¹³⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Noções Fundamentais*, *ob. cit.* [n. 25], p. 16.

secundário (ressabidamente mais plástico que o direito penal de justiça) e orientada à proteção de bens macrossociais; a outra, plasmada em um direito penal nucleado principalmente em torno da proteção, sempre subsidiária, de bens jurídicos individuais: esta a constituir a narrativa matricial do discurso punitivo. Já o qualificativo de “moderno”, no atual estágio de desenvolvimento do direito penal, não mais se presta, evidentemente, a designar o direito penal liberal emergente do Iluminismo, mas sim a pôr em evidência, principalmente, um âmbito da normatividade penal, volvido para os chamados novos grandes perigos. (Mas, bem é de ver, tão-só para aqueles que se deixem traduzir para a semântica do risco, revelando-se, então, evitáveis ou controláveis pelo conhecimento científico disponível).

No âmbito do direito penal “moderno”, definível como direito penal do risco (notabilizado seja por uma maior inclinação para a tutela do futuro, seja por uma mais ostensiva presença de crimes de perigo abstrato) gravitam as seguintes zonas da normatividade penal: meio *ambiente*, *biogenética humana* e *delitos de consumo*. Outra característica expressiva deste direito penal setorial é, tendo em mira o aumento da importância da ação coletiva no âmbito da sociedade de risco, a de favorecer a introdução, ainda que bem circunscrita (restrita à tutela penal do ambiente), do chamado delito cumulativo.

Segundo é o nosso parecer a ideia de acumulação pode fazer-se proveitosa, sobremor, mas não exclusivamente, no âmbito dos ataques às redes da vida desfechados pelas pessoas jurídicas (⁶¹⁴), porquanto como veremos ao longo deste trabalho, no que toca aos contributos das pessoas individuais revela-se sempre bem mais dificultoso (mormente quando tratar-se de um contributo que individualmente perspectivado apresente-se como de reduzido ou nulo significado social) – porém não infactível – singularizar os autores e imputar-lhes uma culpa individual. Entendemos, todavia, que na hipótese de não ser possível construir uma via pela qual mostre-se dogmática e político-criminalmente legítimo atribuir ao agente singular um aporte somente hostil ou lesivo ao bem jurídico a partir de um cenário de acumulação, preferível será consentir-se com uma irresponsabilidade individual estrutural

(⁶¹⁴) Em parte devido à diferenciada conotação que a ideia de culpa recebe para fins de responsabilização criminal dos entes coletivos.

por danos coletivamente causados, a franquear-se entrada a uma responsabilidade (penal) puramente objetiva (com o insuportável *sacrifício de inocentes*, consoante alerta-nos STELLA).

Deve, então, acima de tudo, repelir-se a chamada “responsabilização coletiva de grupos de pessoas não organizadas”, uma vez que esta proposta pode conduzir a uma responsabilização randômica ou aleatória de pessoas – que temos por absolutamente inaceitável. Donde, em hipóteses de quase grupos não organizados de pessoas cujo contributo conglobado pode produzir um expressivo efeito poluidor ou degradante ao meio ambiente, o direito penal do risco, já porque sequer abstratamente perigosa a conduta contributiva quando singularmente perspectivada (materialmente inexpressiva em termos de ofensividade penal [⁶¹⁵]), deverá ceder passo ao direito contraordenacional, cabendo, em tal hipótese, aplicar-se coimas especialmente elevadas em função, precisamente, da *lógica da acumulação*. Donde, em conclusão, o único *macrosujeito* que em direito penal se pode divisar, já em função dos novos grandes perigos – são os entes coletivos, posto que *societas delinquere potest*.

Sem embargo, com isso não estamos nem a postular nem a defender que “contextos de acumulação”, a serem estudados em detalhe em outro capítulo (⁶¹⁶), muito embora não raro vejam-se codeterminados pelos ditos “contextos organizacionais”, também não emergjam ou sofram forte influência do chamado comportamento coletivo uniforme. Com efeito, veremos, ao longo do trabalho que, em hipóteses excepcionais, também a conduta singular de baixa densidade lesiva poderá ser objeto de uma legitimamente fundamentada imputação da responsabilidade penal.

(⁶¹⁵) Algo diferente será a hipótese em que se venha a demonstrar que a ação singular tenha um peso próprio mínimo, que em função de certas circunstâncias contextuais, autorize constatar a existência de um dano-contributo.

(⁶¹⁶) Cap. X, *infra*.

CAPÍTULO IV

Direito penal do comportamento orientado ao “asseguramento do futuro” e o problema da acumulação

1.- Primeiras considerações; 2. Tutela penal do futuro (o contributo de STRATENWERTH); 2.1. - Direito penal do comportamento: uma mudança de paradigma?; 2.2. Tutela de “contextos de vida” como relativização do conceito de bem jurídico; 2.2.1. Hipóteses outras de perda de substância do conceito de bem jurídico; 3. - Direito penal do comportamento e os riscos de uma reeticização do direito penal; 3.1. - Direito penal do comportamento e a teoria da “força configuradora dos costumes” (*sittenbildenden Kraft*); 4. Fundamentos de filosofia moral e os delitos de acumulação; 4.1. Concepção de comportamento ofensivo em FEINBERG; 4.1.1. “*Harm principle*” e comportamento coletivo acumulativo; 4.1.2. A censurabilidade do comportamento calculista do “*free-rider*”; 4.1.3. Intersecção do comportamento egoísta do “*free-rider*” com o problema da acumulação; 5. A modo de inferências conclusivas

Tal como a luz só ganha cor em contato com a matéria, também os valores só se colorem em contato com os factos

Forstheff

1.- Primeiras considerações

Curial evidenciar que a análise jurídica relacionada à tutela do tecido social contra os novos perigos abrange ao menos três orientações bem demarcadas. De um lado um segmento doutrinário que propende a conceder uma grande elasticidade à teoria do bem jurídico – mesmo ainda quando com isso tal conceito praticamente se esfume ou se torne etéreo – mediante um pródigo, e também ele bastante flexível, emprego do princípio da ofensividade; por outro lado, um setor que simplesmente rejeita qualquer ingerência do direito penal nessas novas esferas do real; finalmente, um setor minoritário que, sem abandonar por inteiro o dogma do bem jurídico, admite, com intensidade graduável na galáxia dos novos perigos – paralelamente às normas penais protetoras de bens jurídicos –, a existência dos chamados delitos de conduta (ou de mera violação do dever), a conformar o que se tem vindo a chamar de *um direito penal do comportamento* ⁽⁶¹⁷⁾. É sobretudo desta última franja que estaremos a curar tanto nesta como nas subsecutivas quadras.

2.Tutela penal do futuro (o contributo de STRATENWERTH)

Realça evocar que o terrível incêndio que envolveu a empresa farmacêutica SANDOZ ⁽⁶¹⁸⁾, ocorrido em Basileia (Suíça) no já distante ano de 1986, e que trouxe graves danos ambientais ao rio Reno ⁽⁶¹⁹⁾ – danos que se propagaram até Alemanha e Holanda – serviu de estímulo para STRATENWERTH instaurar ⁽⁶²⁰⁾ um ainda não concluído debate de fundo

⁽⁶¹⁷⁾ Âmbito cujos critérios de definição e cujas fronteiras ainda não foram claramente delimitados, em que a tutela penal avança ou antecipa-se para um momento prévio ao dano e ao perigo. Aceitando a punição “de certas espécies de comportamentos”, desde que “feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit* [n. 17], p. 154.

⁽⁶¹⁸⁾ Sobre isso veja-se OSSENBÜHL, Fritz, “*Umweltstrafrecht – Strukturen und Reform*”, *in: UPR* (1991), p. 161 ss., p. 161.

⁽⁶¹⁹⁾ Causados principalmente pelos resíduos transportados pela água utilizada no combate ao referido incêndio.

⁽⁶²⁰⁾ *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft* (Rektoratsrede, gehalten an der Jahresfeier der Universität Basel am 26. November 1993), Basel: Helbing & Lichtenhahn,

político-criminal (mas, como não poderia deixar de ser, com inegável refração dogmática), que tem como ponto nodal a ineficácia do conjunto dos instrumentos do direito penal tradicional para enfrentar o problema dos grandes riscos. Com efeito, procura o referido autor evidenciar que malgrado a existência de uma progressiva acumulação do potencial de perigo (com probabilidade para produzir danos de grande magnitude), as respostas que o direito penal usualmente tem a dar não estariam bem sintonizadas com essa nova realidade ⁽⁶²¹⁾.

Certo e líquido é que o citado autor, quiçá dominado por uma “forte tensão moral” ⁽⁶²²⁾, não advoga – em face desse novo e sombrio horizonte e frente aos novos desafios que o futuro convoca – um qualquer recuo do direito penal, vindo mesmo a considerar inaceitável abdicar-se da pena, precisamente a “sanção mais dura que conhece nosso direito, precisamente ali onde em jogo encontram-se interesses vitais, não apenas dos indivíduos, mas de toda a humanidade” ⁽⁶²³⁾.

Tendo como pano de fundo um panorama traspassado por uma tal dramaticidade, volta-se o referido jurista contra o modelo penal reativo-retrospectivo, pois – segundo avalia –, seria destituído de todo o sentido simplesmente aguardar-se placidamente a apresentação de uma acusação formal perante o tribunal, mormente naquelas situações em que “consequências danosas irreversíveis” podem ter lugar, para só então ativar-se a reação penal ⁽⁶²⁴⁾. Passa então a propugnar uma responsabilização penal já

1993; o mesmo autor também em, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.*[n.49], p. 679 ss.

⁽⁶²¹⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, ob. cit.* [n. 620], p. 3 e ss.

⁽⁶²²⁾ STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime, ob. cit.* [n. 28], p. 516.

⁽⁶²³⁾STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, ob. cit.* [n. 620], p.14.

⁽⁶²⁴⁾ É que as regras da responsabilidade penal, de um modo geral, e desde tempos imemoriais, estão a perseguir um modelo de ação do tipo “Cain investe contra Abel”, *i.e.*, uma forma de reação que, na visão daquele juspenalista helvético, reforça um modelo de justiça penal consequente, tão-só, com a persecução de pequenos criminosos. V. STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, ob. cit.* [n. 620], p. 6.

daquelas ações rotineiras independentemente se, quando individualmente consideradas, possam mostrar-se privadas de qualquer idoneidade para produzir um dano de monta, pois, para atrair a malha penal será bastante que apresentem uma singular propensão para a conglomeração, e que tal inclinação possa também significar um ameaça de vulto, ou seja, e agora em termos bem gráficos: constituir um “perigo para os fundamentos da vida” ⁽⁶²⁵⁾.

Demais a mais, interessa observar que embora não refira nominalmente ao delito cumulativo ou aditivo, aqui também subjaz, sem espaço para dúvidas, o problema da acumulatividade ⁽⁶²⁶⁾, designadamente quando estabelece que, com os chamados delitos de risco, diversamente dos clássicos delitos típicos de resultado, já não se está propriamente a tratar da consequência danosa final, tão-só da contribuição individual ao desenvolvimento do “perigo potencial” e – uma vez que como tudo agora encontra-se penetrado por uma intrasparente complexidade – a conexão a estabelecer entre o aporte singular e a eventual entrada de um dano futuro “fica a depender do parecer de especialistas” ⁽⁶²⁷⁾. Nessa linha de compreensão também traz à baila a irrupção ou emergência de realidades delitivas assaz peculiares, situações em que mesmo quando a específica contribuição do ator singular “fosse mentalmente suprimida a situação global de perigo ainda assim conservar-se-ia inalterada” ⁽⁶²⁸⁾. Donde – adverte – no que toca aos chamados delitos de risco ou delitos relacionados ao futuro, não caberia mais sequer falar-se na existência de uma causalidade fundante da responsabilidade ⁽⁶²⁹⁾.

⁽⁶²⁵⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, *ob. cit.* [n. 620], p.6 e s; p. 11 e s.

⁽⁶²⁶⁾ Outra não é a conclusão de FIGUEIREDO DIAS que, juntamente ao problema da acumulatividade, ainda observa que STRATENWERTH também irá recorrer à “progressiva *juridificação das relações sociais*”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n. 17], p. 151.

⁽⁶²⁷⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, *ob. cit.* [n. 620], p.7.

⁽⁶²⁸⁾ Tal como a conduta de quem desnecessariamente conduz um veículo e com isso contribui para a crise ecológica.

⁽⁶²⁹⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, *ob. cit.* [n. 620], p. 6 e s. Também estima que esse aspecto do problema ingressaria na esfera de cognição do agente individual, que, todavia, não se deixaria motivar a conduzir-se de outro

De tal sorte que torna-se pensável a possibilidade de o ilícito material vir a encontrar sustentação em condutas ou comportamentos que, tomados em si mesmos, não manifestam qualquer danosidade social mais expressiva. Também está fora de dúvida que uma tal compreensão da realidade movente levou STRATENWERTH a sustentar a necessidade de se estabelecer uma sanção para punir o mero comportamento, com vistas à tutela do que denominou graficamente de “grandes contextos de vida” ⁽⁶³⁰⁾ do qual o homem é parte integrante ⁽⁶³¹⁾, fazendo-o, impende agora vincar, sem amparo ou sustentação no dogma da proteção de bens jurídicos.

2.1. Direito penal do comportamento: uma mudança de paradigma?

Indisputavelmente é sobretudo o princípio do bem jurídico que um setor cada vez mais amplo da doutrina estima resultar insatisfatório – ou de todo inservível – ao “asseguramento do futuro” e se propõe, então, a sustentar que o postulado do direito penal como proteção de bens jurídicos careceria não apenas de uma instância crítica de legitimação, como, coextensivamente, também advoga que a teoria jurídico-penal da imputação, e porque também ela orientada é para o bem jurídico, não seria susceptível, sem importantes modificações, de acomodar-se a esse novo âmbito de problemas; e, demais disso, também assevera que o bem jurídico é um artefacto jurídico-dogmático que tem sido utilizado tão-só a pretexto de legitimar a tutela penal de uma constelação de objetos que apresentam contornos deveras instáveis e pouco

modo, ainda quando confrontado com a magnitude do provável resultado (global) final. Com efeito, nenhum fumador considera-se homicida, ainda quando se lhe apresentem evidências científicas de que, com o seu comportamento, poderá ter contribuído, juntamente com outros fatores concorrentes, para o câncer do cônjuge não adicto à nicotina.

⁽⁶³⁰⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, *ob. cit.* [n. 620], p.16.

⁽⁶³¹⁾ STRATENWERTH, faz sentido afirmar, afasta-se de um pensamento exacerbadamente antropocêntrico, porquanto ao defender a proteção dos chamados contextos de vida, exprime que tal deve ter lugar sem necessidade de recondução aos interesses concretos de um qualquer sujeito.

nítidos, a exemplo dos chamados interesses ecológicos relacionados à tutela das futuras gerações ⁽⁶³²⁾.

Neste ritmo e seguindo o fio condutor destas páginas, cumpre articular que no que toca a certos âmbitos da normatividade penal propôs STRATENWERHT – já com o propósito de tornar o direito penal mais eficiente para o embate dos grandes riscos – a introdução de um arsenal de normas (normas de conduta “fundamentais para o consenso básico em uma sociedade”) orientadas ao controle do comportamento e sem qualquer “retroreferência a interesses individuais” ⁽⁶³³⁾, pretendendo deste modo resguardar os chamados “contextos de vida como tais” ⁽⁶³⁴⁾. Diga-se desde

⁽⁶³²⁾ STRATENWERTH (*Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, ob. cit.* [n. 620], p. 12) alude à necessidade de identificação de novos interesses de proteção, tais como interesses puramente ecológicos, as futuras gerações etc, os quais, diversamente dos tradicionais bens jurídicos individuais (que usualmente apresentam uma configuração caracterizada pela presença de contornos claros e bem definidos) não teriam uma “fronteira nítida”, pois “ninguém sabe dizer o que é exatamente uma poluição das águas, ou mesmo uma deterioração de nosso ambiente natural”. Temos aqui, bem é de ver, claros excessos retóricos. Como assim que ninguém sabe dizer exatamente o que é uma poluição das águas ou uma deterioração ambiental? Ora, não é de hoje que a ciência (há, inclusive, uma disciplina específica a ocupar-se da matéria: a Ecotoxicologia) possui meios e modos para estabelecer índices máximos a partir dos quais as componentes do ambiente natural podem sofrer abalo, *i.e.*, ser afetadas por imissões ou emissões contaminantes. As componentes ou entidades do meio ambiente natural não são, pois, objetos transneptunianos, mas sim elementos reais e, em dadas circunstâncias, elementos perfeitamente tangíveis pela ação humana.

⁽⁶³³⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.*[n.49], p.683. Um tal direcionamento, reconhece-o o próprio STRATENWERTH, exigiria um despedir-se do pensamento puramente antropocêntrico, ainda vinculado à dicotomia interesse individual/interesse coletivo. V. STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n. 49], p. 692 e 694. Dando ressonância a esse pensamento e interpretando que a expressão sem “retroreferência a interesses individuais” tem por base que, “do ponto de vista da tipicidade penal não há uma relação mediata tal como na linha de consideração dos bens jurídicos intermédios, ou sequer mesmo imediatamente, como nos bens jurídico-penais individuais”, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 30.

⁽⁶³⁴⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n.49], p. 683. Deve dizer-se que STRATENWERTH não apenas afasta-se do pensamento antropocêntrico, como parece aproximar-se de uma linha mais ecocêntrica, designadamente quando afirma que “está a aumentar a consciência de que nós, em lugar de senhores do

logo: tudo faz inclinar-nos a inteligir que se trata de defender a introdução de normas cujo eixo axiológico gira, exclusivamente, em torno do desvalor da conduta. Prossigamos.

Deveras, na qualidade de pertinaz defensor de delitos referidos ao futuro advoga STRATENWERTH, que precisamente os tipos penais ambientais encontram sustentação em puras normas de conduta, considerando como legítima a tutela de interesses ecológicos, dêis que vinculados a interesses vitais de toda a humanidade ⁽⁶³⁵⁾ – já como caminho possível para o enfrentamento dos novos grandes perigos. Devemos aludir que o fundamento último dos mencionados “delitos de conduta”, também denominados por alguma doutrina de “delitos de risco” ⁽⁶³⁶⁾, deve ir buscar-se nas chamadas “convicções culturais homogêneas profundamente arraigadas” (HEFENDEHL)⁽⁶³⁷⁾, isto é – e agora para o exprimir com as palavras de

planeta, somos parte de um contexto maior de vida, que envolve tanto o homem como a natureza, que poderia obrigar à consideração e ao cuidado (“Fürsorge”) também perante outras criaturas ou até mesmo da natureza inanimada”. V. STRATENWERTH, Günther, “Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach Freiheitsgesetzen”, in: *Fest. für E.A. Wolff*, Rainer Zaczky et al. (Hrsg.), Berlin; Heidelberg: Springer, 1998, p. 495 ss., p. 506

⁽⁶³⁵⁾ De modo que, é bem de ver, diante de uma proposta fortemente ecocêntrica também não estamos. Aliás, HEFENDEHL (*Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p.308) também não deixa de assinalar que uma orientação consagrada de uma tutela voltada à vida futura entra em rota de colisão com uma compreensão estritamente ecocêntrica.

⁽⁶³⁶⁾ Glosando SILVA DIAS (*Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 42 e s), tratar-se-ia da instituição de uma nova modalidade de “delito de risco”, sustentada “na suspeita *ex ante* de perigosidade da acção”, logo diversa do perigo abstrato tradicional, que assenta numa concepção de “perigosidade da ação para bens jurídicos estatisticamente comprovado e que admite a prova negativa da perigosidade da ação concreta”, entendendo então que “nestes casos (‘delitos de risco’), a comprovação da perigosidade da acção prescindiria da previsibilidade e de qualquer relação de ofensividade, positiva ou negativa, com o bem jurídico, por mais ténue que fosse”. Interpolamos.

⁽⁶³⁷⁾ Todavia, não se trata de convicções imutáveis, posto que elas podem sofrer profundas alterações ao longo do tempo. Neste passo é bom recordar que a escravidão durante a antiguidade era tida como uma instituição natural; por outro lado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadãos de 1789 – a revelar o carácter ainda limitado do conceito de cidadania então vigente – não contemplava pessoas do sexo feminino. Chama atenção para estes aspectos, STRATENWERTH, Günther, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, in: *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder*

STRATENWERTH –, nas representações ou “sistemas valorativos compartilhados de maneira praticamente unânime” ⁽⁶³⁸⁾, a legitimarem, afinal, a irrogação de uma pena àquelas ações que constituam um menoscabo às normas de conduta estabilizadas de modo consensual ⁽⁶³⁹⁾.

Mas, cumpre ponderar, a mera referência a tais “representações valorativas unanimemente compartilhadas” (“einheilig geteilte Ordnungsvorstellungen”) não afasta a questão de saber se isto basta para reconhecê-las já como dignas de tutela penal. De outra margem também é assinalado que o abandonar-se o postulado do bem jurídico precisamente no âmbito dos delitos contra o meio ambiente põe limpidamente em evidência os perigos de perda de potencial crítico que tal renúncia acarretaria e que, se se edificassem, *e.g.*, crimes ambientais com amparo em simples normas gerais de conduta tomadas como essenciais para o consenso social básico (consoante sugere STRATENWERTH) correr-se-ia o risco de “inclinarem-se acentuadamente para o terreno movediço das atitudes quando sequer existe um alicerce suficientemente firme e racional em que assentar tais normas” ⁽⁶⁴⁰⁾.

dogmatisches Glasperlenspiel?, Roland Hefendehl *et al.* (Hrsg.), Baden Baden: Nomos, 2003, p. 255 ss., p. 259.

⁽⁶³⁸⁾ STRATENWERTH, Günther, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, *cit.*[n. 637], p. 258.

⁽⁶³⁹⁾ De modo que para STRATENWERTH a razão fulcral da intervenção penal – no que concerne ao chamado asseguramento do futuro – não é propriamente a lesão a certos bens jurídicos, mas a inconsideração ou o menoscabo a uma daquelas normas de conduta consideradas de capital importância para o acordo normativo fundamental da sociedade. Daí que a própria proteção das liberdades individuais (típica de um direito penal liberal clássico) não emanaria de ponderações acerca do bem jurídico, pois adviria apenas da constatação de que a referida garantia é ela mesma um fragmento do prefalado consenso normativo. Com isso, não é errado pensar, STRATENWERTH aproxima-se demasiado de JAKOBS.

⁽⁶⁴⁰⁾ Bem, a despeito de advogar um tal ponto de vista, HEFENDEHL concede que – uma vez mantido como ponto de partida originário irrenunciável o modelo fundado na busca de bens jurídicos protegidos, modelo a ser aperfeiçoado pela supressão dos chamados bens jurídicos aparentes –, *excepcionalmente*, poderá estruturar-se um delito de conduta. V. HEFENDEHL, Roland, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskpetikers”, *in: Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl *et al.* (Hrsg.), Baden Baden: Nomos, 2003, p. 286 ss, p. 286 e s.

Donde, os novos perigos, tudo está a indicar, puseram em crise um dogma ou paradigma da “ciência normal” (THOMAS KUHN), “*rectius*”, um paradigma do direito penal, consoante parece roborar a suprarreferida proposta doutrinária que, para a tutela das gerações atuais, mas sobretudo para a proteção do “mundo vindouro” (“*Nachwelt*”) aconselha e recomenda a superação do direito penal do evento (orientado para o passado [⁶⁴¹]), bem como propõe uma forte flexibilização do dogma do bem jurídico em prol do reconhecimento da necessidade de elaboração de um conjunto de “normas de conduta relacionadas ao futuro” (um novo paradigma? [⁶⁴²]), com vistas à

(⁶⁴¹) Em uma “sociedade de risco” o passado perde substância e valor e, já em função do surgimento de uma forte consciência do risco, o futuro assume por inteiro a capacidade de determinação do presente. V. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 11], p. 44. Por outro lado, no campo ético, mas com prováveis refrações penais, talvez estejamos a experienciar um sutil deslocamento, melhor, um descentramento. É que a ética sempre se relacionou com o tempo presente, com a simultaneidade existencial, “com o aqui e agora”, com contextos de vida prática e actual, com contatos humanos de direta proximidade – uma ética, portanto, tipicamente antropocêntrica. O seu *ethos* não comportava a intromissão de um interesse moral para com o meio ambiente (sobre isso, veja-se JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 326], p. 22 e s.) – muito menos ainda, um interesse para com algo como... as *gerações futuras*. Sobre essas importantes questões, em detalhe, v. o Cap. V, *infra*.

(⁶⁴²) A rejeição de um paradigma (ou concepção do mundo) sem que suceda a simultânea substituição por um novo modelo teórico importa em recusar a própria ciência. É o veredicto de KUHN, Thomas, *in: A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira e Néelson Boeira, 6ª. ed., São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 110. Mas um tempo de transformações e de constantes inovações como este em que vivemos (ou em que nos encontramos aprisionados) permite constatar uma intensificação das “mudanças de paradigma” como uma de suas algo difusas características. Em volta desse eixo compreensivo, v. KAUFMANN, Arthur, “Einleitung: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik”, *in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1994, p. 1 ss., p. 19. De forma mais gráfica e também com uma pitada de ironia no tocante a uma tal tendência de rotatividade dos paradigmas, FARIA COSTA (*O Perigo em Direito Penal*, *cit.* [n.53], p. 277 e s., na nota n.º. 9), que fala-nos de um “paradigma da alteração do paradigma”. Todavia este autor não se mostra insensível à noção de que algo mudou. Reconhece até mesmo a importância em buscar-se um nova forma jurídico-penalmente fundamentada de observar a “coisa mudada”. Mas alerta, e bem, para o risco de estar-se perante uma obsessiva forma do pensamento que veio a cristalizar-se em nosso tempo histórico – horizonte hermenêutico que fecunda mas que simultaneamente pode atar o inteligir –, e, quando não

proteção dos prefalados “contextos de vida como tais”; enfim, sugere que se palmilhe uma “terceira via” ⁽⁶⁴³⁾ jurídico-normativa. De um jacto: um direito penal do comportamento.

2.2. Tutela de “contextos de vida” como relativização do conceito de bem jurídico

Mas estariam aqueles que propugnam (força dos novos perigos) pela elaboração de normas orientadas para um futuro mais distante realmente a assumir a superação do modelo penal fundado na tutela de bens jurídicos, *i.e.*, estaria um respeitado setor da doutrina (mormente germânica) a defender a instauração de um novo paradigma, ancorado quase que inteiramente no desvalor da ação ⁽⁶⁴⁴⁾?

Bem, o próprio STRATENWERTH deixa cristalino que não pretende despedir-se do conceito de bem jurídico (ou dos princípios garantistas do

racionalmente controlada, também pode fazer da alteração do paradigma um substituto de plantão para a “incapacidade explicativa”.

⁽⁶⁴³⁾ É-se chamado nesta nótula a esclarecer que a proposta de STRATENWERTH é apodada, pelo próprio, de “terceira via” jurídico-normativa, com isso pretendendo significar, tanto uma suposta ineficácia das vias extrapenais (administrativa e civil), ramos do direito estes que se valeriam – contrariamente ao que se passa com o direito penal – de conceitos e critérios preponderantemente formais (despojados de conteúdo material), como também, e principalmente, uma inadequação do instrumental do bem jurídico penal para enfrentar os novos perigos. Trata-se, de toda sorte, de uma tomada de posição pelo emprego do arsenal repressivo-penal ao influxo de tutelar valores que o contexto histórico-social estaria a indicar como dignos e necessitados de proteção, valores a serem plasmados em “normas de conduta referidas ao futuro”, sustentadas porém pelas ditas “convicções culturais homogêneas profundamente arraigadas”: esta a terceira via stratwertiana. Também defende uma “terceira via” nos termos em que propugnada por STRATENWERTH, com vistas “não a uma concepção penal puramente funcionalista, mas com o propósito ultrapassar-se uma proteção de bens jurídico vinculada ao pensamento antropocêntrico, em ordem a proteger-se ‘normas de conduta referidas ao futuro’”, CORCOY BIDASOLO, *Mirentxu*, “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales e derecho penal mínimo”, *cit.* [n. 275], p. 374.

⁽⁶⁴⁴⁾ Tomando como certo que objetivamente tem-se uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que o “fundamento do injusto deixa de ser o bem jurídico penal para passar a ser o próprio desvalor da ação”, CARDOSO, Fernando Navarro, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *cit.* [n. 288], p. 1.333.

direito penal), que de resto tem como ajustados a um “clássico” direito penal do autor/vítima ⁽⁶⁴⁵⁾, ou seja, a um direito penal nuclear, podendo então dizer-se, sem receio, que ele adota uma posição intermediária, posto defender, sem abandono dos princípios de garantia inscritos em um Estado democrático de Direito, uma *relativização crítica* ⁽⁶⁴⁶⁾ daquele dogma ⁽⁶⁴⁷⁾, mormente ao influxo de enfrear-se o ímpeto dos novos grandes perigos que, presumivelmente, ameaçam a continuidade existencial da espécie.

Ou seja, a atitude de pôr em causa a pretensão de validade universal do conceito de bem jurídico não significa, para STRATENWERTH, opção por uma interpretação puramente funcional ⁽⁶⁴⁸⁾ das normas penalmente protegidas, mas apenas o “abandono de uma proeza teórica”, que já não pode, segundo pensa este autor, ter êxito no cumprimento da tarefa mais refinada de preservação das possibilidades de vida das futuras gerações ⁽⁶⁴⁹⁾ – missão

⁽⁶⁴⁵⁾ STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, *ob. cit.* [n. 620], p.12

⁽⁶⁴⁶⁾ Como deixámos de remissa, HEFENDEHL apresenta uma posição algo matizada em relação à proposta de STRATENWERTH, posto entender que tais normas de conduta, mesmo ainda no espaço normativo da tutela dos grandes perigos ou de tutela do futuro devem representar, frente ao critério do bem jurídico, uma “absoluta exceção”. V. HEFENDEHL, Roland, “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, *in: GA* (2002), p. 21 ss., p. 23.

⁽⁶⁴⁷⁾ HIRSCH opõe-se a um parcial abandono do princípio do bem jurídico-penal, vendo aí uma similitude com o direito penal da mera violação do dever defendido pela Escola de Kiel (década de 30 do século transato). V. HIRSCH, Hans Joachim, “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen”, *in: Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Hans-Heiner Kühne e Koichi Miyazawa (Hrsg.), Köln *et al.*: Heymann, 1995, p. 11 ss., p. 17. Sobre a Escola de Kiel, v. o ponto 3.1., *infra*.

⁽⁶⁴⁸⁾ Contra, MENDOZA BUERGO (v. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, *ob. cit.* [n.312], p. 62 e s.), pois vislumbra na proposta de STRATENWERTH a introdução de elementos funcionalizadores de importantes conceitos penais.

⁽⁶⁴⁹⁾ Assim não é correto pensar-se que STRATENWERTH classifica todos os tipos penais como delitos de conduta. Segundo ajuizamos este autor defende que o conceito de bem jurídico, exatamente em função do carácter algo impreciso dos novos objetos a proteger, é inapropriado tão-somente no que toca aos novos territórios (voltados ao “asseguramento de futuro”): inepto por mor para o enfrentamento da criminalidade que ingere-se no património genético e no entorno ambiental. Donde, segundo a interpretação que fazemos do pensamento do citado autor, apenas nestas novas zonas da normatividade penal é que caberia à dogmática jurídico-penal reorientar-se para o desvalor do comportamento.

esta situada muito além da “simples” proteção a interesses individuais. Para ele então, bastaria, reconhecer-se que “à cultura da nossa vida social também pertencem normas que não se deixam reconduzir à ideia de bem jurídico” ⁽⁶⁵⁰⁾.

Não obstante isso, a rigor, ainda que de uma maneira bem matizada, STRATENWERTH parece preocupar-se com a preservação do conceito de bem jurídico, que estaria a correr o risco de liquefazer-se “até à impossibilidade de reconhecimento”, vindo a pleitear, inclusive, uma mais comedida prodigalidade no emprego da técnica do delito de perigo abstrato, contrapondo-se, deste modo, ao que aqui podemos denominar de indevida expansão interpretativa do princípio da ofensividade. Logo, a relativização do conceito de bem jurídico que propõe – a seu modo de perceber o problema – não importará em uma “dramática despedida de uma venerável tradição”, considerando, outrossim, que é enganosa a suposição de que o reconhecimento da necessidade de tutela penal de normas gerais de comportamento seria constitutivamente incompatível com aquele postulado, pois, em última instância, elas não são desconcordantes: “ambas fazem parte de um evoluir histórico fundado em semelhanças culturais inerentes à ordem social mutável e, em pormenor, frequentemente controversa, em que nós sempre estamos inseridos” ⁽⁶⁵¹⁾.

Em síntese, ao postular a necessidade de proteção de “contextos de vida” a que estamos indissociavelmente ligados não propugna STRATENWERTH, pese não desconhecer o “paradigma ecológico emergente”, uma qualquer viragem do paradigma penal, mas sim a construção de uma “terceira via”, sem no entanto, é bem de ver, especificar qual aspecto assumiriam as modificações das usuais regras de imputação ⁽⁶⁵²⁾. Não se pode deixar de reconhecer a proposta em comento como “uma convincente descrição do estado de coisas existentes” (WOHLERS). Mas, tal proposta, direcionada a afastar *topicamente* e de modo cirúrgico o instrumental do bem

⁽⁶⁵⁰⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, *in: Fest. Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1998, p. 377 ss., p. 391.

⁽⁶⁵¹⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, *cit.* [n. 650], p. 390.

⁽⁶⁵²⁾ Aliás, consoante observa, com total propriedade, Wolfgang WOHLERS (*Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 25).

jurídico ⁽⁶⁵³⁾ não obteve ampla recepção doutrinária ⁽⁶⁵⁴⁾, tendo vindo a deparar com as seguintes objeções cardeais, ora expostas de modo esquemático:

a) a renúncia ao bem jurídico alcançaria um zona demasiado extensa da normatividade, cujos contornos ainda não estão sequer delimitados de modo preciso, algo que se tem considerado particularmente insensato, *maxime* quando se toma em linha de consideração as capacidades críticas e de limitação imanentes à análise do bem jurídico, que, aliás, têm sido estimadas como fundamentais ao Estado de Direito, para além de que também concorrem para a definição do preciso conteúdo do injusto ao colaborarem para estabelecer a relação quer de propinquidade, quer de distanciamento da conduta relativamente a uma lesão do bem jurídico⁽⁶⁵⁵⁾;

b) tratar-se-ia de uma proposta voltada a orientar o direito penal exclusivamente para a prevenção de crimes ⁽⁶⁵⁶⁾;

c) a gravidade das ameaças que pesam sobre o planeta, em si mesma, não deveria conduzir inelutavelmente à ingerência penal, na verdade apenas atestaria a inadequação do seu *instrumentarium* ⁽⁶⁵⁷⁾.

⁽⁶⁵³⁾ Isto é, especificamente nas constelações jurídico-penais relacionadas à proteção do futuro.

⁽⁶⁵⁴⁾ Em boa medida, como já se aludiu, em função da interpretação algo generalizada no sentido de que as normas de conduta orientadas para o futuro atuam tal qual um *Ersatz* da ideia de bem jurídico.

⁽⁶⁵⁵⁾ MENDONÇA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, *ob. cit.* [n.312], p.76.

⁽⁶⁵⁶⁾ STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*, *ob. cit.* [n. 28], p. 516 ss.

⁽⁶⁵⁷⁾ PRITTWITZ, Cornelius “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, *cit.* [n. 215], p. 158 s. Bem, essa assertiva nada demonstra além de promessas retóricas. É generalizadora, inespecífica e

É curial frisar que FIGUEIREDO DIAS ⁽⁶⁵⁸⁾ posiciona-se no sentido de que a substituição da função de proteção de bens jurídicos pela tutela direta de “relações da vida como tais” poderia representar “um *requiem* para paradigma iluminista do direito penal e um regresso a um direito penal protetor da moral ou de uma certa moral”. Donde, pese defender, tal como o faz STRATENWERTH, a tutela (penal) dos grandes riscos e das futuras gerações, dele diverge tanto por manter-se integralmente fiel ao paradigma estabelecido, como também por defender que a referida tutela há de realizar-se em função de bens jurídicos de matiz coletivo ⁽⁶⁵⁹⁾ – algo que STRATENWERTH rejeita de modo expresso ⁽⁶⁶⁰⁾.

Por tudo isso, contrariamente ao que poderia parecer num primeiro relance, não há (salvante a questão de fundo relacionada à compartida compreensão da necessidade de tutela do futuro mediante o direito penal) qualquer acordo entre esses autores quanto à questão do paradigma legitimador dessa intervenção: para um, “as relações da vida como tais”, a serem reguladas e tuteladas mercê normas de comportamento; para o outro, a proteção dos “bens jurídicos coletivos” ⁽⁶⁶¹⁾.

conduz à absurda constatação que o direito penal é sempre e sempre ineficaz, logo simbólico, em relação à qualquer grave ameaça. Ora, na medida em que não se sabe quantas graves ameaças o direito penal já teve o condão de evitar, pois conhecemos tão-só aquelas que já se fazem rotineiras, fica fácil deslegitimá-lo. Todavia, se bem vemos as coisas, tal raciocínio também pode ser empregue para os perigos tradicionais. Cada homicídio perpetrado atestaria a falência do direito penal. Donde, como não defendemos um direito penal da pura retribuição, entendemos que asserção ora admoestada é falaciosa e não esclarece nada.

⁽⁶⁵⁸⁾ Para uma específica análise do pensamento desse autor acerca dos delitos cumulativos, v. o ponto 7.1., do Cap. VII, *infra*.

⁽⁶⁵⁹⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 151 ss.

⁽⁶⁶⁰⁾ Ao afirmar que o conceito de bem jurídico coletivo é “prescindível” (entbehrlich). V. STRATENWERTH, Günther, *in*: “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, *cit.*[n. 637], p. 260.

⁽⁶⁶¹⁾ Estimamos, portanto, que FIGUEIREDO DIAS perfila um entendimento que não se sobrepõe nem converge em sintonia plena com a proposta stratwerthiana. Transcrevamos o seguinte fragmento para o efeito de melhor explicitarmos o nosso ponto de vista sobre o pormenor: “[...] a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras passa pela assunção de um direito penal do comportamento em que são penalizadas e punidas pura relações da vida como tais. Não se trata com isto, porém, de uma alternativa ao direito penal do bem jurídico: ainda

2.2.1. Hipóteses outras de perda de substância do conceito de bem jurídico

JAKOBS é outro autor que consente em “relativizar” a ideia que o direito penal presta-se à proteção generalizada de bens jurídicos ⁽⁶⁶²⁾, noção ou conceito que entende impróprio para determinadas infrações de dever ou situações em que haveria tão-somente infração de um “papel”. Para este autor não há, portanto, um bem tangível a ser precatado, ou seja, a função do direito penal não se constitui na proteção de objetos físicos, pois o bem a ser protegido é a identidade social plasmada na norma ⁽⁶⁶³⁾. Ergo, o conteúdo material do injusto já não se sustenta na lesão de um bem jurídico, mas na “inimizade” do autor perante a norma que a conduta objetivamente imputável comunica. Missão do direito penal, em JAKOBS – como deixámos emoldurado em outro lugar ⁽⁶⁶⁴⁾ – consiste, apenas, em assegurar e reafirmar a vigência da norma, a realizar-se no mesmo plano comunicativo e rico de simbolismo em que se deu a conduta; norma que, bem é de ver, garante então apenas uma expectativa de que se não produzam ataques a bens, mas não já sua

aqui a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de *bens jurídicos colectivos* e só nesta medida se encontra legitimada”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 142 e s, cursiva nossa. Veja-se que FIGUEIREDO DIAS não se afasta do *paradigma* do bem jurídico nem mesmo no que refere à proteção do mundo vindouro – divergindo neste ponto de STRATENWERTH. Ou seja, com FIGUEIREDO DIAS o paradigma range, mas as “regras do jogo” não mudam.

⁽⁶⁶²⁾ JAKOBS, Günther, *Strafrecht - AT, ob. cit.* [n. 348], p. 2 ss. Para ele “uma ofensa ao bem jurídico não pode ser invocada como núcleo de todos os delitos” (*Strafrecht - AT, ob. cit.*, p. 42).

⁽⁶⁶³⁾ Assinala JAKOBS, de modo bem gráfico, que o direito penal garante a “vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”, JAKOBS, Günther: “*O que protege o Direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*”, *cit.* [n. 410], p. 33 *usque* 37.; veja-se também Klaus TIEDEMANN (*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: J.C.B. MOHR, 1969, p. 115 ss.), outro autor que busca relativizar o bem jurídico, e para quem a afirmação de que todo o direito penal em vigor consiste na proteção de bens jurídicos serve a estabelecer tão-só uma unidade aparente entre dogmática penal e política criminal, que, ao final e ao cabo, presta-se a comprometer o próprio conceito de bem jurídico em ambos os setores.

⁽⁶⁶⁴⁾ V. ponto 3.2, do Cap. II, *supra*.

intangibilidade ⁽⁶⁶⁵⁾. Com isso a proteção de bens jurídicos é deslocada para um plano secundário. Passa a gozar do estatuto de mera decorrência (proteção mediata) do assecuramento da norma ⁽⁶⁶⁶⁾.

Esse quase total desligamento do direito penal do dogma penal da proteção a bens jurídicos, aliado a um obsedado direcionamento para a proteção da vigência da norma convida a doutrina a considerar que JAKOBS vê o direito penal como um sistema normativo fechado e autorreferente: imunizado contra quaisquer “considerações empíricas *sem base normativa*”⁽⁶⁶⁷⁾.

Merece também uma pausada reflexão o entendimento de ROXIN que, na última edição de seu Manual, ao cuidar tanto da Lei de Proteção aos Embriões (Embryonenschutzgesetz) ⁽⁶⁶⁸⁾, como da Lei de Proteção de Animais⁽⁶⁶⁹⁾ alemãs compartilha do ponto de vista que sustenta a possibilidade

⁽⁶⁶⁵⁾ JAKOBS, Günther, “O que protege o Direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?”, *cit.* [n. 410], p. 31 ss.

⁽⁶⁶⁶⁾ Sobre isso, em detalhe, JAKOBS, Günther, *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p. 50 ss.

⁽⁶⁶⁷⁾ MIR PUIG, Santiago, “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, *cit.* [n. 340], p. 455 ss. *Itálico nosso.*

⁽⁶⁶⁸⁾ Posto que uma vez que se leve em consideração que os embriões ainda não são pessoas, a coexistência humana não é diretamente afetada por aquilo que a pesquisa científica pode com eles realizar. Todavia, não se pode permitir que o embrião, porque forma potencial de vida humana, não seja, até um certo grau, penalmente tutelado. Nesse sentido, ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 29 s.

⁽⁶⁶⁹⁾ ROXIN avaliza que nessa área pode-se observar uma “ainda mais pronunciada superação do conceito tradicional de bem jurídico”, pois, pese embora muitos “elementos básicos da criação já serem objeto de proteção pelo direito penal ambiental como pressupostos para uma pacífica convivência humana e, nessa precisa medida, já se encontrem cobertos pela tradicional tutela do bem jurídico”, na hipótese de plantas raras e mesmo ainda de muitos animais em extinção a convivência social não seria sequer perturbada com o seu desaparecimento. V. ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 30. Sobre este instigante *topos*, fundamental sobre o ângulo ético (seguindo a KANT) e lembrando que “a teriofilia vale ao menos como veículo de aperfeiçoamento moral nas relações entre humanos, de que ela vale em função de um objectivo vincadamente antropocêntrico, de que ela é um ‘ensaio’ de “ética do respeito” que, adquirida e formada na compaixão para com os animais, aproveita depois, na sua forma acabada à intersubjectividade humana”, ARAÚJO, Fernando, *A Hora dos*

de uma tópica intervenção penal não ancorada em bens jurídicos (menciona uma “expansão da área de regulamentação penal para além da proteção de bens jurídicos”), opinando que uma exclusiva limitação à tutela de bens jurídicos já não satisfaz as exigências de um “direito penal moderno”, bem como que um tal encaminhamento não é algo que devesse surpreender, mormente quando se tem em linha de conta que esta concepção remonta ao período do Iluminismo, “contando, portanto, com quase 300 anos e, já por este motivo, não se encontra apta a solucionar todos os problemas gerados pelos desenvolvimentos posteriores da ciência, da tecnologia e da indústria”. Mas uma tutela penal do comportamento, na ótica deste autor, deve, todavia, constituir uma clara exceção: portadora de contornos bem definidos e, somente pensável na hipótese de os “novos desenvolvimentos já terem sido acolhidos pelo legislador Constitucional” ⁽⁶⁷⁰⁾.

De sua vez, e muito embora tenha como irrefutável a presença na legislação penal de tipos delitivos faltos de um bem jurídico a tutelar, HEFENDEHL acredita que o seu abandono importará em uma inaceitável “perda de potencial crítico” para a dogmática penal. Deveras, este autor perspectiva os delitos de mera conduta como uma “exceção absoluta” ⁽⁶⁷¹⁾, ou seja, apenas em casos excepcionais extremamente limitados, um tipo penal poderá exigir um determinado comportamento sem deste modo tornar-se constitucional ou político-criminalmente ilegítimo ⁽⁶⁷²⁾; ou ainda, como uma *categoria subsidiária*, isto porque deve preservar-se um modelo que primeiro busque descobrir o bem jurídico tutelado e, somente na hipótese de um resultado negativo, poder-se-á cogitar sobre a necessidade de um delito de

Direitos dos Animais, Coimbra: Almedina, 2003, p. 20 e s. Sobre o tema veja-se também PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 202.

⁽⁶⁷⁰⁾ Em sintonia com o que precede, ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 29 e s.

⁽⁶⁷¹⁾ HEFENDEHL Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 53.

⁽⁶⁷²⁾ HEFENDEHL Roland, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *in*: Roland Hefendehl *et al.* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 119 ss., p. 128.

comportamento⁽⁶⁷³⁾, defendendo, então, que “o legislador penal não desborda de sua competência naqueles casos em que, sem oferecer tutela a uma moral majoritária que supunha uma tolerância frente aos que simpatizem com outros posicionamentos, limita-se a penalizar condutas contrárias a bases culturais profundamente enraizadas, conciliáveis com a ordem constitucional do Estado”⁽⁶⁷⁴⁾.

Do exposto pode observar-se que um importante setor da doutrina tem vindo, paulatinamente, a reconhecer a possibilidade, ainda que em caráter excepcional, de uma tutela de interesses que não se harmonizam com o molde conceitual do bem jurídico, como seria o caso, *e.g.*, da lei brasileira de proteção de animais contra maus tratos⁽⁶⁷⁵⁾, a configurar um puro delito de conduta: “Poucos, mas cada vez mais autores, mesmo entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, começam a aceitar, ainda que em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamadas de *delitos de comportamento*”⁽⁶⁷⁶⁾.

E no que pertine ao chamado direito penal pretoriano pode anotar-se mais um revés para o dogma penal do bem jurídico, uma vez que o Tribunal

⁽⁶⁷³⁾ HEFENDEHL, Roland, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutbefürworters”, *in: Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl *et al.* (Hrsg.), Baden Baden: Nomos, 2003, p. 286 ss.

⁽⁶⁷⁴⁾ HEFENDEHL, Roland, *In: “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y Delitos de Peligro Abstracto”, in: Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º. 19 (2001), p. 147 ss., p. 157.

⁽⁶⁷⁵⁾ Art. 32 da Lei 9.605/98: “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. GRECO afirma que, na medida em se defina o bem jurídico como “dado fundamental de titularidade ou do indivíduo, ou da coletividade”, não há como constatar a afetação, na conduta descrita no referido tipo, de qualquer bem jurídico. V. GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, *cit.* [n. 513], p. 108.

⁽⁶⁷⁶⁾ GRECO, Luís, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, *cit.* [n. 513], p. 107. Todavia, não falta quem se pergunte se o reconhecimento desta categoria de delito não poderia simplesmente significar o abandono de uma valoração da doutrina do bem jurídico como doutrina penal fundamental. Por todos, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München: C.H. Beck, 2005, p. 176.

Constitucional Alemão afastou-se ⁽⁶⁷⁷⁾ desta construção, sob o fundamento que a referida teoria “não disponibiliza qualquer parâmetro substancial que possa automaticamente ser encampado pelo direito constitucional” ⁽⁶⁷⁸⁾. Por outro lado, para o referido Tribunal, a mais de não haver sequer um conceito doutrinariamente pacificado de bem jurídico, a adoção de uma construção puramente normativa não diferiria da pura *ratio legis*, logo também não constitui um fundamento hábil a estabelecer qualquer barreira ao legislador, o único, ainda em conformidade com o Tribunal, que se encontra democraticamente – tem-se aqui o chamado “fundamento democrático” ⁽⁶⁷⁹⁾ – legitimado a “estabelecer não só os fins da pena, como também os bens a serem salvaguardados por meio do direito penal e adaptar as disposições penais à evolução social” ⁽⁶⁸⁰⁾.

De facto, e se bem vemos as coisas, com tal decisão o Tribunal parece aproximar-se bastante da tese de MAYER (e, em certa medida, também daquela proposta sustentada por STRATENWERHT), quando menciona que a criminalização do incesto pelo legislador funda-se numa “convicção de injusto sedimentada na sociedade” ⁽⁶⁸¹⁾ – a ser robustecida pelo direito penal. De outra

⁽⁶⁷⁷⁾ Ao apreciar a constitucionalidade do crime de incesto (§ 173, StGB). V. BVErfGE 120, 224 – (Geschwisterbeischlaf), decisão do segundo Senado do Tribunal, de 26 de fevereiro de 2008, (também hospedada no sítio <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>, consultado em 23 de Agosto de 2010). Sobre esta decisão, em detalhe, com um olhar crítico e apresentando uma inovadora proposta, GRECO, Luís, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? – Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”, *RBCCr*, 82 (2010), p. 165 ss.

⁽⁶⁷⁸⁾ Assim o BVErfGE 120, 224, parágrafo 39 (quanto a isso seguiu o tribunal, expressamente, as doutrinas, dentre outros, de LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, *ob. cit.* [n. 294], p. 143 ss., p. 536; Ivo APPEL, *Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p.390; e Claus ROXIN, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], § 2 Rn. 27, p. 86 ss).

⁽⁶⁷⁹⁾ Entendendo que a referida decisão veio, precisamente com a introdução do chamado argumento do “princípio democrático”, a degenerar a proposição de *ultima ratio* em um mero *topos* de argumentação, SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, *in: ZStW*, 122 (2010), Heft 1, p. 24 ss., p. 50.

⁽⁶⁸⁰⁾ BVErfGE 120, 224, *cit.* parágrafo 39.

⁽⁶⁸¹⁾ BVErfGE 120, 224, *cit.* parágrafo 50. Para uma extensa crítica a essa decisão veja-se o voto em separado de HASSEMER (BVErfGE 120, 224, *cit.*, parágrafos 73 ss.).

banda, ao julgar a questão posta em apreciação (o crime de incesto) o Tribunal também admitiu, ainda que implicitamente, uma punição calçada em “meras convicções morais” (e não em um bem jurídico), fazendo-o, segundo GRECO bem viu, como “razão adicional autonomamente relevante para uma criminalização” ⁽⁶⁸²⁾. Também aqui a doutrina de MAYER da chamada “eficácia configuradora de costumes” (“Sittenbildenkraft”) ou força pedagógica (efeito de aprendizagem), ou seja, de que é missão do direito penal tanto a manutenção, como o fortalecimento de convicções morais via internalização das normas, parece ressurgir.

Neste passo acentue-se que se considerarmos em admitir que a missão do direito penal não vem exclusivamente cingida à proteção de bens jurídicos – e a recepção, ainda que bem delimitada dos delitos de conduta como categoria autônoma importaria já em admitir que o eixo dos tipos penais a legitimar ultrapassa os limites conceituais do bem jurídico – então caberá logo perquirir acerca do que pode legitimamente ser ultrapassado. Trata-se agora, sobretudo, de perguntar não somente quais seriam os pressupostos legitimantes dos delitos de comportamento, como ainda de investigar os critérios a utilizar para o efeito de discriminar-se os tipos penais legítimos dos ilegítimos.

Um primeiro fundamento de legitimação para a construção de delitos de comportamento, consoante já ficou anotado no texto, poder-se-ia ir buscar nas convicções culturais profundamente arraigadas, que não apenas não desbordem da ordem de valores constitucionalmente cristalizada, como com ela se mostrem plenamente compatíveis; um segundo pilar legitimante de figuras penalmente típicas eventualmente não sustentadas em bem jurídicos – quiçá equipolente à dignidade penal (valor) dos bens jurídicos que dão sustentação à maioria dos ilícitos típicos – poderia desocultar-se nos princípios fundantes do direito penal em um Estado democrático e de Direito, especialmente no princípio da *proporcionalidade*. Daí que alguma doutrina argumente não ser infrequente que tipos penais livres de bem jurídico descrevam comportamentos delitivos de carácter iterativo, cujas consequências

⁽⁶⁸²⁾ GRECO, Luís, “Tem futuro a teoria do bem jurídico?”, *cit.* [n. 677], p. 170.

podem revelar-se particularmente graves, e somente por essa razão é que tais comportamentos seriam proibidos com uma pena ⁽⁶⁸³⁾.

Insta anotar que CORCOY BIDASOLO ⁽⁶⁸⁴⁾ consente que o manejo do arsenal repressivo-penal – e sempre em atenção aos interesses que no atual contexto histórico-social poderiam ser estimados como prevalecentes – também deve prestar-se a solucionar problemas interlaçados ao chamado “asseguramento do futuro”. Esta autora não vislumbra no aludido novel direcionamento (que inere quer à atual política criminal, quer, já quase por automatismo ou arrastamento, à dogmática penal) qualquer inimidade aos princípios garantistas, vincando que um tal encaminhamento poderá realizar-se com especial acatamento – e sem desprezo aos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* – ao princípio da *fragmentaridade*, mormente em face do formidável risco para o conjunto dos cidadãos desencadeado por determinadas condutas, tendentes a porem principalmente em causa a segurança do tráfego rodado, do meio ambiente e do controle fiscal pelo Estado, desvalorizando, tal como o fazem STRATENWERTH e SCHÜNEMANN, a eficácia das vias administrativa e civil ⁽⁶⁸⁵⁾, ramos do direito estes que se valeriam,

⁽⁶⁸³⁾ Defendendo semelhante posição, HEGER, Martin, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 208. Mas este autor ressalta, no mesmo local, que também por isso o direito penal ambiental não deve reivindicar um papel especial, devendo, de conseguinte, permanecer, de um modo geral, alinhado ao princípio do bem jurídico.

⁽⁶⁸⁴⁾ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 28 e ss.

⁽⁶⁸⁵⁾ Para alguns autores, como SCHÜNEMANN, “(...) A agonia do processo civil é hoje muito maior que a agonia da administração de justiça penal”, e isso é assim porque “(...) O mecanismo específico de eficácia do direito penal, à diferença do direito administrativo e do direito civil”, consiste em introduzir, mediante ameaça de custos muito superiores aos benefícios do delito, motivos racionais para a evitação do crime, “enquanto um autor que atua racionalmente não recebe do direito civil ou do direito administrativo nenhum motivo para evitar a conduta em vista do reduzido sancionamento (...)”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, *cit.* [n. 453], p. 15 ss., p. 30 e s. Igualmente crítico em relação às capacidades do direito civil para lidar com os novos problemas, STRATENWERTH, Günther, *in*: “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n. 49], p. 687 e s.

contrariamente ao que se passa com o direito penal, de conceitos e critérios preponderantemente formais ⁽⁶⁸⁶⁾, *i.e.*, despojados de conteúdo material.

3. Direito penal do comportamento e os riscos de uma reeticização do direito penal

A instituição de “normas de comportamento” tendo como meta o “asseguramento do futuro” caminha, segundo pensamos, lado a lado com uma reeticização do direito penal ⁽⁶⁸⁷⁾. Dito de outra forma: o repertório das novas ameaças ou novos perigos, mormente aqueles que espreitam o meio ambiente e a herança genética primordial estariam a exigir do direito penal uma resposta matizada, *scilicet*, a reclamar que à missão tradicional da pena incorporem-se – em ordem a estimular novas formas de comportamentos orientados à proteção de bens vitais das presentes, mas também, e sobretudo, das futuras gerações – *funções precursoras* (“Schrittmacherfunktionen”) ⁽⁶⁸⁸⁾, é dizer, funções de

⁽⁶⁸⁶⁾ Método esse que se traduziria em uma reduzida possibilidade de esclarecimento de condutas em que o agente para delinquir se prevalece precisamente das technicalidades formais daqueles ramos da normatividade.

⁽⁶⁸⁷⁾ Curioso observar que, para DONINI, “(...) Um fator de reforço do papel eticizante do direito penal é acentuação, ao nível mundial, da tutela de direitos fundamentais”. V. DONINI, Massimo, *Il Volto Attuale Dell'illecito Penale – La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano: Giuffrè ed, 2004, p. 23. Para a Comissão Brundland para a Conservação Mundial de Energia o desenvolvimento sustentável implica que “todos os seres humanos – os contemporâneos e as gerações futuras – possuam um direito à vida, na verdade a uma vida digna” (WCED, 1987b: 45), estatuidando ainda que a “preservação da natureza é uma parte do dever moral para com as gerações futuras (WCED, 1987b: p. 62)”. Sobre isso, v. HOOFT, Hendrik, *Justice to Future Generations and the Environment*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 24. Itálico nosso. Por outro lado, se de acordo com WEBER, “o direito dispõe de uma racionalidade própria, independente da moral” e uma “des-diferenciação entre direito e moral significa, até mesmo, colocar em perigo a racionalidade do direito”, HABERMAS desenvolve a tese de que “a legalidade pode, exclusivamente, receber a sua legitimidade, de uma racionalidade de procedimento de grande valor moral. Esta, deve-se a um cruzamento entre dois tipos de “procedimentos”: argumentações morais são institucionalizadas através de meios jurídicos”. V. HABERMAS, Jürgen, *Direito e Moral*, trad. Sandra Lippert, Lisboa: Instituto Piaget, p. 14. e s.

⁽⁶⁸⁸⁾ STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht - AT*, 4^a. ed., 2000, p. 32 e s.; também em STRATENWERTH, Günther/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 41], p. 28.

cariz pedagógico-social (⁶⁸⁹), funções, pois, de influência e aprimoramento do comportamento, com vistas a atender a uma necessidade tanto de cunhar como de proceder à uniformização de novos valores na consciência coletiva (valores distintos dos valores ético-sociais tradicionais; valores que se apresentam necessitados de proteção contra uma irracionalidade coletiva subjacente aos comportamentos acumulativos), propulsionando-se, destarte, uma reorientação prático-cultural voltada à tutela do futuro, *i.e.*, do mundo vindouro (⁶⁹⁰).

Segundo STRATENWERTH isto ficaria fundamentalmente a depender da superação do pensamento de agudo contraste entre o homem e a natureza que modelou a modernidade e que condicionou uma perspectivação da natureza como “o outro a ser dominado e conquistado”, logo no reconhecimento do homem como “elo de um contexto de vida”, mero fragmento de um todo maior (⁶⁹¹) “sobre o qual ele não pode dispor” (⁶⁹²), não vendo nisso

(⁶⁸⁹) Para SILVA SANCHEZ a visão do direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*, vendo nos grandes riscos um problema de dimensão macroscópica e sistêmica para o qual o direito penal não se “constituiria – já conceptualmente – o mecanismo adequado para uma redução razoável dos mesmos”. Este autor também estima que a discussão sobre a atribuição “ao direito penal da responsabilidade de proteger os interesses fundamentais das gerações futuras sobre a terra é um exemplo suficientemente ilustrativo a respeito”. V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 45 e s.

(⁶⁹⁰) Sobre o tema veja-se também, STRATENWERTH, Günther/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 41], p. 28.

(⁶⁹¹) Aqui se não pode deixar de observar um traço característico do pensamento holista ou sistêmico, que se traduz na mitigação – em aberta oposição ao atomismo cartesiano-mecanicista – de todo e qualquer realce nas “partes” e, cumpre também sublinhar, um quase ostensivo destaque ao “todo”. Na culminação desse movimento de retorno (bem recuado no tempo) do pêndulo da história pressentem alguns autores a evidência, por forma a coibir a *hybris* civilizatória, de mais uma viragem de paradigma: “do paradigma mecanicista para o paradigma ecológico”. V. CAPRA, Frank, *A Teia da Vida – Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, trad. Newton Roberval Eicheberg, São Paulo: Cultrix, 1995, p. 23 ss. De uma outra margem, o repicar dos sinos para a chegada do pensamento holístico na economia do jurídico-penal talvez termine por reivindicar à dogmática não apenas uma demasiado pesada carga normativa (quicá ainda superior àquela que a teoria da imputação objetiva sem dúvida sempre exigiu) com idoneidade para expulsar do universo da juridicidade qualquer fragor ou estampido de realidade empírica, mas, e aqui demora todo o seu risco – pode

porém, qualquer suspeita de funcionalização ou de capitulação sem luta do direito penal a uma racionalidade final instrumentalizadora, sequer ainda um aceno às aliantes (e perigosas para a liberdade) propostas de um qualquer fundamentalismo, “*rectius*”, moralismo ecocentrista, parecendo antes entender que uma pedagógica tutela penal do comportamento, ainda que de semblante pré-jurídico, poderá servir de antídoto à imoderação – via supostamente idônea a instaurar uma nova prudência (*sôphrosynê*) e, quiçá, modelar um nova imagem de Homem.

ocasionar um descomedido sacrifício da “parte” e, no limite, conduzir à obsolescência do indivíduo, convertido numa entidade vaporosa e sem qualquer densidade orgânico-existencial ou cognoscitiva. Aliás, sabe-se que na escala axiológica do pensamento antigo o *cosmos*, isto é, o “todo” (os funcionalistas diriam “o sistema”, os ecologistas falam em *transversalidade*) é incomensuravelmente mais valioso do que suas partes constituintes. Mas uma ressacralização (como parecem pretender alguns ecologistas profundos ou radicais, e nesse rol não incluímos STRATENWERTH) da ordem harmônica universal poderá contribuir para a difusão do pensamento anti-iluminista que verbera ser sempre melhor uma injustiça do que uma desordem (entropia), *maxime* se acreditarmos, com a fé dos apaixonados, que o indivíduo pode, isolada ou coletivamente, pôr em perigo a sociedade, *i.e.*, a totalidade sistêmica (aliás, desde DURKHEIM, sempre maior do que a totalidade das partes). Mas esse debate não se empobrece de modo nenhum – antes se surpreende crítica e dialeticamente fecundado – se argumentarmos, com KISS, mas sem nos deixarmos contaminar por tudo que se pretende ou se assume como redutor da realidade, que “um ambiente degradado pelas poluições e desfigurado pela destruição de toda a beleza e variedade é tão contrário a condições de vida satisfatórias ao desenvolvimento da personalidade como a ruptura dos grandes equilíbrios ecológicos é prejudicial à saúde física e moral”. V. KISS, “Définition et nature juridique d’un droit de l’Homme à l’environnement”, in: *Environnement et droits de l’Homme*, KROMAREK, Pascale, UNESCO, Paris, 1987, p. 16, citado por BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica – Direito Ambiental em questão*, trad. Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 71. Logo, e não é tarefa complicada perceber, o difícil equilíbrio que o direito como ordem (*ordus*) tem agora de alcançar deverá passar, sem dúvida, por um não resignar-se à primazia imperial do recém-vindo “sistema”: cabe apenas conceder-lhe alguma setorial atenção, sobretudo ali, onde a liberdade do indivíduo parece empenhar-se em tudo esterilizar: designadamente ali onde uma liberdade mais egoísta tem a audácia de sequestrar a liberdade coletiva.

⁽⁶⁹²⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n.49] p.691.

3.1. Direito penal do comportamento e a teoria da “força configuradora dos costumes” (“sittenbildenden Kraft”)

Será, portanto, consoante havíamos atrás deixado em suspenso, uma pressuposta necessidade de cunhar novos valores na consciência coletiva, necessidade em boa medida imposta pela descoberta de nichos da realidade constelados por novos perigos, que formulará um convite para uma reparação de teoria da “sittenbildenden Kraft” – ou de alguns de seus conhecidos lineamentos – agora na narrativa do direito penal moderno e orientado para o futuro. Com efeito, a teoria da força modeladora dos costumes dedica-se a interpretar as irradiações do plano ético sobre a geografia penal e, a partir desse enquadramento, empenha-se em reconhecer-lhe uma importante e destacada função: plasmar e solidificar o mundo dos valores na consciência dos indivíduos ⁽⁶⁹³⁾.

Bem, no espaço jurídico alemão, como se sabe, ela remonta à doutrina de HELLMUTH MAYER – ele, um precoce defensor da teoria da prevenção geral positiva ⁽⁶⁹⁴⁾ –, autor que sustentava o ponto de vista que “(...) O principal mérito da pena reside na sua força configuradora dos costumes, constituindo o meio mais eficaz com que a vontade da comunidade molda e reforça o mundo

⁽⁶⁹³⁾ Formando-se, destarte, uma cultura de cuidado-de-perigo relativamente ao ambiente natural. Se tais expectativas poderão ser cumpridas é deveras difícil de afirmar, mormente porque a verificação do seu preenchimento em termos empíricos praticamente não é mensurável. Em sentido semelhante, KÜHL, Kristian, “Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?”, *cit.* [n. 525], p. 247.

⁽⁶⁹⁴⁾ Mencionando que MAYER foi um dos primeiros no pós-guerra a formular o conceito de prevenção geral positiva, VOSS, Monika, *Symbolische Gesetzgebung, ob. cit.* [n. 549], p. 106. Já para JESCHECK, “por intermédio de um desempenho uniforme e moderado da função repressiva o direito penal prossegue aquele ‘poder ético-formativo’, que a totalidade da comunidade jurídica institui como padrão normativo para o seu próprio comportamento e, assim, obtém o efeito preventivo abrangente denominado de ‘prevenção geral’. Este efeito do direito penal se alcança mercê criação de preceitos penais que, uma vez claros e acessíveis à compreensão comum das pessoas, caracterizam com precisão o desvalor da ação proibida”. V. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts – AT, ob. cit.* [n. 340], p. 3.

social dos valores, imprimindo novos e conservando antigos valores na memória coletiva” (695).

Aspecto aliciante dessa teoria é que o direito penal, pelo manejo do instrumental da pena, não apenas preserva valores já cristalizados numa dada cultura como também “abre caminho para as novas concepções valorativas, até que finalmente elas tenham encontrado aceitação geral” (696). De modo que para MAYER a “Sittenbildendenkraft” (697) representa precisamente o aspecto positivo (698) da prevenção geral, que incumbe à pena desempenhar no processo de aprendizagem (convicção interna) dos valores sociais já cristalizados ou em processo de consolidação.

Já o aspecto dissuasório (negativo) ele remeterá para um segundo plano, representando, tão-somente, um efeito secundário da pena (699). Aspecto bem peculiar desta teoria, convém registrar, é o papel meramente ancilar que é atribuído ao bem jurídico. Com efeito, o próprio MAYER não se

(695) MAYER, Hellmuth, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Stuttgart: Kohlhammer, 1953, esp. p. 20 ss.

(696) Mas uma tal aptidão, continua MAYER, “a pena só ostenta quando ela se estabelece como uma reação justa e moderada”. V. MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, ob. cit.* [n. 695], p. 23. Posteriormente, na edição subsequente do seu manual, MAYER aduz que a pena como meio de realização da vontade coletiva possui não apenas força configuradora, como também “o poder de *tabuizar* a conduta proibida” (MAYER, Hellmuth, *ob. cit.*, 1967, p. 21).

(697) A suposição de que o direito penal representa a moral vigente é para MAYER – como com inteira propriedade anota VOSS, Monika (*Symbolische Gesetzgebung, ob. cit.* [n. 549], p. 106) – uma autoevidência que ele não questiona.

(698) Já presente em ASCHAFFENBURG, quando afirmava, no que toca à pena: “Penso que ela atua de modo mais pedagógico do que dissuasório (...) Todavia, maior e mais importante do que a ameaça de punição em casos individuais é o seu valor educativo para mundividência das pessoas”. V. ASCHAFFENBURG, Gustav, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 3ª. ed., Heidelberg: C. WINTER, 1923, p. 294.

(699) Uma vez que “um direito penal que pretendesse primeiro que tudo intimidar, renunciaria à sua melhor força” (V. MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, ob. cit.* [n. 695], p. 23). É curioso observar que na doutrina inglesa tem-se vindo a defender que a prevenção de integração constitui uma variante da prevenção geral positiva, sob a designação de, atente-se bem: “Moral-educational of the Criminal Law”. Sobre isso, HIRSCH, Andrew von, *Fairness, Verbrechen und Strafe? Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin: BWV – Berliner Wissenschafts Verlag, 2005, p.70.

mostrava nada confiante quanto à ideia de que a finalidade essencial do direito penal residisse na proteção a bens jurídicos ⁽⁷⁰⁰⁾.

Pode advertir-se, sem romper ou fraturar a linha narrativa em prossecução, que igualmente WELZEL punha viva ênfase (e aqui cuida-se de um aspecto elucidativo que concorre para uma melhor compreensão da construção welziana do injusto pessoal) na função ético-social do direito penal⁽⁷⁰¹⁾, não tendo a tutela de bens jurídicos assumido uma posição dominante no contexto do seu sistema de pensamento ⁽⁷⁰²⁾, uma vez que nele ganha relevo a necessidade de promover-se o fortalecimento da consciência de atitude interna (“Gesinnung”) ⁽⁷⁰³⁾ da população – este o mais forte fundamento do Estado e da sociedade ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁽⁷⁰⁰⁾ MAYER, Hellmuth, *Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 695], p. 20.

⁽⁷⁰¹⁾ Para exprimi-lo numa oração: “Missão do direito penal é proteger os valores fundamentais da vida em comunidade”, servindo a ameaça da pena para “salvaguardar os valores fundamentais invioláveis que conferem fundamento de validade ao jurídico agir”. V. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 5ª. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1956, p. 1 e s. Deveras, o referido autor tinha a missão de configuração moral – através da qual o direito penal com as suas normas soergue os valores permanentes do jurídico agir na comunidade – na qualidade de “incomparavelmente a mais importante tarefa do direito penal”. Contudo, uma tal função moldadora dos costumes – sublinhava – evidentemente não se aplica aos doentes mentais, para quem o direito penal reserva as medidas de segurança. V. WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 235.

⁽⁷⁰²⁾ E, em reforço de tudo o que se expende, para WELZEL, “no que o direito penal sanciona a verdadeira renegação dos valores jurídicos orientados ao fortalecimento de uma atitude conforme ao direito, protege simultaneamente os bens jurídicos que se encontram relacionados àqueles valores”. V. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 701], p. 2.

⁽⁷⁰³⁾ Afirmando que em um Estado atento à dignidade humana a missão do direito penal não deve ser a de incidir na consciência ético-social dos cidadãos, pois a atitude interna (Gesinnung) “não pode impor-se sob a ameaça de uma pena (...)” e que “a imposição de uma atitude interna de fidelidade ao direito supõe internalização da aceitação ética do direito”, MIR PUIG, Santiago, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *in: Prevención y Teoría de la Pena*, Juan Bustos Ramírez (ed.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 49 ss., p. 55 e s. Acompanhando de perto tal entendimento visto rechaçar uma “ingerência na esfera interna do cidadão”, SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, *ob. cit.* [n.354], p. 238. Ver também, SCHÖCH, Heinz, “Empirische Grundlagen der Generalprävention”, *in: Fest. für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1985, p. 1081 ss., p. 1082. Cumpre, porém, lembrar que

Já em ITÁLIA, pode dizer-se que quando ANTOLISEI assinalava em seu Manual ⁽⁷⁰⁵⁾ que o direito penal desempenha “funções propulsoras e organizativas”, com aptitude portanto para “transformar as condições de vida da comunidade social e ainda a consciência de um povo”, incluía-se entre os que defendiam que nem todos os delitos tutelam um bem jurídico, logo não se quedava apenas com funções de proteção ou conservação de bens. Aliás, deve-se concordar com GIUSINO quando ele afirma que não se faz lícito falar em caráter propulsivo quando o direito penal limita-se a tutelar interesses já existentes na sociedade ⁽⁷⁰⁶⁾.

Não obstante o reduzido papel que a doutrina da “Sittenbildendenkraft” reserva ao bem jurídico, pensamos que não existem afinidades históricas (pese uma certa proximidade no que concerne a uma acentuada preocupação com fins de prevenção) com uma outra doutrina jurídica – profundamente revisora

elementos de atitude interna, tais como “mal-intencionado, cruel, irresponsável” não são incomuns no direito (penal) positivo. Sobre isso, KÜHL, Kristian, “Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes“, in: *Strafrecht, Biorecht und Rechtsphilosophie – Fest. für Hans-Ludwig Schreiber*, Knut Amelung et al. (Hrsg.), Heidelberg: Müller, p. 959 ss., p. 963.

⁽⁷⁰⁴⁾ Assim muito da doutrina de WELZEL encontra-se conformado pela pré-compreensão que voga no sentido que a “tarefa de maior importância do direito penal” é de “natureza ético-social-positiva”. O ponto de apoio axiológico encontra-se centralizado então na compreensão de que “na medida em que o direito penal pune e bane a renegação dos valores essenciais que sustentam uma atitude interna orientada para o direito, ele revela da maneira mais espetacular possível, que encontra-se ao alvedrio do Estado garantir a validade inviolável dessas condutas positivamente valoradas, em ordem a moldar o juízo ético-social dos cidadãos e a reforçar a convicção destes em uma atitude interna de permanente fidelidade ao direito”. V. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, ob. cit. [n. 701], p. 3. Em tonalidade crítica, sublinhando que “(...) A consequência dessa visão seria a graduação das sanções, segundo o grau de desvalor da ação, a punição sem exceção da tentativa e a punição da negligência desligada do resultado”, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, ob. cit. [n. 340], p. 6 e s.

⁽⁷⁰⁵⁾ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale* (a cura di Luigi Conti) Milano: Giuffrè, 1975, p. 108, apud, GIUSINO, Manfredi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, ob. cit. [n. 494], p. 38 e s.

⁽⁷⁰⁶⁾ GIUSINO também pondera que “ao Direito em geral se pode admitir que possua finalidade propulsiva é coisa que, sobretudo após entrada em vigor da Constituição se pode admitir; mas que o caráter de propulsão pertença ainda às normas de direito penal é coisa seriamente discutível”. V. GIUSINO, Manfredi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, ob. cit. [n. 494], p. 38 ss. e 41.

dos fundamentos do direito penal liberal –, s.c., aquela urdida pela chamada Escola de KIEL ⁽⁷⁰⁷⁾ (cujas culminâncias “coincidem” com o apogeu da *ideologia* nacional-socialista ^[708] em Alemanha), que propugnava, ninguém desconhece, constituir o delito uma mera “violação de deveres” ⁽⁷⁰⁹⁾ (“Pflichtverletzungen”), vindo dessarte a defender, em termos bem abreviados, um direito penal quase que exclusivamente orientado para o perigo ⁽⁷¹⁰⁾, um direito penal meramente da vontade (“Willensstrafrecht” ^[711]) e direcionado para a conduta.

⁽⁷⁰⁷⁾ Sob a designação ‘Escola de Kiel’ reporta-se a um grupo de juristas da Universidade de Kiel, integrado, entre outros, pelos penalistas DAHM, Georg (“Der Methodenstreit in der Rechtswissenschaft, *ZStW* (1938), p. 225 ss., e SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems“, in: *ZStW* (57), 1938, p. 295 ss.

⁽⁷⁰⁸⁾ GRECO assinala que o “exemplo mais nítido para os perigos do moralismo penal nos fornece o direito penal do nacional-socialismo”, lembrando que “(...) Imediatamente após a tomada do poder de 1933, envidou NAGLER uma “abrangente moralização” do direito penal e afirmou que “a antiga reivindicação de FEUERBACH de contrastar vigorosamente direito e moral não (...) terá mais valor corrente”. V. GRECO, Luiz, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie*, *ob. cit.* [n. 461], p.112 e s.

⁽⁷⁰⁹⁾ A propósito, GALLAS é outro doutrinador que não via no conceito de bem jurídico um instrumento adequado para lidar com os problemas contemporâneos do direito penal, conceituando o delito como “violação ao dever”. V. GALLAS, Wilhelm, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung“, in: *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Graf Wenzel Gleispach*, 1936, p. 50 ss., p. 67 ss.

⁽⁷¹⁰⁾ Logo de um modo generalizante e não setorializado, enquanto que os contemporâneos defensores do direito penal do perigo querem-no ver – de modo bem diverso dos próceres da Escola de Kiel –, a irradiar os seus efeitos propulsivos sobre um âmbito bem circunscrito e delimitado da realidade jurídico-penal.

⁽⁷¹¹⁾ Aqui o objeto medular da censura penal é a colocação em movimento da vontade criminosa do autor, suficiente a criar um perigo de entrada do resultado, falando-se também em um “direito penal da atitude interna” (“Gesinnungstrafrecht”), ou seja, um direito penal em que a irrogação de pena basta-se já tão-só com a demonstração do propósito ou desígnio do agente. A propósito, um autor como Wolfgang BECK entende que sob o domínio do nazismo a questão da criminalização antecipada (“Vorfeldkriminalisierung”) andava em “estreita coordenação” com o projeto de superação do direito penal liberal típico do Estado de Direito. V. BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin: Dunker & Humblot, 1992, p. 24.

Realmente, não vislumbramos qualquer homogenia ou paralelismo de programas político-criminais, e sequer convergências nas racionalidades axiológica e teleológica, que conduziram alguns juristas à época do nacional-socialismo alemão a defenderem um direito penal da violação do dever, e as racionalidades valorativa e finalística que cruzam transversalmente o direito penal moderno, cujos substratos axiológico, prático, moral-filosófico e sobretudo ideológico são, não há sombra para dúvidas, meridianamente diversos daqueles que se coagularam nas propostas defendidas pela Escola de Kiel ⁽⁷¹²⁾.

Nos tempos atuais a paisagem é outra, as finalidades perseguidas são outras, os valores que se querem cristalizar nas normas também já são outros: valores que a própria consciência histórica submete a um permanente processo de filtragem, em ordem a não mais consentir com o sacrifício da liberdade no altar da ideologia. É dizer, trata-se de valores que ao serem submetidos às forças gravitacionais que a tardomoderna aceleração histórica vai produzindo franqueiam entrada a uma consciência antecipatória também ela geratriz de novos valores, e, impende reconhecer, nem todos eles se mostram passíveis de enquadramento na estrutura algo hermética, quase monolítica, do bem jurídico.

4. Fundamentos de filosofia moral e os delitos de acumulação

A filosofia moral ⁽⁷¹³⁾ envolve problemas éticos aplicados a um universo bastante amplo, que abrange desde as éticas de Aristóteles e de Kant, o

⁽⁷¹²⁾ Contra, considerando que as propostas de “renovação” da legislação penal apresentadas no “Denkschrift des Preussischen Justizministers” têm valor “não apenas histórico”, mas também um papel “esclarecedor para o atual desenvolvimento do direito penal”, uma vez que apresentavam uma “atitude completamente afirmativa perante uma utilização antecipada desse instrumento formal de controle social”, BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, ob. cit. [n. 711], p. 24.

⁽⁷¹³⁾ Sobre o tema, por todos, RACHELS, James, *The Elements of Moral Philosophy*, New York: Random House, 1986; e, GAUS, Gerald F., *Social Philosophy*, New York: M. E. Sharpe ed., 1999.

utilitarismo ⁽⁷¹⁴⁾ (sobretudo de John Stuart MILL ^[715]) até ao egoísmo ético, reunindo como temas axiais contemporâneos – e com forte repercussão no âmbito jurídico-penal – a eutanásia, os direitos dos animais, a proteção do ambiente e, *last but not least*, a tutela das *gerações futuras*.

É exatamente porque alguns desses *topoi* dialogam mais de perto com o problema da tutela penal do comportamento (fortemente orientada ao sancionamento de infrações de deveres relacionados ao futuro) que se não pode furtar aqui de direcionar a pesquisa para uma importante e ainda bastante atual concepção moral-filosófica – uma vez que também ela pode cooperar para uma mais dilatada compreensão do problema da acumulação em direito penal. Assim, se bem virmos as coisas, a expansão da responsabilidade (penal, inclusivamente) que caracteriza o nosso tempo histórico, e que fica a dever-se ao vertiginoso aumento do poder da ação humana convoca, inevitavelmente, uma discussão de timbre moral-filosófico para os arraiais da nossa disciplina ⁽⁷¹⁶⁾.

⁽⁷¹⁴⁾ Vendo uma forte ligação entre o utilitarismo, o funcionalismo e a teoria preventiva da “coação psicológica” (FEUERBACH), que se orientaria a resultados, “rectius”, para *outputs* capazes de reduzir o problema da legitimação da pena à mera observância do interesse social, HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad* – Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, *ob. cit.* [n. 439], p. 6. Para essa doutrina filosófica a utilidade é o princípio supremo da moral e a base da vida em sociedade. Segundo ela, as leis devem ter uma base racional visando conciliar o egoísmo individual com a utilidade coletiva. Comparar com HASSEMER, Winfried, “Derecho penal y Filosofía del Derecho”, *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires: Depalma, Enero-junio, 1991, p. 87 ss., p. 92. Mas não são poucos os autores que, quiçá majoritariamente, identificam no utilitarismo de Setecentos uma das orientações que integram o movimento iluminista. Realmente, segundo o magistério doutrinário de CATTANEO, o “utilitarismo de Setecentos é uma das linhas ou tendências – aquela de carácter mais de natureza empírica – que entra na composição do Iluminismo”. V. CATTANEO, Mario A. *Iluminismo e Legislazione*, Milano: Edizioni di Comunità, 1966, p. 61.

⁽⁷¹⁵⁾ Em MILL tudo vê-se convertido à experiência como fundamento exclusivo do conhecimento, de cujas forças não escapam nem o saber matemático, nem as leis da lógica do pensamento. V. HESSEN, Johannes, *Teoría do Conhecimento*, Trad. Antonio Correia, 8ª.ed., Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 73.

⁽⁷¹⁶⁾ Sublinhando que uma acentuada tonalidade moral-filosófica caracteriza a atual expansão da imputação, mas ressaltando que “ali onde o conhecimento (científico) não pode oferecer um sentido, tão-pouco poderá fazê-lo o filósofo moral”, LÜBBE, Weyma, “Handeln und

4.1. Concepção de comportamento ofensivo em FEINBERG

Assumindo-se, expressamente ⁽⁷¹⁷⁾, herdeiro da tradição do liberalismo político, Joel FEINBERG buscará aprimorar o princípio do dano (*Harm principle*) de MILL ⁽⁷¹⁸⁾ partindo do pressuposto basilar de que a criminalização

Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion”, in: *Kausalität und Zurechnung über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Weyma Lübbe (Hrsg.), Berlin; New York: de Gruyter, 1994, p. 223 ss., p. 234. Interpolamos.

⁽⁷¹⁷⁾ FEINBERG, Joel, *Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal law*, vol. 1, Oxford et al.: Oxford University Press, 1984, p.14 e s. Fundamental, sobre a recepção de FEINBERG em Alemanha, PAPAGEORGIOU, *Konstantinus, Schaden und Strafe – Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, Baden-Baden: Nomos, 1994. Veja-se também: NEUMANN, Ulfrid, “Moralische Grenzen des Strafrechts. Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of Criminal Law”, *ARSP* (1986), p. 118 ss. e HIRSCH, Andrew von, *Fairness, Verbrechen und Strafe?*, ob. cit. [n. 699], p. 70 e ss.

⁽⁷¹⁸⁾ Desenvolvido sobretudo em seu famosíssimo ensaio, *On Liberty*, onde estabelece, logo de início que, “(...) the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right (...). The only part of the conduct of anyone, of which he is amenable to society, is that which concern to others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”. V. MILL, John Stuart, *On Liberty*, London: Longmans, Green and Co, 1867, p. 6. Deve dizer-se que nesta obra MILL insiste “que a individualidade é um dos elementos do bem-estar humano e que a liberdade individual é respeitada quando o indivíduo está habilitado a desenvolver plenamente o seu potencial. Por conseguinte, um direito individual à liberdade é violado já quando, sem justificação, impede-se o desenvolvimento da capacidade de uma pessoa em evoluir e em aperfeiçoar-se”. Trata-se, portanto, de uma “análise do conteúdo da ideia de justiça intimamente relacionada com a sua revisão do utilitarismo, a fim de tornar a ideia normativa de felicidade geral dependente do pleno reconhecimento do direito individual moral dos indivíduos à não interferência”. V. LECALDANO, Eugenio, “John Stuart Mill rivisitato: diritti e giustizia”, in: *Rivista di filosofia*, vol. XCVIII, n.º. 1, Bologna: il Mulino, Aprile 2007, p. 23 ss., p. 35 ss. Pode assinalar-se, em harmonia com STRATENWERTH (“Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, cit. [n. 637], p. 255 e s.), que de acordo com a tradição liberal, que remonta sobretudo a LOCKE e a MILL – segundo a qual o Estado não tem outra função que servir ao bem estar do indivíduo –, a finalidade precípua que leva os homens a se agruparem em um Estado reside na

de uma determinada conduta ficará fortemente a depender de ela revelar-se lesiva aos interesses dos outros ⁽⁷¹⁹⁾.

Para FEINBERG uma conduta só é digna de pena quando em atenção aos interesses do bem-estar (“welfare interests”) ela lesiona direitos de uma ou mais pessoas. É nessa linha que o autor em epígrafe irá formular sua concepção de “dano a outrem” (“harm to others”) já como um princípio de legitimação da intervenção penal ⁽⁷²⁰⁾, que lhe permitirá divergir de argumentos

“manutenção da propriedade”, entendida “como proteção recíproca da vida, liberdades e patrimônio”. Por outro lado, deve acompanhar-se GAUS com respeito à argumentação de que enquanto MILL, no que tange o princípio do dano (dano público), põe em foco a parcela de responsabilidade individual que o indivíduo tem de arcar para proteger o conjunto da sociedade contra lesões, a proposta teórica de FEINBERG, coloca especial realce na deterioração das práticas institucionais que são de interesse público, daí postular este último autor, exatamente em face do interesse público em causa, que não apenas cabe evitar estorvos a esse interesse, como atuar proativamente para a consecução do bem-estar coletivo. V. GAUS, Gerald F., *Social Philosophy*, *ob. cit.* [n. 713], p. 187.

⁽⁷¹⁹⁾ Na linha de um pensamento liberal tradicional de justiça criminal o delito não é perspectivado como violação a normas de conteúdo moral, mas como lesão a interesses de outras pessoas. Pode ainda dizer-se, com HARCOURT, que o conceito de dano que está no coração da construção dos limites morais da lei penal de FEINBERG é que dá substância à sua teoria da punição. V. BERNARD E. HARCOURT, “Joel Feinberg on Crime and Punishment – Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the expressive Function of Punishment”, *BCrimLR*, *vol. 5*, p. 145 ss., p. 164.

⁽⁷²⁰⁾ Deve-se ainda referir, de forma confessadamente sucinta, que uma corrente doutrinária minoritária sustenta não apenas a existência de semelhanças intercedentes entre o princípio do dano e a ideia de bem jurídico, como também vê a possibilidade, como via de análise heurísticamente profícua à discussão em torno da viabilidade e operatividade da teoria do bem jurídico, buscar-se reenviá-lo àquele princípio (*harm principle*). Para HIRSCH, aliás, uma figura de proa desta orientação, o *harm principle* “também pode abranger comportamentos danosos a bens coletivos”, anotando, além disso, que o fundamento em que radica a proteção de tais bens encontra albergada na “salvaguarda da qualidade de vida das pessoas”. Neste ritmo, e seguindo um linha toda tecida pela lógica, a proteção, *e.g.*, da fazenda pública realizar-se-ia já em razão de que os tributos arrecadados, ao menos no âmbito de um Estado social, devem reverter em prol da qualidade de vida dos cidadãos. V. HIRSCH, Andrew von, *Fairness, Verbrechen und Strafe?*, *ob. cit.* [n. 699], p. 75 ss. Apontando dificuldades de harmonização entre o “harm principle” e o conceito de bem jurídico, mas reconhecendo certas convergências, a exemplo de uma “defesa histórica e sistemática dos direitos individuais”, SEELMANN, Kurt,

legitimadores quer de fundo estritamente moral, quer de extração paternalista⁽⁷²¹⁾. Aliás, teóricos liberais do direito penal, do calibre de MILL e também de FEINBERG ⁽⁷²²⁾, rejeitam uma legislação penal paternalista, ou seja, uma legislação em que autolesões provocadas pelo agente servem já de fundamento à intervenção penal ⁽⁷²³⁾.

Releva, neste passo, articular que para o autor *sub analyse*, a depender do conjunto das circunstâncias que se encontrem sob a luz da realidade factual, o mero risco (ínsito à realização de uma determinada conduta) de que emerjam efeitos lesivos futuros pode autorizar uma equiparação ao dano efetivo ⁽⁷²⁴⁾.

Mas, como irá FEINBERG conciliar o *harm principle* (dano próximo na concepção liberal tradicional) com o dano remoto? Bem, trata-se, na concepção do referido autor, de estimar a probabilidade de produção de uma lesão de grave intensidade. Com efeito, para ele magnitude e probabilidade de dano comparecem como fatores determinantes, cuja combinação denomina de

“Rechtsgutskonzept, ‘Harm Principle’ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien”, *Die Rechtsgutstheorie*, Hefendehl et al. (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 261 ss.

⁽⁷²¹⁾ Um paternalismo legal extremamente nocivo podemos flagrar naquelas legislações que punem a mera posse de substância entorpecente, pois aqui, embora afirme-se que o consumidor da droga ilícita é punido para proteger a sua própria saúde, de facto ele é penalizado por não haver se libertado do vício.

⁽⁷²²⁾ Cabe, contudo, fincar que – diversamente de MILL – para quem o “harm principle” constituía o único critério a legitimar a imposição de uma pena constrictiva da liberdade pelo Estado (logo, para ele não bastará a conduta mostrar-se contrária à moral: ela, fundamentalmente, também deverá revelar-se lesiva a terceiros, v. MILL, John Stuart, *On Liberty*, ob. cit. [n. 718], p. 68), FEINBERG contempla a existência de pelo menos uma outra possibilidade de legitimação material da resposta penal: quando um efeito ofensivo imanente à conduta “importunar a terceiros” (cita como exemplos o exibicionismo, publicações pornográficas etc). V. FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, New York et al.: Oxford University Press, 1988, p. 25.

⁽⁷²³⁾ Nesse sentido, ponderando que o conceito de “moralidade da lei” está em harmonia com tal conclusão, chamando ainda a atenção para a necessidade de “distinguir-se claramente entre deveres legais” e “deveres de virtude” (Tugendpflichten), HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, ob. cit. [n. 45], p. 38.

⁽⁷²⁴⁾ Calha advertir que FEINBERG não trabalha, ao investigar o problema dos danos cumulativos, com o conceito de sociedade de risco.

“risco”. E o grau de risco, que “varia diretamente com suas magnitude e probabilidade, deve ser de interesse vital para o legislador que se deixe guiar pelo princípio do dano” ⁽⁷²⁵⁾. Com esteio nas referidas variáveis promove então uma equivalência entre dano próximo e remoto, que de resto permitir-lhe-á postular a proibição de condutas mesmo ainda quando elas não possam causar um resultado imediato de dano. Assim, bem vistas as coisas, em suas linhas essenciais o modelo que propõe não estabelece uma qualquer diferença matricial entre dano próximo e dano remoto ⁽⁷²⁶⁾, ou seja, o risco se elevado (altamente provável) de um evento grave é, aqui, *tout court*, já dano; aliás, a ideia de dano remoto, não é demasiado reforçar, encontra-se na base do problema da acumulatividade ⁽⁷²⁷⁾.

⁽⁷²⁵⁾ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, *ob. cit.* [n. 717], p. 191. Já HIRSCH (ele próprio um defensor do “harm principle”) sustenta, em tonalidade crítica, que “quanto maior o dano previsto, mais ampla será a perda de liberdade permitida”. V. HIRSCH, Andrew, “Extending the Harm Principle: Remote Harms and Fair Imputation”, *in: Harm and Culpability*, Simester/Smith (eds.), New York: Oxford University Press, 1996, p. 259 ss., p. 262.

⁽⁷²⁶⁾ Quanto a este aspecto, acompanhado NEUMANN, entendemos que o utilitarismo de FEINBERG afasta-se, sem dúvida alguma, do pensamento de MILL, que, ao menos na sua “formulação tradicional, não transige com restrições à liberdade individual, salvo na hipótese de dano à outrem” (que ele imbrica, como se sabe, à ideia de bem-estar geral); aliás, para NEUMANN deve entender-se que FEINBERG ao “propugnar, em termos de ética filosófica, por um certo ecletismo termina por distanciar-se da orientação utilitarista de MILL”. Para maiores detalhes, NEUMANN, Ulfrid, “Moralische Grenzen des Strafrechts”, *cit.* [n. 717], p. 119. De sua vez, RAWLS busca fundar uma teoria da justiça “que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, conseqüentemente, a todas as suas diferentes versões”. V. RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 24. Para LECALDANO (“John Stuart Mill revisitado: diritti e giustizia”, *cit.*, [n. 718] p. 24 e s.) uma concepção de raiz utilitária poderá “tornar o direito penal inconciliável com aspirações de justiça ao transigir com o sacrifício de quem não tenha agido com culpa”, *i.e.*, bastando-se simplesmente “com necessidades de conservação do bem-estar coletivo”; este autor também recorda que o utilitarismo, em princípio, “autoriza a imposição de sacrifícios aos indivíduos inocentes e que as pessoas individuais e o nível de felicidade individual são para utilitarismo de importância apenas instrumental, e não intrínseca”.

⁽⁷²⁷⁾ Que se não deve confundir ou malbaratar com o problema dos *danos agregativos* (*aggregative harms*) causados, *e.g.*, por condutores alcoolizados. V. FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, *ob. cit.* [n. 717], p. 193 ss.

4.1.1. “Harm principle” e comportamento coletivo acumulativo

Cumpra nesta quadra gisar que FEINBERG também irá debruçar-se sobre as consequências danosas que o comportamento massivo pode desencadear – vindo então a indagar: “o que ocorreria se todos fizessem o mesmo?”⁽⁷²⁸⁾. Importa exaltar que para o mencionado autor a criminalização de uma conduta hipoteticamente danosa ficará a depender, à luz do “harm principle” (por ele revisado), de o legislador penal servir-se da melhor informação empírica possível acerca da propensão das pessoas a se conduzirem da maneira que ele, legislador, cogita proibir.

Nada obstante defender essa linha de compreensão – que, afinal, partilha de alargado consenso – movido por uma consciência antecipatória, FEINBERG irá sustentar que existe uma determinada categoria de condutas que a maioria das pessoas poderá ter interesse em realizar, condutas que se desnudam inócuas quando realizadas apenas por alguns (porém surpreendentemente nocivas se concretizadas em profusão); condutas que apenas não se traduzem logo num dano mais expressivo porque muitos, em sacrifício dos próprios interesses, se absteriam – por “escrúpulos morais ou espírito cívico” – de as realizar. Demais disso, a título de exemplo, sustenta que num hipotético mundo perfeito se pode consentir que as leis tributárias não necessitariam sequer do reforço de uma pena, uma vez que a esmagadora maioria (99 por cento!) dos cidadãos pagaria voluntariamente os impostos devidos e, “nesta hipotética terra feliz, pouco dano seria causado por aquele um por cento restante constituído pelos indivíduos que tivessem optado em agir como aproveitadores (Freeloader)”. Não obstante, num mundo menos perfeito, numa terra menos feliz, um número mais expressivo de pessoas poderia optar

⁽⁷²⁸⁾ Joel FEINBERG, *Harm to Others*, *ob. cit.* [n. 717], p. 225 e s. Problemático é que na atual sociedade de risco e também de imparável consumo há uma forte tendência ao comportamento replicante de massa. Vendo na sociedade pós-moderna uma sociedade hedonista e utilitarista, uma sociedade voltada para a diversão, uma sociedade do consumo capaz de esgotar todos os recursos naturais: uma sociedade em que “o consumo legal de recursos ambientais ultrapassa o consumo ilícito”, SCHÜNEMANN, Bernd, “Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law”, *in: BCrimLR*, vol. 1: 137 (1998), p. 175 ss, p. 186 e 189.

em aproveitar-se do comportamento cívico e cooperativo da maioria, e, segundo o mencionado autor propõe-se a defender, um “princípio do dano *bem direcionado* não permitiria tal situação” (729). FEINBERG, como veremos a seguir, mostra-se favorável à penalização do contributo acumulativo.

De facto, o autor *sub studio* reconhece, textualmente, que, e.g., a poluição do ar e da água “são paradigmáticos danos cumulativos”. Mas, também pondera que uma legislação penal que punisse contundentemente toda poluição poderia ela própria ocasionar sérios e nocivos problemas sociais colaterais, tais como o fechamento imediato de todas as instalações industriais que emitem gases para a atmosfera ou imitem produtos químicos nas águas subterrâneas; a proibição de toda a gasolina utilizada por veículos movidos a motor e que também faz funcionar atividades indispensáveis etc.

Concede, dessarte, que se trata de um problema assaz complexo para que possa utilizar-se, sem mais, da clava pesada do direito penal já como primeira *ratio*, designadamente quando se tem presente a existência de espessas opacidades a dificultar a identificação de violações à legislação penal. Pondera, contudo, que a ideia de acumulatividade não se mostra refratária à noção de limite ou fronteira (isto é, “até onde se pode ir sem provocar um dano”), cabendo então estabelecer um *umbral* que não pode e não deve ser ultrapassado. Convoca, então, a ideia de “limiar do dano” (“threshold of harm”) como uma noção a ser levada em consideração pelo legislador para o efeito de equacionar o problema do contributo individual plúrimo (730).

Tendo em vista uma tal imagem (de um limiar ou portal) ele apresentará um esquema assim estruturado: a primeiro, cabe verificar se a adição de sucessivos contributos por inúmeros indivíduos faz aproximar, atingir ou exceder o limiar do dano; a segundo, constatar se tais contributos são quantitativamente assimétricos ou discrepantes em escala (grau) de cuidado e de valor social; a terceiro, em relação aos efeitos nocivos, observar se cada contributo é, em si mesmo, inconspícuo, porém, ainda assim capaz de deslocar a posição do bem jurídico para um ponto mais próximo do limiar do dano; a

(729) FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, ob. cit. [n. 717], p. 226 e s. Itálico nosso.

(730) FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, ob. cit. [n. 717], p. 227 e s.

quarto, quando a conglomeração dos contributos individuais cruzar aquela fronteira, um dano público tomará forma e atingirá interesses vitais coletivos; à última, FEINBERG pondera que muitas das atividades que produzem tais contributos são socialmente tão benéficas que uma proibição geral resultaria em um dano público, quiçá mais gravoso do que os danos que elas atualmente produzem ⁽⁷³¹⁾.

Também se não pode omitir que para FEINBERG o conjunto dos instrumentos do direito penal e a função simbólica que ele inegavelmente desempenha, presta-se tanto a demarcar, como a reforçar os marcos morais sustentados pela maioria das pessoas integrantes do corpo social; e, neste contexto, o “harm principle” bem que poderia ser perspectivado como uma espécie de “princípio moral” ⁽⁷³²⁾ orientado a determinar os valores éticos a serem “adequadamente impostos pelo aparato da legislação criminal”.

D'outra banda, muito embora ressalte que disto não se pode deduzir que o “princípio do dano” autorize o direito penal a proibir todo e qualquer desvio,

⁽⁷³¹⁾ Finalmente, verbera: “Minha tese é de que só com um tal sistema de regulação como acima sugerido como horizonte é que imputações individuais de danos públicos cumulativos fazem qualquer sentido (...). Não há nada de intrinsecamente errado ou ilícito nas atividades de conduzir um automóvel, gerar eletricidade, ou refinar cobre. Essas atividades só podem ser significativamente proibidas como violações de um esquema rígido de prioridades alocativas. Para as questões de carácter mais geral – tem o legislador o direito de proibir (digamos) a refinação de cobre como tal? – (...) Sim, mas só se o refino de cobre é prejudicial. E como poderemos saber se uma determinada operação de refino causa danos? Apenas se determinarmos que a sua contribuição para o acúmulo de certos gases para a atmosfera é mais do que a quota permitida para essa atividade. Mas nós só podemos conhecer o respectivo ‘contributo permitido’ mediante referência a um regime (esquema) de alocação efetivo, operacional e em vigor. Estas normas definem para cada setor regulamentado uma idêntica concentração máxima admissível de cada poluente (...) estas normas é que definem o limiar de dano público, conforme determinado por cientistas ao serviço da Agência de Proteção Ambiental”. V. FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, *ob. cit.* [n. 717], p. 229 e s.

⁽⁷³²⁾ Luiz GRECO anota, com perspicuidade, que FEINBERG muito embora defenda o liberalismo como teoria que “não deve render atenção a argumentos moralistas e paternalistas”, termina por matizar tal posição, pois, no derradeiro tomo (FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing – The Moral Limits of Criminal Law*, v. 4, Oxford *et al.*: Oxford University Press, 1990, p. 322) de sua monumental obra em quatro volumes, “reconhece nos fundamentos morais uma certa força, ainda que limitada”. V. GRECO, Luiz, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 461], p. 112 e s.

defende a punição do contributo acumulativo, pese em si inofensivo, em razão do que denomina de “injustiça fundada na exploração” ⁽⁷³³⁾. Aprofundemos este aspecto da questão.

4.1.2. A censurabilidade do comportamento calculista do “free-rider”.

Comporta-se como “free-rider” (passageiro clandestino) quem, por exemplo – tenha-se presente os meios de transporte dos modernos centros urbanos –, deliberadamente omite-se em pagar o valor correspondente ao deslocamento realizado via Metro, comboios, elétricos etc, sem preocupar-se com o facto de que tal conduta, uma vez propagada por mimetismo, poderá resultar em uma majoração ⁽⁷³⁴⁾ do valor de face do bilhete (em prejuízo de todos). Com efeito, os exemplos convocados por FEINBERG para demonstrar o egoísmo daquele que procede como um “free-rider” deixam claro tratar-se quase sempre de fraudes quotidianas, aparentemente inócuas, mas que denotariam, sobretudo, os desvios éticos daquele que, de modo injusto, se compraz em obter vantagens em proveito próprio a despeito da deterioração, majoração e perda de qualidade de bens e serviços comunitários, apresentando um comportamento lesivo – ainda que geralmente não se materialize uma vítima concreta – ao sentido cooperativo dos demais membros do grupo social, que insistem em permanecer fiéis às regras e normas de conteúdo geral.

Donde, característica fundamental do comportamento parasitário e egoísta do “free-rider” (“Trittbrettfahrer” para a doutrina alemã ^[735]) repousa na

⁽⁷³³⁾ FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing*, *ob. cit.* [n. 732], p. 13.

⁽⁷³⁴⁾ Na dicção de SOUSA (Susana Aires de, *Os Crimes fiscais*, *ob. cit.* [n. 113], p. 235) free-rider é “aquele que vai à boleia, sem pagar bilhete”. Trata-se de indivíduos socialmente mesquinhos, egotistas convictos e que oneram os demais membros do grupo ao utilizarem serviços ou utilidades coletivas sem dignarem-se a apresentar contra-prestação monetária pelo serviço utilizado.

⁽⁷³⁵⁾ Por todos, KIM, Jae-Yoon, *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft – ein Beitrag zum Umgang mit abstrakten Gefährdungsdelikten*, Göttingen: Curvillier, 2004, p. 210; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p. 190; WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrecht*, *ob. cit.*, p. 319 ss. Sobre

submissão da solidariedade alheia em proveito próprio ou em indevida vantagem a interesses particulares – modo de estar e de mover-se no mundo que poderia, em tese, servir de fonte, por intensiva acumulação (grandes números), a possíveis danos sociais ⁽⁷³⁶⁾.

4.1.3. Intersecção do comportamento egoísta do “free-rider” com o problema da acumulação

Cabe neste segmento questionar se efetivamente há uma imbricação fundamental entre o comportamento individual do “free-rider” e a ideia de acumulação. Neste desiderato releva logo destacar que SILVA DIAS ⁽⁷³⁷⁾ conta entre aqueles que hesitam em coonestar, sem reservas, o potencial socialmente lesivo da conduta (sem dúvida *eticamente* odiosa) do “free-rider”, vindo a rejeitar, pese embora reconheça a existência de pontos de intersecção, uma perfeita harmonização entre esta figura e o problema da acumulação, posto divisar um essencial elemento de diferenciação entre ambas, que ora cabe-nos explicitar.

Contrariamente ao contributo massivo, atual, repetível e por isso prognosticável como teoricamente ofensível a um bem jurídico coletivo, o comportamento do “free-rider” seria, de regra, menos difusível, revelando-se como uma desviação quase insulada, já que a maioria – assinala SILVA DIAS – empenha-se em coibir o interesse egoísta; enfim, estar-se-ia perante um comportamento discrepante e singularizável a flutuar num oceano de conformidade, daí porque, de regra, insusceptível de lesionar um bem de expressão coletiva. Sem embargo este autor gradua tal entendimento ao

o contributo deste autor para a dogmática da acumulação, em detalhe, o ponto 6 e ss. do Cap. VII, *infra*.

⁽⁷³⁶⁾ Também age como um “free-rider”, e com resultados nem sempre risíveis, quem deixa de declarar rendas sonegando informações ao fisco em detrimento da qualidade na prestação de serviços públicos fundamentais como educação, saúde e segurança etc; quem trapaceia para não pagar o pedágio ou portagem, ainda que este comportamento possa comprometer o serviço de manutenção dos leitos carroçáveis e deste modo concorre para o aumento do risco de acidentes de rodagem, quiçá com vítimas fatais; quem desnecessariamente polui o ambiente sem incomodar-se com o bem-estar das gerações atuais e futuras etc.

⁽⁷³⁷⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 318 e s.

defender que o problema do “free-rider” pode, eventualmente, mostrar-se relevante sob a perspectiva da doutrina da acumulação, desde que duas condições, que reputa cardeais ⁽⁷³⁸⁾, venham a convergir. A saber: a) a demonstração de que o proceder do “free-rider” é socialmente consciencializado como uma conduta egoísta e detrimetosa ao esforço colaborador da maioria; e, simultaneamente, b) a constatação, com base numa *prognose realista*, que tal prática tem lugar não de modo episódico, antes massivo, de modo a poder constituir, porventura permaneça consentida ou franqueada, uma ameaça para um bem jurídico coletivo.

Deve-se aduzir, e ainda seguindo o magistério de SILVA DIAS, que a primeira condição não é suficiente, por si mesma, *i.e.*, sem o concurso da segunda, para configurar um panorama emoldurável na estrutura da acumulação. Todavia, o inverso não conduziria a uma idêntica conclusão, na dimensão em que se podem apresentar situações reconduzíveis ao problema dos grandes números, cujas ações particularizáveis ou singularizáveis não se manifestam como expressão de uma conduta orientada à obtenção de um injusto benefício, tão-somente como representação de um modo de agir estabilizado pelo hábito. E, no que toca especificamente à questão ambiental, um sem-número de “comportamentos poluidores são praticados, como é sabido, em virtude de usos instalados, que advêm de uma visão ultrapassada das relações entre o homem e a natureza” ⁽⁷³⁹⁾.

Não é difícil concluir que para SILVA DIAS é muito mais o problema dos *grandes números* (susceptíveis de lesionar valores ou bens “respaldados na experiência normativa do mundo da vida”) que se encontra no epicentro da dilemática da acumulação, do que propriamente um critério rigidamente demarcado por um repertório de condutas interpretáveis e categorizáveis como próprias ou peculiares a um egocêntrico *homo oeconomicus*.

Contudo, convém mesmo ponderar, é assaz tormentoso quando temos em linha de perspectiva o homem da sociedade pós-moderna – um homem que “não se rege pela religião nem por imperativos categóricos (...) que é um

⁽⁷³⁸⁾ Mas não irá postular por uma ingerência ou intervenção penal, em coerência com o entendimento de inconstitucionalidade do delito cumulativo que tem advogado.

⁽⁷³⁹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 318 ss. e esp. p. 320.

egoísta racional e, por isso finalmente, um puro hedonista” ⁽⁷⁴⁰⁾ – clivar de modo estanque este modo-de-estar-no-mundo como um comportamento insulado, singularizável e passível de ser “socialmente consciencializado como uma conduta egoísta”, isto quando um número expressivo de pessoas, quiçá a própria maioria começa já a conduzir-se de modo “alheio aos valores”, *i.e.*, como alguém que segue a tetralogia niilista: *hedonismo-consumismo-permissividade-relativismo* ⁽⁷⁴¹⁾. Em resumo, ademais do problema dos “usos já instalados”, talvez já não sejam muitos os que se abstêm por escrúpulos morais ou espírito cívico de realizar condutas que podem, quando replicadas, causar um dano social.

Não obstante essa reflexão, para nós a tentativa em fundamentar o desvalor do contributo individual a partir da contemplação da figura do “free-rider” precisa ser avaliada *cum grano salis*, pois, se bem compreendemos as coisas, há nela uma forte componente de índole moral, que parece querer-se introduzir no vero âmago do direito penal ambiental, com uma clara intencionalidade legitimadora do delito cumulativo. Por outro lado, necessidades de preservação do bem-estar social também não podem, sem mais, fazer o direito penal atirar-se nos braços de uma responsabilidade tanto de cariz coletivo, como de natureza objetiva.

5- A modo de inferências conclusivas

Entendemos que o modelo proposto por STRATENWERTH, sustentado como vimos em puras normas de conduta voltadas à proteção dos chamados interesses vitais de toda a humanidade aproxima-se, excessivamente, de um normativismo radical, e deve ser rejeitado uma vez que, consoante demonstraremos ao longo desta investigação, uma correta perspetivação dos bens jurídicos ecológicos – ainda que teleologicamente interessados em manter abertos os horizontes vitais às gerações porvindouras –, não autoriza uma despedida (ainda que setorial) do postulado do bem jurídico.

⁽⁷⁴⁰⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, *cit.* [n. 453], p.30 s.

⁽⁷⁴¹⁾ ROJAS, Enrique, *O Homem Light. Uma vida sem valores*, trad. Virgílio Miranda Neves, Reimpressão, Coimbra: Gráfica de Coimbra Ltda., 1994, p. 31.

Estamos, bem é de ver, diante de um âmbito deveras extenso da realidade normativa para abraçarmos uma concepção que outorga demasiado poder às chamadas “convicções culturais homogêneas profundamente arraigadas”. Com isso não se pretende afirmar que estas não possam, episódica e excepcionalmente ⁽⁷⁴²⁾ – desde que as normas nelas sustentadas mostrem-se harmonizáveis com a ordem constitucional do Estado – render eventual ensejo a uma tópica intervenção penal. Mas, em hipóteses tais, bem residuais, já se não poderia, com rigor, sequer falar em uma *relativização crítica* do postulado do bem jurídico ou em construção de uma autêntica terceira via. Também convém não esquecer que nenhum dogma (nem mesmo os de fé ^[743]), nenhuma teoria (nem aquelas matematicamente construídas) tem o condão de cobrir satisfatória e elegantemente toda a realidade – seja ela factual, seja normativa.

E, diversamente do que defende STRATENWERTH, entendemos que normas de conduta consensualmente estabilizadas e consciencializadas como de importância axial também não bastam para autorizar a imposição de uma pena pelo mero comportamento. Uma pena que se quer legitimar com fundamento quase que exclusivo no desvalor da ação que subjaz à violação do dever. Agregue-se que a proposta stratwertiana de parcial despedida do bem jurídico no já deveras extensivo âmbito do direito penal do futuro ou do perigo, “rectius”, do comportamento fica, segundo pensamos, a dever-se a uma injustificada recusa em admitir a realidade dos novos bens jurídicos coletivos⁽⁷⁴⁴⁾ (mormente a real tangibilidade das componentes ambientais ^[745]).

⁽⁷⁴²⁾ E.g. no caso da tutela penal dos animais não humanos (maus tratos, “Tierqualerei”), que não se deixa, com rigor, reconduzir à ideia de bem jurídico (Sobre isso STRATENWERTH, Günther, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, ob. cit. [n. 620], p. 18). No entanto, divergimos daqueles que pensam que uma intervenção tão episódica possa render ensejo ao regresso de um direito penal protetor de uma “certa moral”.

⁽⁷⁴³⁾ Porque lançam um espesso véu sobre a razão, ocultando toda sua luz.

⁽⁷⁴⁴⁾ Mas, ao nosso parecer, bens jurídicos coletivos meramente aparentes devem ser prontamente expungidos do ordenamento legal, e não, à *outrance*, servirem de argumento para a legitimação – ainda que na zona instável dos novos grandes perigos – de um direito penal da mera violação do dever.

⁽⁷⁴⁵⁾ Segundo pensamos equivocava-se STRATENWERTH precisamente por não conseguir divisar o caráter preciso e tangível dos novos objetos a proteger – com vistas à salvaguarda

Acresça-se que não é missão do direito penal moderno exercer um acentuado papel eticizante ou uma força precursora de carácter pedagógico-social, *i.e.*, não lhe compete voltar-se à propulsão de uma determinada convicção moral orientada a predeterminar o comportamento. A propósito, consoante mencionámos no curso de nossa exposição ⁽⁷⁴⁶⁾, sustentava WHITEHEAD que o “ataque ativo ao meio ambiente é o facto mais importante da existência humana” e que a “principal função da razão é a direcção do ataque ao meio ambiente” ⁽⁷⁴⁷⁾. Realmente, ao anatomizar um tal incessante “ataque ativo” ao mundo exterior este filósofo conclui que ele encontra fundamento num triplo impulso: “(i) de viver, (ii) de viver bem, (iii) de viver melhor” ⁽⁷⁴⁸⁾.

Ora, uma racionalidade teleológico-valorativa direccionada para uma ingerência penal de cunho pedagógico e propulsor decerto que não se orientará em direcção à construção de uma norma contrafática que revele-se apta a refrear impulsos que já não se voltam à simples satisfação dos interesses básicos mais imediatos de sobrevivência física, ou mesmo ao atendimento de interesses ligados a uma vida digna e equilibrada, mas sim à estruturação de uma norma que se mostre idônea a obstar ou coarctar impulsos e apetites orientados a uma existência melhor ou superior – que, todavia, não consegue se autorreconhecer completamente submergida numa extravagante voragem consumista ⁽⁷⁴⁹⁾.

das atuais e futuras gerações. Concordamos, contudo, com o referido autor (por distintas razões como já se pôde observar) no que concerne à crítica de excessiva constância com que se tem recorrido ao perigo abstrato, movimento este que, se levado às últimas consequências, poderá resultar em uma insustentável (e artificiosa) dilatação do princípio da ofensividade.

⁽⁷⁴⁶⁾ V. a nota n. 183, *supra*.

⁽⁷⁴⁷⁾ WHITEHEAD, Alfred North, *The Function of Reason*, *ob. cit.* [n. 183], p. 8.

⁽⁷⁴⁸⁾ WHITEHEAD, Alfred North, *The Function of Reason*, *ob. cit.* [n. 183], p. 8. Não será árduo, pois, deduzir que parcela significativa dos problemas ambientais contemporâneos prendem-se diretamente ao terceiro impulso: o impulso para o aumento da satisfação.

⁽⁷⁴⁹⁾ Segundo SCHÜNEMANN, a sociedade pós-moderna apresenta uma máscara vazia de sentido desde há bastante tempo, tratando-se, então, de uma sociedade voltada para uma “autorrealização individual que não revela outra coisa senão uma crua mescla de consumo e capitalismo”. V. SCHÜNEMANN, Bern, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht – Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”, *cit.* [n. 453], p. 31.

Chegados aqui, cabe-nos então perguntar se poderá realmente o direito penal transformar-se numa gramática (punitiva) universal capaz de desencadear formas superiores de experiência intelectual, que só surgem quando há “integrações complexas, e reintegrações de experiência física e mental”, isto é, um direito penal adequado a “moldar” uma racionalidade ética e a transformar estilos de vida: um direito penal que emergisse já como uma “crítica às apetições” ⁽⁷⁵⁰⁾. Bem, quanto a isto, antecipando uma parte das conclusões – e que reste logo anotado: invadem-nos sérias e fundadas dúvidas⁽⁷⁵¹⁾.

De outra raia, e serão poucos os que parecem duvidar, uma compreensão do direito penal como mecanismo de asseguramento do futuro distancia-se, em não desprezível medida, consoante acabámos de estudar, da concepção dogmática tradicional baseada na proteção de bens jurídicos. Mas isso não é tudo. É que ainda que pudéssemos aceitar – e nós definitivamente aceitamos, e para tanto não se faz necessário ultrapassar ou transgredir paradigmas – uma excepcional ⁽⁷⁵²⁾ e bem recortada incriminação de condutas não sustentada em qualquer bem jurídico ⁽⁷⁵³⁾, há uma dificuldade de tomo relacionada à questão de saber se o direito penal poderá irradiar algum efeito pedagógico exatamente ali onde uma ética orientada para o futuro, ou para sermos mais explícitos, onde uma ética da distância ainda não vingou, e dificilmente vingará ⁽⁷⁵⁴⁾ – já em função daquele ontológico impulso para uma

⁽⁷⁵⁰⁾ WHITEHEAD, Alfred North, *The Function of Reason*, *ob. cit.* [n. 183], p. 33.

⁽⁷⁵¹⁾ Pretendemos fundamentalmente significar que se não nos afigura que um direito penal prospectivo e fortemente orientado para o desvalor da conduta poderá exercer, isoladamente, uma qualquer força propulsora ao asseguramento do futuro.

⁽⁷⁵²⁾ De modo que uma tutela penal arrojada, *i.e.*, direcionada para a proteção de interesses não cristalizados em bens jurídicos só é pensável a título de complementação da tutela penal tradicional, nunca como um *Ersatz* ao direito penal do bem jurídico.

⁽⁷⁵³⁾ Quanto a isso, como bem se sabe, existem exemplos vários e alguns já antigos mesmo nas legislações dos países de cultura jurídica continental – ancorada, pois, no *civil law*.

⁽⁷⁵⁴⁾ Poderia aventar-se a possibilidade de que tal venha a ocorrer se acaso o homem um dia vier a confrontar-se com uma real e imediata situação de ruptura civilizacional global, uma situação não mais de crise ecológica, mas já de pura ruptura existencial da humanidade, defrontada, finalmente, com um “apocalipse em expansão”. Ocorre que numa tal situação-limite

vida “material” superior. Difícil, portanto, é imaginar que o direito penal, *isoladamente*, tenha o condão de cumprir uma tão notável metanóia: a conversão do *homo oeconomicus* em *homo ecologicus* ⁽⁷⁵⁵⁾.

Pensamos, além disso, que a já provecta “crise ecológica” não deve dar causa a uma reeticização (expansiva) do direito penal, mormente porque o papel por ele a desempenhar para o “asseguramento do futuro” será sempre deveras fragmentário. Timbres eticizantes (tenha-se presente o problema moral posto pelas tutela das futuras gerações) não devem conduzir a uma acrítica expansão da imputação, mormente ali onde o conhecimento científico não divisar qualquer risco (próximo ou remoto) para o meio ambiente natural – entendido como autônomo bem jurídico coletivo.

Também não cabe ao direito penal moldar o mundo social dos valores; tão-somente reforçar, positiva e propositivamente, sempre em caráter subsidiário, novas concepções valorativas já algo estabilizadas. Daí que o delito não se pode reduzir a uma mera “Pflichtverletzung”, nem o injusto reduzir-se ao mero desvalor da conduta. Em apertada síntese: não cabe ao direito penal moderno exercer funções de aprimoramento do comportamento com a intencionalidade de uniformizar valores na consciência individual ou coletiva. São apenas aqueles valores que já se encontram culturalmente enraizados (em cada tempo histórico) que devem cristalizar-se em normas orientadas à proteção de bens a que os valores, a sua vez, encontram-se intimamente associados.

Mas ao tematizarmos a traço grosso tais questões não estamos a afirmar que o direito penal nada tenha a dizer no que toca aos novos riscos. É que decididamente estimamos que o direito penal tem, sim, um papel a desempenhar nesta zona ainda movediça da realidade tardomoderna. De qualquer modo será sempre um papel bem limitado, sempre uma atuação

o direito penal como hoje o conhecemos, assim como o sistema judicial, já teriam perdido toda relevância.

⁽⁷⁵⁵⁾ Com isso consignar não haveremos de ser acusados de negar a existência de um despertar para uma consciência ambiental, que, é mister reconhecer, sem dúvida contribuiu para a superação de uma visão de mundo exasperadamente antropocêntrica, para além de ter reforçado a tendência em proteger-se, com o direito penal, os fundamentos naturais da vida humana.

subsidiária e não protagônica, a ter lugar ali onde tanto o controle social como os demais sistemas normativos de alguma forma já se encontrem erodidos e, já por isso, revelem-se inadequados para, isoladamente, garantirem uma proteção mínima contra os novos grandes perigos. O que se não pode é exigir que o direito penal assuma, sozinho, pelos motivos e razões já discorridos, a inculcação de uma ética da responsabilidade ⁽⁷⁵⁶⁾, conquanto se não possa negar a magnanimidade e legitimidade, e.g., da proteção do ambiente natural e das condições de vida da atual e das porvindouras gerações.

Não calha, segundo pensamos, é permitir que o direito penal, ainda que na sua veste secundária ou acessória deixe, de súbito, “de ser garante dos elementos ético-sociais ⁽⁷⁵⁷⁾ mínimos fundamentais e imprescindíveis, para converter-se em *vade mecum* da solidariedade e responsabilidade sociais”⁽⁷⁵⁸⁾. Assim, a proposta dos “delitos de comportamento” defendida por um certo setor doutrinário com vistas ao asseguramento do futuro (“Zukunftssicherung”) face aos riscos de origem técnico-científica, conforme deixámos demonstrado, exige muito do direito penal: exige que ele “trabalhe” como centro difusor de solidariedade.

Encurtando razões: julgamos que, alcançado este ponto da investigação, não caberá propugnar um construtivismo moral, mas também não deverá

⁽⁷⁵⁶⁾ Acerca da sobrecarga que o direito penal teria de suportar ao assumir o papel de promotor de uma “ética da responsabilidade”, sobretudo enquanto garante das condições de vida das gerações futuras, KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 233.

⁽⁷⁵⁷⁾ É que apesar de haver uma “divisão fundamental entre o direito penal e a moral existem vínculos óbvios, pois esses âmbitos ou áreas de controle “visam ao comportamento humano”. Daí que leis penais “podem ser leis de conteúdo ético-moral (como a proibição de roubo), assim como obrigações jurídicas também podem ser obrigações morais”. Um outro ponto de conexão entre o direito penal e a moral reside nos chamados argumentos “ético-sociais” justificativos do direito penal, “dado que a pena ao lado de ser um mal deve também incluir uma desaprovação social” (“sozialethische Missbilligung”). Nesse norte, KÜHL, Kristian, “Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes”, *cit.* [n. 703], p. 966 e 968.

⁽⁷⁵⁸⁾ KÜHL, Kristian, “Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes”, *cit.* [n. 703], p.966 ss.

subscrever-se, força dos novos perigos, uma ideia de direito penal mínimo ⁽⁷⁵⁹⁾ – não nessa zona da criminalidade! – : um direito penal meio-irmão do “Estado mínimo” defendido com tanta ênfase por NOZICK, um Estado “estritamente limitado ao papel de protetor contra a força, o roubo e a fraude, e de garantia dos contratos” ⁽⁷⁶⁰⁾.

Também não recusamos, é evidente, que as normas, sobretudo as normas penais possuem efeito contrafático e até algum efeito pedagógico, *maxime* se tivermos presente que o direito penal não é um sistema autotélico, *i.e.*, não constitui um fim em si mesmo, logo ele pode, é claro, desempenhar alguma função residual orientadora e de fortalecimento dos valores plasmados nas normas – mas sem violação da atitude interna das pessoas! Meridianamente, não se cuida aqui de proclamar-se uma despedida da pena ali onde interesses vitais estejam em jogo ⁽⁷⁶¹⁾.

Estamos, portanto, que o direito penal moderno também deve, preservada a noção de *ultima ratio*, “reagir” contra danos cumulativos, porém não com o fito de punir toda e qualquer degradação ambiental, menos ainda

⁽⁷⁵⁹⁾ Cabe rechaçar as críticas desfechadas por alguns setores vinculados ao chamado *direito penal mínimo*, que vogam no sentido de que um direito penal do risco “traria como consequência um menoscabo às garantias intrínsecas ao Estado de Direito”. Com efeito, deve-se concordar com CORCOY BIDASOLO quando admoesta severamente aqueles setores doutrinários que procuram impugnar o direito penal moderno ao fundamento de que ele se curvaria serviçalmente (e em desatenção aos princípios norteadores do direito penal liberal) a meros fins políticos. Esta autora também advoga, com acerto, que hodiernamente não mais aproveita pretender deslegitimar – sobretudo com arrimo no argumento de que os novos riscos são percebidos pelos cidadãos como “neutros do ponto de vista ético-valorativo” – a ingerência do direito penal naqueles novos territórios (meio ambiente, tráfico de drogas etc). Orientação dogmática deslegitimadora do direito penal moderno aquela que a citada autora estima que só poderia ser merecedora de algum aplauso em um século já transato: “o Século XIX”. V. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.* [n. 275], p. 29 e ss.

⁽⁷⁶⁰⁾ NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*: Oxford, Blackwell, 1974, p. IX. Mas este autor distingue (*ob. cit.*, p. 26) entre Estado mínimo e Estado ultramínimo. Este caracteriza-se por proporcionar proteção apenas para aqueles que a podem adquirir.

⁽⁷⁶¹⁾ Todavia, entendemos que não é missão do direito penal servir de instrumento global de pedagogia social com o escopo de solucionar problemas que se revelem estritamente estruturais, como efetivamente o são alguns dos novos riscos.

com o propósito de punir a mera violação do dever ou simplesmente de reforçar marcos morais, mas sim, precipuamente, com o escopo de sancionar o comportamento capaz de – em que pese a reduzida gravidade do aporte singular – afetar o bem jurídico tutelado.

Por tudo isso o egoísmo racional do “free-rider” – detrimetoso ao sentido cooperativo dos demais membros do grupo social –, em si mesmo, afastada qualquer probabilidade de lesão real ao meio ambiente, não fundamenta nada. Os desvios éticos do “free-rider” ou “freeloader”, de inócua lesividade social – no âmbito do perigo de sede ambiental –, ainda que interceda a fenomenologia dos “grandes números” (peculiar a uma sociedade de massas), enquanto não cuidar-se de atividade exercida de forma coletivamente organizada (atividade empresarial) – afastada também a existência de um qualquer contexto de acumulação ⁽⁷⁶²⁾ – simplesmente não autoriza uma intervenção do direito penal moderno.

Estimamos, finalmente, mas não por último, que no âmbito dos novos grandes riscos associados às momentosas questões ambientais, o direito penal, sem abandono do postulado do bem jurídico e sem virar-se completamente para o futuro, permanecendo, pois, fiel à noção de ofensividade (cristalizada em um dano-violação, ainda que de reduzida expressão singular), poderá erigir-se em um modelo reativo diferenciado, orientado a reprimir o chamado dano-contributo, isso mercê de ajustes e recalibrações em alguns conceitos tradicionais a realizarem-se com esteio em uma diferenciada pré-compreensão do caráter *circunstancialmente tangível* do bem jurídico a proteger. Necessário será, pois, buscar a lesividade *sui generis* do contributo singular, algo que exigirá uma hermenêutica que os reaproxime do agir humano propenso à replicação.

Decididamente integra o cânone interpretativo que está-se aqui a propor, uma clara compreensão de que consequências danosas irreversíveis – danos de “grande magnitude” – podem estruturar-se a partir de danos-contributos de caráter reiterativo. Ao direito penal moderno (tendo em vista a categoria ontoantropológica do cuidado-de-perigo) cumprirá, então, antecipar-se não ao dano global e remoto, mas sim reagir, contrafaticamente, ao dano

⁽⁷⁶²⁾ V. Cap. X, *infra*.

materialmente dimensionável (de sede local, territorialmente próximo e ainda modesto): única forma, segundo estamos em crer, de travar-se uma “expansão” indevida do princípio da ofensividade (que tem lugar através do manejo sistemático da técnica do perigo abstrato) e de simultaneamente ofertar-se uma limitada, porém efetiva tutela penal do futuro.

CAPÍTULO V

A discussão jurídico-filosófica subjacente à questão da proteção penal das *gerações futuras*

1. Notas introdutórias; 2. Recepção jurídico-filosófica do problema do “mundo vindouro”; 2.1. JOHN RAWLS e a equidade intergeracional; 2.2. Os direitos das futuras gerações segundo JOEL FEINBERG; 2.3. O papel do tempo na construção de uma ética intergeracional (WHITEHEAD); 2.4. HANS JONAS e o princípio da responsabilidade; 2.5. HABERMAS: expansão da liberdade diacrônica e emergência de uma autocompreensão ética da humanidade; 3. Argumentos jurídico-penais em prol da tutela das gerações futuras – primeiras considerações; 3.1. STRATENWERTH – direito penal do risco como direito voltado à tutela protetiva das gerações futuras; 3.2 – A preservação da espécie como bem jurídico de primeira grandeza (SCHÜNEMANN); 3.3. Proteção das “gerações futuras” como desafio do direito penal do futuro: “expansão do sistema penal de proteção jurídica para além do bem jurídico?” (ROXIN); 4. Considerações do Capítulo.

Não herdamos a terra de nossos antepassados, a tomamos de nossos filhos

Antoine Saint-Exupéry

1. Notas introdutórias

O surgimento de uma consciência antecipatória parece fazer aflorar um maior cuidado de perigo, que, como deixámos assinalado no início da nossa investigação, pode ser interpretado já como reflexo de uma consciência de risco ampliada, consciência esta que tem vindo a contribuir para uma

reconfiguração axiológica que se abre para uma nova escala de valores e também para uma ética idônea a albergar uma preocupação sem precedentes para com as gerações futuras ⁽⁷⁶³⁾.

Cabe logo à partida perguntar: o instrumentário do direito penal liberal e antropocêntrico pode, de algum modo, prestar-se à proteção das futuras gerações? Trata-se de uma indagação preliminar que se presta de abertura a um “diálogo experimental” (PRIGOGINE), questionamento este que tem reverberado de modo cada vez mais frequente no mundo jurídico-acadêmico, algo que decerto fica a dever-se à pleora de novos perigos que emergiram com os avanços da tecnociência ⁽⁷⁶⁴⁾, podendo também perceber-se já os tons e os semitons de um discurso ético-jurídico dirigido à construção de uma “justiça intergeracional” ⁽⁷⁶⁵⁾.

Dito isso, cabe-nos agora perguntar: têm as presentes gerações alguma responsabilidade (solidária) para com as gerações futuras? Podem os perigos da tardomodernidade impulsionar uma narrativa jurídica dirigida à prossecução de uma “justiça intergeracional” legitimadora de uma política criminal orientada para o futuro ? ⁽⁷⁶⁶⁾. Pertencem a atmosfera, os oceanos e os rios tão-só às

⁽⁷⁶³⁾ Lembrando que o interesse para com as gerações futuras aflorara com o movimento ambientalista, bem como que ao postular o direito a um ambiente são a Conferência de Estocolmo (1972) reportava a um conjunto de direitos da espécie humana, assim como aos direitos das gerações futuras, BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica – Direito Ambiental em questão*, ob. cit. [n. 691], p. 35. Para uma aproximação do problema das gerações futuras circunscrita à nossa disciplina, v. CÂMARA, Guilherme Costa, “O Direito Penal Secundário e a Tutela das Gerações Futuras”, in: *Direito Penal Secundário*, Fábio Roberto D’Avila e Paulo Vinícius Sporleder (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra, 2006, p. 215 ss.

⁽⁷⁶⁴⁾ Não qualquer tecnologia, mas uma *Hochtechnologie* capaz, por exemplo, de intervir na linha germinativa de uma pessoa.

⁽⁷⁶⁵⁾ Defendendo a generosa ideia de uma justiça intergeracional, AGIUS, Emmanuel, “Obligations of justice towards future generations: a revolution in social and legal thought”, in: *Future Generations and International Law*, Emmanuel Agius and Salvino Busuttil (ed.), London: Earthscan Publications Ltda, 2001, p. 03 ss.

⁽⁷⁶⁶⁾ “Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma *chance* razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne em *sujeito comum da responsabilidade pela vida*”, DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *BFD* (Volume comemorativo), Coimbra, 2002, p. 1 ss., p. 2. Itálicos do autor.

gerações atuais e à geração futura imediata ou contígua – anote-se que não existe sequer acordo acerca do lapso temporal que determina a passagem de uma geração à outra, tendo estimado-se que oscila entre quinze a quarenta e quatro anos ⁽⁷⁶⁷⁾ –, ou cabem a todas as gerações o seu desfrute? As futuras gerações constituem um bem jurídico? Poderá o direito penal moderno desempenhar a contento a função para qual está a ser convocado ou deve permanecer adscrito ao que aqui chamaremos de princípio de neutralidade temporal?

Deve logo dizer-se que no vórtice dos novos riscos que caracterizam a orla do tempo em que ora nos equilibramos, o reconhecimento do *status* de portadoras de direitos humanos às futuras gerações ⁽⁷⁶⁸⁾ tem vindo, como iremos observar com alguma detença neste Capítulo, a encontrar alguma ressonância penal e a impulsionar o debate acerca da *legitimidade* do chamado delito cumulativo.

⁽⁷⁶⁷⁾ Para um vislumbre das diferentes opiniões acerca do espaço de tempo que vai de uma linhagem ou descendência à outra (quinze anos para TÁCITO; trinta e três anos e meio para HERÓDOTO; dezenove anos segundo Thomas JEFFERSON e; ao ver de BOWEN, DAVIS e KOPF, com base em um modelo científico-financeiro, pode alcançar até quarenta e quatro anos), v. BUBNOFF, Daniela, *Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht*, Berlin: Erich Schmidt, 2001, p. 15, nota 6.

⁽⁷⁶⁸⁾ Desde que seja recepcionada uma definição lata de humanidade, algo que passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de um novo fundamento de filosofia moral. Também acompanhamos, sem reservas, SILVA DIAS, quando este autor, afirma, e bem que “(...) a teoria moral não pode deixar de atender ao aumento do potencial de risco da acção humana e às consequências a longo prazo que isso pode produzir, desenvolvendo uma ética da responsabilidade solidária que assente, à uma, num alargamento das preocupações e exigências éticas à humanidade futura, envolvendo toda a humanidade numa ‘cumplicidade de destino’ e modificando assim radicalmente o paradigma antropocêntrico clássico; na imposição de deveres éticos positivos de cooperação ao nível global, que funcionam segundo uma lógica de prevenção e se louvam na valoração negativa de práticas que põem em causa as bases naturais da existência e a qualidade de vida presente e futura; na elevação das gerações futuras e da natureza viva e morta a ‘credoras’ de responsabilidade ética em relação às gerações presentes (...) e ainda na modificação do sistema tradicional de atribuição de responsabilidade, baseado no paradigma individual”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 30 e s.

Pode argumentar-se, outrossim, que tanto os direitos fundamentais de terceira geração (e.g.: o meio ambiente [⁷⁶⁹]), como mais recentemente os de quarta geração (e.g.: engenharia genética [⁷⁷⁰]), são considerados, por não poucos, como direitos de solidariedade, que legitimam uma definição alargada de humanidade: com aptidão para hospedarem tanto as presentes como as gerações porvindouras. Com efeito, os direitos coletivos da humanidade, tais como os direitos ao desenvolvimento sustentado, à paz, à saúde, à proteção genética (⁷⁷¹) e o direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado podem ser interpretados como uma extensão natural da ideia de solidariedade(⁷⁷²) entre os homens – vínculo recíproco de pessoas independentes e requisito primordial à realização da humanidade em toda sua extensão –, direitos que apresentam uma forte aptidão para integrar e unir a humanidade num mundo instável e finito (⁷⁷³).

Questão tormentosa também é a de saber, agora no plano jurídico-penal, se a humanidade deve ser perspectivada como um anel ou um círculo constituído por incontáveis elos existenciais, por gerações – presentes e

(⁷⁶⁹) Segundo BOBBIO, “(...) Ao lado dos direitos sociais que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. V. BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4 e s.

(⁷⁷⁰) MIRANDA, Jorge (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24) faz esta inclusão, mas ressalva que na órbita do Direito Constitucional o termo “geração” é enganador, porquanto pode “sugerir uma sucessão de categorias de direitos umas substituindo-se às outras”.

(⁷⁷¹) Sabe-se, e não é de hoje, que a “Bioética ocupa-se, principalmente dos problemas éticos relacionados ao início e ao fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais”. V. CLOTET, Joaquim, *Bioética – Uma aproximação*, 2ª. ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 22.

(⁷⁷²) Falando na “irresponsabilidade da tecnocultura que aniquila a ética de solidariedade”, BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica*, ob. cit. [n. 691], p. 28.

(⁷⁷³) Em sentido aproximado ao final do texto, AGIUS, Emmanuel, in: “Obligations of justice towards future generations”, cit. [n. 765], p. 6.

futuras –; ou seja, se ela pode ser definida como uma genética conexão sucessiva de vida de que está a depender a própria continuidade de nossa espécie, bem como, força já dessa compreensão transtemporal e linear, se a humanidade pode ser categorizada como um *bem jurídico coletivo* (a carecer de proteção penal face aos novos riscos).

Tal reconhecimento poderia, quiçá, impregnar de legitimidade a proposta do delito cumulativo, designadamente em face dos chamados grandes perigos: perigos transgeracionais, *s.c.*, perigos que transcendem diacronicamente a fronteira individual, traspassando longitudinalmente os marcos temporais que apartam as gerações. E, um tal reforço legitimador da imputação penal do agir coletivo (recondutível a um singular contributo acumulativo ou aditivo) parece justificar-se já na “necessidade de exercer uma proteção efetiva das condições das gerações futuras, condições que só se pode arruinar pela continuidade generalizada de ações realizada pela sociedade em seu conjunto” ⁽⁷⁷⁴⁾.

Também cumpre logo clarificar que algumas (novas) zonas da normatividade tendem a revelar ou a colocar em evidência uma mais pronunciada necessidade de tutela (penal) das “gerações futuras”, que então emergiriam de um (favorável) *kairós* da historia para ingressar na dramaturgia penal: agora, contudo, nas vestes de *vítima civilizatória*. A roborar a adequação e conveniência temporal de uma tal convocação baste-se com um rápido olhar de relance para uma considerável extensão da fenomenalidade quotidiana, em que aflora, *e.g.*, o problema da manipulação das células germinais humanas (que pode, e poucos duvidam, repercutir na dignidade das gerações porvindouras – adjacentes ou remotas –, em função de uma eugênica seleção positiva).

Mas não é só neste âmbito da realidade que se pode observar interferências ou perceber ruídos de um novo aparato ético, e também de um novo arsenal axiológico a protestar por ingerência penal. Se bem mirarmos as coisas também a tutela consumerista (contaminações de produtos alimentícios, arriscada comercialização de fármacos etc), de algum modo, ainda que mais tênue, liga-se com o *topos* em epígrafe. Mas o destaque a dar-se está,

⁽⁷⁷⁴⁾ Nestes termos, mas sem concordar com tal tutela, ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 157.

fundamentalmente, na complexa tutela do meio ambiente – a principal zona de confluência ou de intersecção com o tema *sub studio* ⁽⁷⁷⁵⁾ – consoante o demonstra a própria Lei Fundamental ⁽⁷⁷⁶⁾, que entrelaça a proteção das futuras gerações com um dever de cuidado com o meio ambiente.

2. Recepção jurídico-filosófica do problema do “mundo vindouro”

Antes de tentarmos encontrar respostas para aquelas perguntas logo à partida formuladas ainda há um elenco de questões de natureza filosófica, ou mais propriamente de filosofia moral ⁽⁷⁷⁷⁾, que aqui também não se pode deixar de formular. Indagamos então: podem pessoas ainda não nascidas ter direitos? Têm as gerações futuras direitos contra as atuais gerações? Possuímos deveres e obrigações em relação a pessoas que ainda não existem? Quais futuras gerações estão a carecer de tutela: as que nos estão mais contíguas ou qualquer geração no abismo do tempo linear infinito?

Este é apenas mais um pequeno catálogo de indagações provocativas que o problema da tutela das vindouras gerações convoca para o pensamento jurídico(-filosófico-)penal – e, nunca é lícito esquecer, o direito penal é filosofia em ação e pensamento –, que, e vem a propósito salientar, já faz algum tempo, jusfilósofos e juspenalistas tentam resolver. Vejamos a seguir as mais relevantes teorias.

2.1. JOHN RAWLS e a equidade intergeracional

JOHN RAWLS, poucos desconhecem, desenvolveu uma nada desprezível análise de corte prático-filosófico sobre a importante questão da

⁽⁷⁷⁵⁾ Para uma visão não superficial dessa imbricação, v. BUBNOFF, Daniela, *Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht*, ob. cit. [n. 767]; e UNNERSTALL, Herwig, *Recht zukünftiger Generationen*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1999.

⁽⁷⁷⁶⁾ Não apenas portuguesa (Art. 66, II, “d”), como também a Carta Fundamental brasileira (Art. 225, *caput*) e a *Grundgesetz* alemã (art. 20, “a”).

⁽⁷⁷⁷⁾ Para LÜBBE o tema da responsabilidade “finalmente retorna aos filósofos morais que na verdade após HEGEL transferiram em boa medida os cuidados para com as categorias teóricas da imputação para a ciência do direito”, LÜBBE, WEYMA, *Verantwortung in komplex kulturellen Prozessen*, ob. cit. [n. 544], p. 20.

justiça entre as gerações (⁷⁷⁸), pondo uma plataforma argumentativa digna de nota à disposição de todos quantos defendem serem elas portadoras de direitos. Também não vai demasia ressaltar, são primordialmente questões de justiça distributiva (⁷⁷⁹) ou repartitiva (ancorada numa ideia de proporcionalidade) que ele tratará de convocar ao debate jus(moral) e filosófico.

(⁷⁷⁸) RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, *ob. cit.* [n. 726], p. 314 ss. RAWLS esforça-se por distanciar-se, entre outras coisas, da resposta “livre de empirismo” (“Empiriefreie”) e globalmente válida para a questão da justiça que KANT apresentara. Sobre esse aspecto, em detalhe, veja-se EKARDT, Felix, “Die Beachtlichkeit von Zukunftsbelangen – auf der Basis einer veränderten liberal-rationalistischen Gerechtigkeitsbegründung”, *ARSP*, 90, Heft 1 (2004), p. 550 ss., p. 552. Estimando que o debate filosófico posto a girar com a teoria da justiça de RAWLS “direcionou a atenção para questões de justiça distributiva”, PORTINARO, Paulo, “La giustizia retributiva oltre la pena”, *Rivista di filosofia*, vol. XCVIII, nr. 2, Bologna: il Mulino, Agosto-2007, p. 259 ss.; sobre a obra de RAWLS, veja-se o importante contributo de VAMBERG, Viktor, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen: J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), 1982, esp. p. 8 ss., e p. 49. Para uma visão abrangente do pensamento de RAWLS, nele enxergando um pragmatismo ético-social a evidenciar uma concepção de justiça de fisionomia antiutilitária e crítico-normativa, quase antinormativista, e que parece ceder a impulsos sociologizantes, GOYARD-FABRE, Simone, *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, *ob. cit.* [n. 279], p. 310 ss. Deve ainda agregar-se que CETINA KNORR entende que estamos a viver um período de “transição de uma cultura do ser humano (do sujeito) para uma cultura da vida”, transição que coincidiria com as mudanças históricas: de uma “época da sociedade para uma Idade pós-social”. Demais disso, compreende esta autora que a “ideia da vida serve já como uma metáfora e simultaneamente ponto de partida que permite considerar mais de perto uma viragem para a natureza e evidenciar como a cultura do ser humano e da sociedade social veio a ser suplantada por uma crescente cultura da vida” (“Kultur des Lebens”). Segundo a autora, após a “ruptura com os ideais do Iluminismo, tornou-se concebível não só a perfectibilidade da sociedade humana, como o aperfeiçoamento da própria vida ao nível individual com o auxílio da biopolítica da população e da automanipulação da natureza humana, bem como ainda com a ideia de justiça intergeracional”, que, segundo ajuíza, “toma o lugar da justiça distributiva”. V. CETINA, Karin Knorr, “Jenseits der Aufklärung – die Entstehung der Kultur des Lebens”, *cit.* [n.159], p. 56 e 63.

(⁷⁷⁹) A distribuição das riquezas não deve ignorar as diferenças existentes entre os indivíduos, todavia ela não pode atingir a igualdade de oportunidades. Nesse sentido e afirmando que em RAWLS a “igualdade democrática não se identifica nem com a igualdade natural, nem com a igualdade liberal; é uma equality of opportunity”, GOYARD-FABRE, Simone, *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, *ob. cit.* [n. 279], p. 312.

Embora não nos caiba aqui discutir em pormenor o peculiar modelo de contrato social que RAWLS afincadamente empenhou-se em desenvolver, impende ao menos iluminar que um tal sistema encontra-se organizado por forma a dilucidar tanto o fundamento, como o processo evolutivo da juridicidade já como realidade construída ⁽⁷⁸⁰⁾, moldura teórica esta que, bem é de ver, encontra amparo quer num permanente acordo ou “consenso por coincidência parcial”, quer numa desenvolvida teoria da “escolha racional”, quer ainda no mecanismo que o autor em foco denominou de “véu da ignorância” ⁽⁷⁸¹⁾ – utensílio teórico de que se valerá para acomodar a ideia de justiça intergeracional, pois, consoante é seu entendimento, “as pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem. Essas restrições mais amplas impostas ao conhecimento são apropriadas, em parte porque as questões da justiça social surgem entre gerações” ⁽⁷⁸²⁾.

Deveras, em sua teoria da justiça como equidade (“fairness”) – expressão de um esforço teórico de dar um novo viço à noção de justiça ⁽⁷⁸³⁾ – RAWLS estabelece que a justiça há de aplicar-se a todos os membros da

⁽⁷⁸⁰⁾ “O direito... institui a ‘sua’ realidade, ele impõe a ‘sua’ visão das coisas, ainda que tomando-a por ficção. Pouco importa, desde que a ficção seja operatória e traduza em sentido coletivamente decidido”. V. OST, François, *A Natureza à margem da Lei*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995, p. 21.

⁽⁷⁸¹⁾ Tal opaco véu apresentaria, como função auxiliar, a de viabilizar os princípios de justiça por RAWLS propugnados, conferindo-lhes uma universalidade ética ideal e livre de todos os particularismos. Daí poder-se perceber que se cuida já de uma concepção “moral” da justiça, na dimensão em que o seu conteúdo “provém de certos ideais, de princípios e modelos, e que essas normas enunciam certos valores, no caso valores políticos”; mas, e com total procedência sustenta GOYARD-FABRE (*Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, *ob. cit.* [n. 279], p. 313 ss.), isto não basta para afirmar que ele se proponha a pugnar por uma “moral aplicada”.

⁽⁷⁸²⁾ RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, *ob. cit.* [n. 726], p. 147. Sobre a introdução (através do tratado de Amsterdão. de 02.10.1997), no vero âmago do Tratado da União Europeia, de um princípio de equidade entre as gerações, sob o título de “desenvolvimento sustentável”, v. UNNERSTALL, Herwig, “Nachhaltige Entwicklung und intergenerationelle Gerechtigkeit im Europarecht”, *Umwelt – Ethik – Recht*, Kurt Jax (ed), Tübingen und Basel: Francke, 2003, p. 125 ss.

⁽⁷⁸³⁾ Onde também buscará opor-se ao egoísmo coletivo de base utilitarista para se aproximar de uma moral de extração mais kantiana. Nesse sentido, HÖFFE, Otfried, *Lebenskunst und Moral – oder macht tugend glücklich?*, München: C. H. Beck, 2007, p. 11.

comunidade humana, estejam eles a viver intra ou intertemporalmente, tendo vindo a elencar pelo menos três ordens de direitos a que fariam jus as gerações supervenientes:

- direito a um adequado nível de poupança;
- direito à conservação dos recursos naturais e ao meio-ambiente natural e;
- direito a uma política genética racional.

Fundamentalmente RAWLS compreende não ser de todo possível estabelecer uma teoria da justiça sem que os cidadãos da sociedade atual primeiro resolvam o problema da justiça intergeracional que, em última análise, exige que se mantenha para o futuro a igualdade de oportunidades atualmente existente (diga-se logo: nos países centrais). Também reconhece que uma ideia de justiça intergeracional ao abrir um horizonte temporal de espectro longo põe logo em cheque a tradicional “ética de proximidade”, sustentando, então, tratar-se sobretudo da questão de saber se a geração atual encontra-se obrigada a estender às gerações supervenientes os deveres que atualmente tem para com os menos favorecidos. Bem, para o referido autor a primeira matização a estabelecer concerne ao reconhecimento da existência de tais deveres e que o seu cumprimento reclama de cada geração a observância do que denominou de “princípio da poupança justa”, postulado que não se encerra exclusivamente em um ônus de acumulação de um adequado montante de capital real ⁽⁷⁸⁴⁾, tomando também a forma de investimentos em educação, ciência, cultura, meios de produção etc. Associa-se, pois, a um verdadeiro ônus de elevação do padrão civilizacional a ser intergeracionalmente repartido, em ordem a que se possa garantir a manutenção das liberdades fundamentais, bem como preservar instituições justas: “O princípio da poupança representa

⁽⁷⁸⁴⁾ RAWLS concede que não existe uma resposta peremptória acerca de como tal encargo, voltado ao armazenamento de capital, deve distribuir-se entre as gerações. Diz apenas que taxas diferenciadas poderão ser impostas em períodos distintos. Sobre isso, TREMMEL, Jörg, “Introduction”, *in: Handbook of Intergenerational Justice*, Jörg Chet Tremmel (ed.), Cheltenham-UK: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 2.

portanto uma interpretação, formulada na posição original, do dever natural previamente aceito de defender e promover instituições justas” (785).

De modo que o princípio da poupança justa preconiza (786) a ocorrência de um acordo entre gerações, com o propósito de que cada geração comprometa-se para a efetivação e a conservação das instituições de uma sociedade bem ordenada, ou seja, retrata a hipotética concordância intersubjetiva referente à garantia de que cada geração ulterior receba da geração precedente aquilo que lhe seria devido (ganhos de bens, cultura etc) e faça a sua parte com relação às gerações seguintes.

Donde, o princípio da poupança justa exprime a ideia de que “cada geração deve contribuir para que a posteridade imediata venha a desfrutar uma situação melhor do que aquela herdada pela geração antecedente. Qualquer coisa que importe em menos do que isso seria injusto para as futuras gerações; qualquer coisa além disso: injusto para com as presentes gerações”(787). Para tanto lograr, supõe RAWLS que uma preocupação com os descendentes mais próximos – suficiente a manter estável as restrições autoimpostas (ônus de poupar) –, em conjugação com o já referido véu de ignorância (“[...] Todas as gerações estão virtualmente representadas na posição original, já que o mesmo princípio seria sempre escolhido” [788]) deveriam, ao seu modo de perspectivar o problema, revelar-se idôneos para assegurar uma preocupação por parte de toda e qualquer geração relativamente ao problema da justiça intergeracional ou cronológica.

Sem embargo, com ou sem “véu da ignorância”, caso os interesses das gerações futuras sejam considerados no cálculo de uma justiça distributiva – há de convir que tais obrigações terão de ser assimétricas. Daí que em seu modelo de justiça intertemporal RAWLS termine por restringir a responsabilidade da atual geração às gerações contíguas (limitando-a até aos

(785) RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, ob. cit. [n. 726], p. 321.

(786) Seguimos aqui a análise desenvolvida por MÖLLER, Josué Emilio, *A Fundamentação Ético-política dos Direitos Humanos*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 215.

(787) AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, in: *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malta: Foundation for International Studies in cooperation with Unesco, 1990, p. 73 ss., p. 77.

(788) RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, ob. cit. [n. 726], p. 320.

netos), estabelecendo assim um gênero de responsabilidade diacrônica decrescente.

A propósito, tem-se vindo a objetar que o “princípio da justiça” em RAWLS – fundado de modo muito especial em preocupações parentais ⁽⁷⁸⁹⁾ –, falharia já por limitar os deveres e obrigações transgeracionais às gerações mais imediatas ⁽⁷⁹⁰⁾. De modo que a teoria rawlsiana do contrato social não parece oferecer um embasamento teórico adequado em ordem a ensejar que a ética contemporânea promova uma preocupação de ordem jurídico-moral para com as gerações futuras ⁽⁷⁹¹⁾ – designadamente aquelas situadas em um porto ou estação temporal mais remota –, mormente porque as obrigações decorrentes do princípio da poupança só resguardam direitos das gerações mais imediatas ⁽⁷⁹²⁾.

Depois, porque deve atentar-se que considerações relacionadas a um crescente bem-estar material (ainda que limitado) – admitido sem reservas durante a primeira modernidade (industrial) –, parecem colidir com uma preocupação de sustentabilidade econômica que leve em consideração, sobremor, uma virtual esgotabilidade dos recursos naturais. E, é bem de ver, consoante corretamente observa DIERKSMEIER ⁽⁷⁹³⁾, pode simplesmente não se apresentar como do interesse dos integrantes das presentes gerações refrear espontaneamente o consumo em prol de algo tão abstrato como as “gerações futuras”, optando, então, por conduzirem-se sob os auspícios de uma ética (*tradicional*) de proximidade ⁽⁷⁹⁴⁾.

⁽⁷⁸⁹⁾ Posto que um interesse emocional só se poderia observar nos “descendentes imediatos” ou geração adjacente.

⁽⁷⁹⁰⁾ Logo, não teria aplicação naquelas situações em que os efeitos latentes do comportamento atual tendem a projetar-se sobre um arco temporal bem dilatado.

⁽⁷⁹¹⁾ No sentido de que a teoria de justiça de RAWLS “não provê satisfatoriamente uma fundação sólida para os direitos das futuras gerações”, DIERKSMEIER, Claus, “John Rawls on the rights of future generation”, *Handbook of Intergenerational justice*, Jörg Tremmel (org.), Cheltenham-UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 72 ss.

⁽⁷⁹²⁾ No sentido do final do texto, AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, *cit.* [n. 787], p. 78.

⁽⁷⁹³⁾ DIERKSMEIER, Claus, “John Rawls on the rights of future generation”, *cit.* [n. 791], p. 74.

⁽⁷⁹⁴⁾ Aliás, para RAWLS, não se pode conceber obrigações éticas onde não se pode esperar reciprocidade. Daí que não apenas “nada tem ele a dizer sobre os direitos dos animais, ou

Por último cumpre aduzir que também não se deve acalentar grandes expectativas em que os chamados “egoístas racionais” venham a sentir-se motivados a se interessarem por algo que não os possa de modo algum afetar, aspecto este que, atente-se bem, só se poderá desperspectivar se nos valermos da ficção do véu da ignorância rawlsiano – que torna opacas as concretas circunstâncias pessoais ⁽⁷⁹⁵⁾.

2.2. Os direitos das “futuras gerações” segundo JOEL FEINBERG

Partindo ⁽⁷⁹⁶⁾ de um conceito lato de interesse o autor em epígrafe posiciona-se favoravelmente à existência de direitos das gerações futuras perante as gerações atuais, direitos esses que corresponderiam exatamente às nossas contemporâneas obrigações de proteção ambiental, obrigações alicerçadas não em uma noção de “amor ao próximo”, mas sim – e desde uma perspectiva de futuro remoto –, fundados numa questão de justiça. De facto, para FEINBERG não importa qual a distância temporal, não importa os intermúndios que dela nos afastam: a nossa posteridade coletiva é tão certa como o é “qualquer feto que agora se encontre em um útero materno”. Onde, segundo este mesmo autor, se algo é certo sobre as gerações futuras – não

sobre uma proteção da natureza, salvante na hipótese de um tal cuidado mostrar-se necessário para preservar o bem-estar econômico”. V. DIERKSMEIER, Claus, “John Rawls on the rights of future generation”, *cit.* [n. 791], p. 80 e s.

⁽⁷⁹⁵⁾ Timbrando que os indivíduos em uma tal situação, ou seja, ao se encontrarem sob o véu da ignorância “ignoram, inclusive, o momento e a geração em que lhes tocará viver nessa sociedade que fundam”, SCHWARTZ, Germano; TRINDADE, André, *Direito e Literatura: o Encontro entre Themis e Apolo*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 148 e s. Segundo pensamos a dogmática do direito penal só muito episodicamente poderá valer-se desses intransparentes artifícios.

⁽⁷⁹⁶⁾ FEINBERG, Joel, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, *in: Ökologie und Ethik*, Dieter Birnbacher (ed), Stuttgart: C.H. Beck, 1980, p. 140 ss. Sobre o pensamento de FEINBERG acerca do tema *sub specie*, consultar: BECKERMAN, Wilfred; PASEK, Joanna, *Justice, posterity, and the environment*, New York: Oxford University Press, 2001, p. 21 e s.; HOOFT, Hendrik, *Justice to Future Generations and the Environment*, *ob. cit.* [n. 687], p. 48 ss.; e também, NASH, Roderick Frazier, *The Rights of Nature – A History of Environmental Ethics*, Madison: The University of Wisconsin Press, 1989, p. 125 ss.

importa a inexistência de esferas de contiguidade – é que “elas terão interesses que hoje nós já podemos afetar, quer para melhor, quer para pior” ⁽⁷⁹⁷⁾.

Nesse marco de argumentação bastaria então constatar que as gerações futuras terão interesses para que, por vias disso, já se fizesse lícito e pleno de sentido falar-se que elas possuem direitos; e, em um tal contexto, uma prudencial racionalidade já estaria a sugerir que a preservação ambiental não somente é “moralmente necessária (em vez de apenas desejável)”, como representa uma lúdima decisão valorativa que “nós devemos já aos nossos descendentes” ⁽⁷⁹⁸⁾.

Depois, repelindo críticas de que o admitir direitos a pessoas não identificáveis, pessoas que sequer existem, importaria em um sucumbir a uma sombria metafísica ⁽⁷⁹⁹⁾, FEINBERG argumenta que tal como os embriões os nossos tetranetos são, “em certo sentido, uma pessoa potencial”, somente que em um sentido “bem mais fraco” do que aqueles, sublinhando ainda que os porvindouros – como entidade coletiva – virão de qualquer modo. Por outro lado, também pondera que os direitos que as próximas gerações têm perante as gerações atuais constituem tão-só direitos condicionados: “direitos que elas seguramente terão quando vierem a existir (...) para pedirem proteção contra lesões que hoje já se fazem possíveis”. Não obstante, rejeita que elas possuam um interesse atual à existência, estabelecendo como hipótese (que ele reconhece como altissimamente improvável) à guisa de reforço argumentativo, que se os seres humanos mercê de acordo voluntário decidissem não mais procriar, em poucas décadas humanidade já não haveria e, muito embora o suicídio da espécie humana ⁽⁸⁰⁰⁾ pudesse parecer-lhe uma “tragédia triste e

⁽⁷⁹⁷⁾ FEINBERG, Joel, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, *cit.* [n. 796], p. 140.

⁽⁷⁹⁸⁾ FEINBERG, Joel, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, *cit.* [n. 796], p. 170.

⁽⁷⁹⁹⁾ Para DIERKSMEIER uma futura geração “não é mais do que um sujeito metafísico”. V. DIERKSMEIER, Claus, “John Rawls on the rights of future generation”, *cit.* [n. 791], p. 72.

⁽⁸⁰⁰⁾ FERNANDO ARAÚJO pondera que FEINBERG “admite em princípio o reconhecimento de ‘direitos’ tantos aos seres humanos como aos não-humanos, mas em ambos os casos apenas como indivíduos e não como espécies, tal como o admite para gerações futuras, embora contingente da efectivação futura da sua existência – excluindo, pois, e independentemente de qualquer valor intrínseco que lhe seja reconhecido, as espécies animais na sua globalidade (...) e as potencialidades de existência humana e animal que não cheguem à existência, mas que dessa posição de princípio evolui para a definição de ‘direito subjectivo’ como uma pretensão

lamentável”, ainda assim não se teria violado o direito de qualquer pessoa ⁽⁸⁰¹⁾. Deve-se ainda mencionar que FEINBERG não advoga que os nossos descendentes, *scilicet*, as gerações futuras possam exigir direitos por si mesmas, porém admite que elas se podem fazer representar (“teriam mesmo hoje inúmeros advogados que falam em seu nome” ⁽⁸⁰²⁾).

Se bem observarmos as coisas há pelo menos duas objeções fortes ao argumento de que as gerações futuras porque possuidoras de interesses têm necessariamente de ter direitos perante às gerações atuais. Primeiro, ter interesses é, na melhor das hipóteses, apenas uma condição necessária para ter direitos contemporaneamente, não uma condição suficiente. Segundo, o facto de que as gerações futuras terão interesses no futuro, e poderão muito bem ter direitos no futuro, não significa que elas possam ter interesses hoje, isto é, antes de nascerem. Diga-se ainda que a fragilidade do argumento, que voga no sentido de que as gerações futuras têm direitos porque possuem interesses, não pode ser dissipada pela afirmação que timbra em assinalar que os seus direitos ou interesses estão a ser atualmente representados por grupos ambientalistas de pressão e afins. É que, como corretamente afirmam BECKERMAN e PASEK ⁽⁸⁰³⁾, é “tanto lógica como fisicamente impossível para as gerações futuras delegar a proteção dos seus direitos a alguém que atualmente encontre-se vivo”.

Donde, para nós, se quisermos garantir uma proteção mínima às pessoas que decerto virão, menos do que baldadamente procurar desocultar interesses e direitos – sejam atuais ou sejam vindouros – a serem conferidos

substantiva, a requerer certas qualidades que não são discerníveis, seja nos não-humanos, seja nas gerações futuras – nomeadamente uma capacidade para reclamar o conteúdo da pretensão a que cada direito subjectivo dá cobertura”. V. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*, *ob. cit.* [n. 669], p. 295 e s.

⁽⁸⁰¹⁾ FEINBERG, Joel, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, *cit.* [n. 796], p. 171 e s.

⁽⁸⁰²⁾ FEINBERG, Joel, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, *cit.* [n. 796], p. 170.

⁽⁸⁰³⁾ BECKERMAN, Wilfred; PASEK, Joanna, *Justice, posterity, and the environment*, *ob. cit.* [n.796], p. 21 ss.

às futuras gerações, temos é de reconhecer a existência de deveres (de solidariedade) já vinculantes para os contemporâneos (⁸⁰⁴).

2.3. O papel do tempo na construção de uma ética intergeracional (WHITEHEAD)

A compreensão filosófica de WHITEHEAD do universo como uma malha interligada de relações e o seu entendimento da “natureza ontológica do *self* relacional” podem muito bem ser interpretados já como proposta voltada à construção de um novo modelo de sociedade humana. Trata-se, em boa

(⁸⁰⁴) Não nos custa acompanhar o entendimento esposado por SILVA DIAS, que perspicazmente anotou, que “a teoria da justiça não pode mais alhear-se dos interesses dos vindouros no debate público sobre valores e normas que devem ordenar a sociedade e regular o exercício da cidadania, introduzindo-os nesse debate, por exemplo, através do mecanismo da representação, seja ele concebido como recurso a antecipações contrafactuais ao nível do discurso ou através da criação de organizações de defesa no plano institucional (...). A inclusão no debate do ponto de vista das gerações futuras significa antes de mais o reconhecimento de que a humanidade é uma comunidade de destino, exposta a ameaças comuns. A tomada de consciência desta condição permite o desenvolvimento de uma solidariedade intergeracional, com base na qual a geração presente se compromete a assegurar a viabilidade das condições de existência das gerações futuras. A solidez destas bases contratuais depende em boa medida da sua assimilação institucional pelo Direito, como de resto tem acontecido, quer em diplomas de Direito Internacional, quer nas Constituições dos modernos Estados de Direito”. Todavia este autor ressalva que “o apelo à solidariedade e à justiça entre gerações está longe de significar o reconhecimento da humanidade futura como sujeito de direito, pessoa constitucional ou titular dos direitos ao ambiente, à qualidade e salubridade de bens de consumo, e da garantia de integridade do património genético humano (ou de outros direitos e garantias). À uma, porque a titularidade de direitos implica em geral a capacidade (actual ou potencial) para os exercer e a possibilidade de responder por esse exercício. Depois, porque a inclusão da solidariedade e da justiça para com o futuro na configuração dogmática dos direitos ao ambiente e à qualidade dos géneros consumíveis e da garantia de integridade do património genético, não basta para converter as gerações ou a humanidade futuras em seus co-titulares. Aquelas solidariedade e justiça fundamentam, isso sim, *deveres*, dirigidos aos presentes (afinal, a única humanidade de “carne e osso”), de preservar os bens objecto daqueles direitos e garantia de modo que os vindouros deles possam também beneficiar. Esses deveres instituem, assim, uma responsabilidade de cada destinatário ‘perante’ os seus contemporâneos”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Protecção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 28 e s. Itálico nosso.

verdade, de uma “filosofia evolutiva que define a sociedade como uma estrutura relacional da experiência” – e toda a “estrutura epocal da experiência está relacionada com estruturas tanto antecedentes como sucessivas”⁽⁸⁰⁵⁾.

Curial então é observarmos que WHITEHEAD defende⁽⁸⁰⁶⁾ uma compreensão de que a nossa interdependência⁽⁸⁰⁷⁾ não se encerra nos laços nacionais ou mesmo na comunidade global. É que as relações não apenas se estenderiam através do tempo, como a “comunidade do mundo” seria ela própria uma “estrutura de experiência”, por ele denominada de “processo”⁽⁸⁰⁸⁾, estrutura esta relacionada quer com as gerações pretéritas, quer com as gerações vindouras.

⁽⁸⁰⁵⁾ AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, *cit.* [n. 787], p. 82.

⁽⁸⁰⁶⁾ WHITEHEAD, Alfred North, *Abenteuer der Ideen*, Eberhard Bubser trad., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

⁽⁸⁰⁷⁾ Entendendo que uma das mais abrangentes filosofias da interdependência encontra-se representada em WHITEHEAD, bem como que ele muito contribuiu, muito embora sem discutir diretamente os direitos da natureza, para “estabelecer as bases para uma ética ambiental”, NASH, Roderick Frazier, *The Rights of Nature*, *ob. cit.* [n. 796], p. 59 e 106. Deve-se sublinhar que muitos dos seguidores de WHITEHEAD irão influenciar o surgimento de um ecologismo radical (“deep ecology”), corrente que defende que tudo na natureza, de células a átomos, seria merecedor de proteção.

⁽⁸⁰⁸⁾ De facto, este filósofo sustentava que tanto a identidade como a própria finalidade de cada objeto no universo emerge da sua relação com tudo o que existe. De modo que todas as coisas encontram-se num permanente fluxo através dos tempos. E esta interação contínua que tem lugar já ao nível molecular de toda a matéria – animada ou inanimada – é por ele definida como *realidade*. Onde, para WHITEHEAD, cada organismo, na verdade cada átomo, tem um valor intrínseco apenas e tão-somente pela sua contribuição para a contínua realidade do universo que ele denomina de “processo”. Mas uma tal metafísica deriva de uma física bem concreta, que permitirá WHITEHEAD desenvolver o seu conceito de natureza. É conferir: “O espaço não é apenas uma ordenação de entidades materiais de modo que qualquer entidade suporte certas relações com outras entidades materiais. A ocupação do espaço imprime um certo carácter a cada entidade material em si. Em razão dessa ocupação a matéria apresenta extensão espacial. É em razão de sua extensão que cada pedaço de matéria é divisível em partes, e cada parte é uma entidade numericamente distinta de qualquer outra parte. Assim, parece que cada entidade material não é realmente uma entidade. É uma basilar multiplicidade de entidades”. V. WHITEHEAD, Alfred North, *Concept of Nature*, New York: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1995, p. 22.

Ao interpretar o pensamento de WHITEHEAD à luz do problema da justiça intergeracional, Emmanuel AGIUS afirma que a longa cadeia de gerações “constitui uma única comunidade” e, continua este autor, se passado e futuro se fundem numa “metafísica relacional”, a inteira raça humana deve ser considerada como indivisível, pertencendo todos os indivíduos a uma mesma família e a um mesmo todo orgânico ⁽⁸⁰⁹⁾.

Com efeito, a concepção por WHITEHEAD defendida vê o indivíduo como um “ponto de intersecção de relações intersubjetivas”, conectado tanto extrínseca como também intrinsecamente com as gerações futuras, de modo que essas relações teriam um fundamento não apenas de caráter ontológico, como também ético ⁽⁸¹⁰⁾. E, se para ele, como menciona AGIUS, “o efeito do presente sobre o futuro é o tema de interesse da ética”, ao futuro pertence, então, a decisão final se uma ação é eticamente boa ou má, enquanto o conceito relacional de bem comum é, simplesmente, o bem da espécie como um todo ⁽⁸¹¹⁾.

2.4. HANS JONAS e o princípio da responsabilidade

JONAS tem como ponto de mira (para a reflexão de fundo ético que desenvolve) os novos perigos existenciais para a humanidade. Buscará então fundar uma ética para a “civilização tecnológica”, visto que “a promessa da técnica moderna converteu-se em ameaça” ⁽⁸¹²⁾. Deveras, para este autor a atual civilização tecnocientífica ⁽⁸¹³⁾ carece de uma nova ética, uma ética

⁽⁸⁰⁹⁾ AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, *cit.* [n. 787], p. 83 e s.

⁽⁸¹⁰⁾ AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, *cit.* [n. 787], p. 82

⁽⁸¹¹⁾ AGIUS, Emmanuel, “Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics”, *cit.* [n. 787], p. 82 e 84 s.

⁽⁸¹²⁾ JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 326], p. 7.

⁽⁸¹³⁾ Uma ética que se afaste do antropocentrismo da ética tradicional, em que somente “adquire substância ética o que está no interior das relações intra-humanas, no plano das relações consigo mesmo (...). Na realidade, quando assistimos ao fenômeno coextensivo de destruição da primeira natureza, por uma segunda natureza tecnificada – problema básico na obra de HANS JONAS – (...) todas as dimensões da ética tradicional parecem pálidas e

civilizacional que não se curve diante do “utopismo automático da tecnologia” e que se ajuste ao impressionante aumento de poder do humano agir.

O fundamento da tese de JONAS assenta na compreensão que, força do inusitado que a civilização científica e tecnológica representa para as pessoas, uma nova ética se faz necessária ⁽⁸¹⁴⁾: uma ética que se adéque à expansão da responsabilidade individual para uma dimensão futura, em contraponto à ética tradicional, que é uma “ética de simultaneidade” (“Ethik der Gleichzeitigkeit”) ⁽⁸¹⁵⁾, cuja mais marcante característica consiste, como se sabe, no facto dela circunscrever-se a modalidades de ação humana de alcance bem restrito.

Propõe-se então o mencionado autor – mormente ao pôr em destaque as consequências danosas futuras de reiterados impactos cumulativos – a delinear uma ética que contribua para garantir a permanência da vida (humana) no planeta. Com este desiderato delibera reformular o imperativo categórico kantiano ⁽⁸¹⁶⁾, que passaria a apresentar os seguintes enunciados:

a) “Aja de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana sobre a terra” e, agora já numa formulação negativa;

insuficientes”. V., NEDER, Ricardo Toledo, *Crise Socioambiental: Estado & sociedade civil no Brasil (1982-1998)*, São Paulo: Annablume: Fapesp, 2002, p. 394 e s.

⁽⁸¹⁴⁾ LÜBBE, Weyma, “Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion”, *cit.* [n.716], p.227.

⁽⁸¹⁵⁾ JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung, ob. cit.* [n. 326], p. 34. Uma ética tradicional em que o “universo moral constitui-se de contemporâneos, cujo horizonte de futuro é limitado ao seu provável tempo de vida” (JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung, ob. cit.* [n. 326], p.23).

⁽⁸¹⁶⁾ É que o imperativo categórico de KANT dirige-se, como se sabe, exclusivamente ao indivíduo, tanto em termos de contemporaneidade como também de coexistência, e, já por isso não poderia prestar-se a funcionar “nem como um cânone para atores corporativos, nem como medida para a ação coletiva”. Demais disso, segundo JONAS, “uma ética do futuro não pode ser uma ética teórico-subjetivista, pois ela exige fundamentalmente uma ontologia”. V. HADORN-HIRSCH, Gertrud, *Umwelt, Natur und Moral – Eine Kritik an Hans Jonas, Vittorio Hoesle und Georg Picht*. Freiburg; München: Karl Alber, 2000, p. 64.

b) “Aja de modo de modo que os efeitos de tua ação não se tornem destrutivos para as possibilidades futuras dessa vida” ⁽⁸¹⁷⁾.

Cuida-se, portanto, de um moderno imperativo (que vê-se associado a uma ética orientada para o futuro), predeterminado a dar cumprimento a exigências necessárias à perdurabilidade da vida humana na terra. JONAS também irá insistir que a radical mudança na natureza da atividade humana está a exigir uma mudança na noção de responsabilidade, defendendo que há já “uma responsabilidade ontológica para com a ideia de Homem”, a significar que não se é “responsável para o futuro de seres humanos concretos, mas para com um conceito de Homem”, mormente no que toca a “integridade da sua essência” (“Unversehrtheit des Wesens”). É essa “ideia ontológica de homem que gera a necessidade do novo imperativo categórico, hábil a reforçar uma ética de responsabilidade para com o futuro” ⁽⁸¹⁸⁾, com forte repercussão, e.g., na Bioética (e, coextensivamente, no direito penal) ⁽⁸¹⁹⁾.

⁽⁸¹⁷⁾ JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung, ob. cit.* [n. 326], p. 36. Vendo no conceito de futuras gerações não uma revolução, mas o “aprofundamento da ideia fundamental que está na base dos direitos humanos”, entendendo também que um “conceito alargado de humanidade já estava presente no pensamento de KANT” – plasmado precisamente na segunda formulação do imperativo categórico (“obra de tal forma que trates a humanidade tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como fim e nunca como um puro meio”) – e que, portanto, uma “tomada de consideração da humanidade futura está inscrita no núcleo do conceito de humanidade presente”, OST, François, “Ecología y Derechos del Hombre”, *in: Suplemento Humana Iura de derechos humanos (Persona y Derecho) – El Derecho Humano al Medio Ambiente*, nr. 06 (1996), Pamplona: Faculdade de Derecho da Universidade de Navarra, p. 201 ss., p. 208 e s.

⁽⁸¹⁸⁾ AGIUS, Emmanuel, “Germ-line Cells – Our Responsibilities for Future Generations”, *in: Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malta: Foundation for International Studies in cooperation with Unesco. 1990, p. 133 ss., p. 136

⁽⁸¹⁹⁾ Entendendo que tanto o imperativo categórico kantiano, assim como a “regra de ouro”, não se encontram circunscritos a um específico momento, contingentemente adscrito aos contemporâneos, mas sim que, como concepções abstratas que são, também vigem para o futuro, logo também são válidos para as gerações futuras, SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den ‘homo oecologicus’”, *in: Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, Bernd Schünemann *et al.* (Hrsg.) Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 3 ss., p. 15.

Por outro lado, uma vez que nesse sistema de pensamento o progresso tecnológico é sempre uma séria ameaça para o futuro da humanidade, seria irresponsável desenvolver-se novas tecnologias, tais como as atuais técnicas de combinação de genes, devido aos riscos potenciais para a posteridade ⁽⁸²⁰⁾. Desse modo, um dos principais argumentos utilizados por JONAS, que, aliás, não subscrevemos, é o de que a tecnologia moderna deve ser suprimida em benefício da humanidade. É que o autor em análise entende que o nosso poder sobre a matéria, sobre a vida na Terra e sobre o próprio homem cresceu a tal ponto que hoje a atividade humana pode ter um efeito generalizado no espaço e no tempo distantes ⁽⁸²¹⁾.

O imperativo ético do futuro dirige-se (em suas matizadas versões) tanto aos perigos existenciais, como às ameaças à essência da humanidade. Quer-se com isso exprimir: volta-se tanto contra as ameaças à vida em geral, como contra uma transformação substantiva ou matricial das pessoas (quanto ao conteúdo ou essência ^[822]). Assim, nem a existência nem tampouco a essência das gerações futuras devem ser colocadas em risco em razão de algum eventual proveito ou benefício para as gerações atuais ⁽⁸²³⁾.

De outra raia, a operacionalização do imperativo da responsabilidade deve realizar-se com o auxílio da chamada “heurística do medo” ⁽⁸²⁴⁾. De acordo com esta formulação, perante as incertezas relativamente ao futuro deve sempre prevalecer um prognóstico catastrófico ⁽⁸²⁵⁾. Uma tal redescoberta

⁽⁸²⁰⁾ AGIUS, Emmanuel, “Germ-line Cells – Our Responsibilities for Future Generations”, *cit.* [n. 818], p.136.

⁽⁸²¹⁾ Logo, já não é mais a proximidade espacial e a relativa simultaneidade das ações de consequências bem circunscritas que definem os novos limites da responsabilidade, mas sim um novo poder do homem que, força da distribuição espacial e temporal das cadeias causais postas em movimento pela tecnociência, espraia-se por toda a biosfera. Comparar com JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 326], p. 27.

⁽⁸²²⁾ Algo que com a ajuda, por exemplo, da engenharia genética parece já ser factível.

⁽⁸²³⁾ VEITH, Werner, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, Stuttgart: Kohlhammer, 2006, p. 66.

⁽⁸²⁴⁾ Segundo JONAS (*Das Prinzip Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 326], p. 8 e p. 63 s.) apenas a previsível desfiguração do homem nos auxilia a conservar o conceito de Homem.

⁽⁸²⁵⁾ O lema empunhado por JONAS, já em face das consequências imprevisíveis de projetos tecnológicos, é o da “primazia do mau sobre o bom prognóstico”. V. HADORN-HIRSCH, Gertrud, *Umwelt, Natur und Moral*, *ob. cit.* [n. 816], p. 55.

do medo deve exercer um “caráter curativo ou terapêutico” – capaz de despertar os homens da indiferença ⁽⁸²⁶⁾. Não é incorreto pensar que o princípio da responsabilidade apresenta-se qual resposta (diante da “aventura da tecnologia”, quiçá idônea a “despoletar” catástrofes exógenas terminativas) ao exacerbado otimismo em relação ao futuro, disseminado, como se sabe, pelo “princípio da esperança” (Ernest BLOCH) ⁽⁸²⁷⁾.

O mencionado imperativo da responsabilidade, cujo fundamento arranca designadamente do dever de proteção das condições de vida ⁽⁸²⁸⁾ e preservação da identidade genética da humanidade põe, todavia, a descoberto que a construção de uma ética da responsabilidade para com o futuro ⁽⁸²⁹⁾ conduz a uma ampliação da tradicional ideia de responsabilidade ⁽⁸³⁰⁾.

Trata-se, não padece dúvida, de um vero *plaidoyer* pela expansão do âmbito de responsabilidade do homem – responsabilidade entendida como princípio moral de ação ⁽⁸³¹⁾, que fica a dever-se à compreensão que alguma coisa mudou no que toca ao alcance ou projeção do humano agir ⁽⁸³²⁾.

⁽⁸²⁶⁾ VEITH, Werner, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, ob. cit. [n. 822], p. 61.

⁽⁸²⁷⁾ Segundo HABERMAS, um dos autores que mais terá contribuído para que o termo *utopia* fosse “purificado do ranço do utopismo”, vindo a reabilitá-lo como “insuspeito meio para o desenvolvimento de possibilidades alternativas a serem disponibilizadas no processo da própria história”. V HABERMAS, Jürgen, *Die neue Unübersichtlichkeit*, ob. cit. [n. 225], p. 143.

⁽⁸²⁸⁾ Vale dizer que Hans JONAS (*Das Prinzip Verantwortung*, ob. cit. [n. 326], p. 29) decide-se claramente por enfatizar que a natureza possui uma esfera de demarcação ética própria, que mete em foco não somente o bem-estar humano, mas igualmente o bem das coisas não humanas, quanto a isto distanciando-se de FEINBERG.

⁽⁸²⁹⁾ Como a dimensão central da responsabilidade em JONAS encontra-se no futuro, ela será sempre uma responsabilidade assimétrica, não-recíproca, assemelhada àquela dos pais em relação aos filhos.

⁽⁸³⁰⁾ Pontuando que JONAS, assim como BECK, REES e HANS KÜNG, partilham da opinião que os instrumentos do direito são “insuficientes para lidar com os novos problemas”, daí que atribuem um “papel decisivo à autorregulamentação social” – a ser impulsionada por uma nova ética e uma nova racionalidade – com vistas a obter-se uma “radical mudança dos estilos de vida”, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, ob.cit. [n. 28], p. 12.

⁽⁸³¹⁾ Em síntese o que o autor pretende colocar é a questão dos “limites racionais da responsabilidade do agir humano, questão que remonta à ética (à Nicômaco) aristotélica”. Mas, conforme corretamente anota WEYMA LÜBBE, o próprio JONAS não aponta um qualquer

Realmente, em JONAS, a nova noção de responsabilidade é de ser perspectivada em função do “poder”, s.c., do “novo alcance causal da ação”⁽⁸³³⁾, mormente do poder da ação coletiva, a reclamar proteção ou tutela para as gerações futuras (*topos* de teoria da sociedade que, sem dúvida, cruza-se com os novos territórios normativo-problemáticos que compõem o chamado direito penal moderno).

Contudo, uma preocupação para com as gerações futuras ⁽⁸³⁴⁾ – “(...) Inclua em tua escolha atual, como objeto simultâneo de teu querer, a integridade futura da humanidade” ⁽⁸³⁵⁾ – parece, em JONAS, introduzir uma singular revivescência da metafísica (como doutrina do ser) tanto no plano da ética, como também do direito (que terá então de abrir-se, quiçá, para uma concepção ecocêntrica radical), porquanto “a fundamentação de uma tal ética, que já não permaneça vinculada ao âmbito mais imediato dos que nos são

limite à responsabilidade como consequência da ação. É que não raro, pese a total insatisfação das vítimas das consequências da conduta ofensiva, a resposta pode ser a seguinte: “Ninguém é responsável”. E, consoante assinala LÜBBE, às vezes “essa é a resposta certa”! V. LÜBBE, Weyma, “Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion”, *cit.* [n. 716], p. 225. De outra margem, assinalando que o princípio de responsabilidade evocado por JONAS, deveria basear-se, principalmente, na necessidade de uma “nova compreensão do resultado accidental”, mormente em um “setor da indústria responsável por uma repentina militarização da ciência, em particular com a invenção de armas letais de destruição em massa”, VIRILLIO, Paul, *L'accident originel*, *ob. cit.* [n. 188], p. 31 e s.

⁽⁸³²⁾ No âmbito da modernização as cadeias de ação apresentam-se sempre e sempre mais em rede, de forma que por um lado aumenta o alcance das decisões possíveis e, simultaneamente, as respectivas consequências tornam-se incalculáveis; por outro, as decisões de grante alcance de regra não são tomadas por indivíduos singulares, mas por sujeitos no quadro de organizações, de modo que a própria organização agora figura como decisor responsável. No preciso sentido do texto, KAUFMANN, Franz-Xaver, *Der Ruf nach Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 179], p. 12 e s.

⁽⁸³³⁾ Weyma LÜBBE (“Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion”, *cit.*[n.716], p. 227 e s.) entende uma tal acepção de “poder”, de resto inimiga de seu significado usual, permitiu a JONAS realizar a “defesa de uma expansão da imputação de forma menos tímida”.

⁽⁸³⁴⁾ Propondo uma “declaração dos direitos das futuras gerações em face dos efeitos a longo prazo das atividades humanas de hoje”, SALADIN, Peter; ZENGER, Andreas, *Rechte künftiger Generationen*, Basel-Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 15 ss.

⁽⁸³⁵⁾ JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 326], p. 36.

próximos, deverá prolongar-se até a metafísica, porquanto só a partir dela é que cabe colocar a questão de por que deve de todo haver Homens no mundo”⁽⁸³⁶⁾.

2.5. HABERMAS: expansão da liberdade diacrônica e emergência de uma autocompreensão ética da humanidade

De um jeito relativamente análogo a JONAS, menos do que os complexos problemas deflagrados pela crise ambiental, HABERMAS vem pondo em relevo o horizonte problemático instalado pela emergência de uma “novíssima genética”, senão já uma “reprogenética”. Com efeito, são precisamente os atuais processos de intervenção no genoma humano que, afinal, podem levar ao “aparecimento de uma densa cadeia intergeracional de actos pela qual ninguém poderá ser chamado a prestar contas, visto atravessar, unilateral e verticalmente, a rede contemporânea de interações”⁽⁸³⁷⁾, e que, em última análise, representam um notável “incremento da liberdade”⁽⁸³⁸⁾, que está a pressionar (este o aspecto medular do problema) – já com o propósito de coartar o surgimento de relações interpessoais fortemente assimétricas – por alguma “regulamentação normativa”⁽⁸³⁹⁾.

Cabe logo consignar que aqui é convocado um olhar multifacetado, no qual entrecruzam-se tanto argumentos ético-filosóficos como jurídicos. D’outra banda, se não pode deixar de pôr em evidência a influência do discurso ético de HABERMAS na “seleção dos valores penais”⁽⁸⁴⁰⁾. Realmente, se bem

⁽⁸³⁶⁾ JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung, ob. cit.* [n. 326], p. 8.

⁽⁸³⁷⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 39 e s.

⁽⁸³⁸⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 52.

⁽⁸³⁹⁾ Se o direito penal é, como efetivamente o é, uma ordem de liberdade, posto que desde HOMERO (pense-se em Ulisses atado ao mastro para resistir ao canto das sirenas) é um dado cultural que a restrição à liberdade consiste em um *modus* de proteger a liberdade, não desbordará da mais pura lógica concluir que o “incremento de liberdade” – que sulca o nosso tempo histórico – atua como importante fator de expansão do direito penal em sua missão de guardião da liberdade.

⁽⁸⁴⁰⁾ V. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas e el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, en Díez Ripollés *et al.*, *La Ciencia*

vemos as coisas, a análise que este autor elabora serve a realçar, assim como o discurso de JONAS também o faz, uma forte preocupação com a preservação da identidade da espécie humana ⁽⁸⁴¹⁾. (Potencialmente em risco de fragmentação em decorrência de manipulações no seu código genético, algo que, segundo aquele autor, já estaria a exigir a “construção de barreiras normativas racionalmente consensuadas”). De outro giro, também aqui estamos claramente em face de uma *Fernethik* (que parece esforçar-se em conduzir a uma moralização da natureza humana, agora instigada por uma progressiva “autocompreensão ética da espécie” ^[842]), a franquear – mormente quando perspectivamos as profundas consequências futuras do comportamento atual – um vertiginoso deslocamento temporal da análise da questão da dignidade humana ⁽⁸⁴³⁾, em tese colocada em perigo por uma radical ampliação da liberdade diacrônica ou transtemporal, esta possibilitada, ninguém desconhece, pelos avanços da tecnociência (biotecnologia ^[844]); e,

del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro en Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid: Tecnos, 2002, p. 135 ss.

⁽⁸⁴¹⁾ É que a moderna tecnologia genética abriu largas veredas para a manipulação controlada da estrutura genética de diversas classes de organismos e, portanto, também o caminho para modificações de longo prazo, modificações de dimensões e de consequências inimagináveis. Sobre essas questões, em profundidade, SALADIN, Peter; ZENGER, Andreas, *Rechte künftiger Generationen*, *ob. cit.* [n. 834], p. 17 ss.

⁽⁸⁴²⁾ Uma *Fernethik* coenvolve uma prática apta a assegurar a forma “como antropologicamente nos compreendemos na condição de membros de uma espécie”. V. HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, *ob. cit.* [n. 194], p. 71.

⁽⁸⁴³⁾ Assim a dignidade humana já não seria atingida ou não mais reclamaria proteção frente a fórmulas já “clássicas” de agressão, tais como crimes de guerra ou contra a humanidade, mas sim contra o “potencial da tecnologia de uso diário”. V. DONINI, Massimo, *Il Volto Attuale Dell’illecito Penale*, *ob. cit.* [n. 687], p. 20.

⁽⁸⁴⁴⁾ A biotecnologia finalmente promete às pessoas realizarem aquilo que a Renascença sonhara – fazer do homem um criador de sua própria natureza –, talvez assim ultrapassando a dicotomia, senão já o absurdo existencial (SARTRE) entre ser e consciência. De facto, pelo menos desde a famosa definição de PICO DELLA MIRANDOLA de homem como ser cuja *essentia* não vem determinada logo à partida, mas que somente a ele incumbe determinar o que ela seja, restou evidente que o Humanismo desde o início perseguiu um programa pós-humanista, quiçá por haver logo identificado que a natureza específica do homem constitua-se no forte desejo dele livremente autodeterminar-se. Sobre estas e outras profundas questões relacionadas ao problema da *natureza* humana, a interessante contribuição de WEISS, Martin,

neste ritmo, será imperativo perceber dignidade e direitos humanos numa acepção estritamente moral e jurídica, senão já como conceitos jurídicos impregnados de moral, porque as “violações de direitos humanos não podem ser reduzidas ao estatuto de ofensas contra conceitos de valores” ⁽⁸⁴⁵⁾.

Deveras, a prefalada dilatação da liberdade como dado fático, como precipitado do *mundo-da-vida* (“Lebenswelt” ^[846]), pressiona no sentido de um

“Die Auflösung der menschlichen Natur“, in: *Bios und Zoë – Die menschliche Natur im Zeitalter ihrer technischen Reproduzierbarkeit*, Martin Weiss (Hrsg.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 34 ss., esp. p. 37 ss.

⁽⁸⁴⁵⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, ob. cit. [n. 194], p. 80.

⁽⁸⁴⁶⁾ Cuida-se de um termo-síntese de procedência fenomenológica (HUSSERL) e que atualmente projetou-se até ao domínio conceitual da teoria da sociedade (destilada numa teoria da ação), colaborando para dar sentido explicativo ao conceito de agir comunicativo (o agir voltado ao entendimento dos sujeitos acerca das diversas esferas do sistema social). Aliás, convém avançar que ao propôr-se elaborar uma teoria da ação, HABERMAS decide-se por uma compreensão dual de sociedade, isto é, funda uma teoria da sociedade em dois níveis: como sistema e como mundo da vida. Este pode ser compreendido como uma concepção complementar à noção de ação comunicativa, oferecendo um campo aberto constituído da experiência da interação social autêntica e valiosa da vida prática e ético-jurídica, bem como de normas e valorações que propiciam o entendimento. Dito de outro modo: é o horizonte dinâmico em que se move a ação comunicativa intersubjectiva sendo por ela constantemente reproduzido ou gerado. Por outro lado, a sociedade pode evoluir, enquanto sistema, através do aumento da capacidade de controle e, como “mundo da vida”, pela diferenciação entre cultura, sociedade e personalidade. Curioso assinalar que para um autor como LUCHI o “conceito de mundo da vida substitui aquele de consciência coletiva”. Daí que este autor também venha a sustentar que tal conceito desempenha, em HABERMAS, “a função de superar a filosofia da consciência”. V. LUCHI, José Pedro, *A superação da filosofia da consciência em Jürgen Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*, Roma: Gregorian University Press, 1999, p. 460. Releva ainda articular que sistema e “mundo da vida” podem ser interpretados como esferas propensas ao enfrentamento, já que as estruturas sistêmicas não raro penetram e procuram subjugar ou “colonizar” os domínios do mundo da vida. Tal invasão persegue duas finalidades precípuas, a saber: “a) aniquilamento das engrenagens da autorregulação social mercê desmedida juridificação; b) ameaça “às condições de existência e às bases naturais do mundo da vida dos sujeitos” (V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n.140], p. 32), imbricando-se este último aspecto com os *topoi* dos novos riscos e da justiça intergeracional. Indispensável a um aprofundado estudo do tema, partindo de HUSSERL e HABERMAS para chegar na origem das normas a partir do “mundo da vida”, WALDENFELS,

“cuidado por si alargado à perspectiva mais ampla da ética da espécie” ⁽⁸⁴⁷⁾, que é já *leitmotiv* para uma “racionalidade procedimental-discursiva”, cujo fio condutor prossegue nada menos do que uma expansão da responsabilidade⁽⁸⁴⁸⁾ a validar-se no diálogo da positividade jurídica mediante uma ideia de consenso democraticamente legitimante. Traduzido para a semântica habermasiana: à facticidade mundiviviável de uma expansiva exponenciação da liberdade diacrônica que é experienciada pelo indivíduo multifacetado da tardomodernidade antepõe-se o incremento da responsabilidade sincrônica, a positivar-se no discurso jurídico comunicativamente consensuado ⁽⁸⁴⁹⁾, mercê uma nova ética da espécie: uma ética que se quer a uma só vez discursiva e marco axiológico universalizante.

Deve-se ainda fazer notar que surge como problemática a ser tratada não uma eugenia orientada à eliminação de determinadas patologias (eugenia negativa), mas sim um eugenismo liberal direcionado a possibilitar uma “progenitura geneticamente programada”, a constituir uma “tipo de

Bernhard, *In den Netzen der Lebenswelt*, 3ª. ed., Frankfurt am Main: Suhrkam, 2005. Veja-se ainda, LAVALLE, Adrian Gurza, “Habermas no Espelho de Rawls”, *in: Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, nº. 42, 1997, p. 171 ss.; SCHULZ, Lorenz, “Zur Beschleunigung der Lebesverhältnisse”, *cit.* [n. 263], p 447 ss.; WIELAND, Jäger; BALTES-SCHMITT, Marion, *Jürgen Habermas: Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, Wiesbaden: Westdeutscher, 2003, p. 141 e, ainda, claro, o próprio HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa – I*, Buenos Aires *et al.*: Taurus Humanidades, 1998, esp. às p. 27 ss.

⁽⁸⁴⁷⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, *ob. cit.* [n. 194], p. 116. Cuidado de si mesmo que ao ser dimensionado temporalmente, “funda a consciência da historicidade de uma existência que se cumpre nos horizontes simultaneamente entrecruzados do futuro e do passado”. V. HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, *ob. cit.* [n. 194], p. 46.

⁽⁸⁴⁸⁾ Daí poder afirmar-se, com Massimo DONINI (*Il Volto Attuale Dell'illecito Penale*, *ob. cit.* [n.687], p.20) que, à impressiva liberdade da ética individual, que o relativismo moderno veio proporcionar ao indivíduo no âmbito do confronto dos valores, propõe HABERMAS uma “ética da espécie”, que, diante da indisponibilidade dos bens em causa, pode ser vista já como uma “ética pública”.

⁽⁸⁴⁹⁾ Sem a inserção da ação comunicativa em contextos do mundo da vida seria improvável uma integração social baseada na linguagem: “No logos da linguagem materializa-se um poder do intersubjetivo que precede e está na origem da subjectividade do falante”, pois contingências inesperadas aportariam sustento contínuo ao risco de desentendimento. V. HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, *ob. cit.* [n. 194], p. 51.

discricionariedade que interfere com as bases somáticas da autorrelação espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa”, porque se tal ocorrer, a tornar mais tênue a fronteira entre coisas e pessoas, “as gerações futuras poderão pedir contas aos programadores do seu genoma, responsabilizando-os por eventuais consequências indesejáveis – na perspectiva daquele autor – das condições orgânicas de partida da sua vida” ⁽⁸⁵⁰⁾.

Agora cabe perguntar se diante da magnitude dos novos perigos ⁽⁸⁵¹⁾ – a clamarem por uma autocompreensão ética da humanidade (tudo a instigar uma moralização da natureza humana ou sua institucionalização mediante instrumentos jurídicos) – estaria HABERMAS a postular ou avançar como solução, no âmbito de sua concepção dual de sociedade, por uma topográfica “colonização do mundo-da-vida” (força de uma virtual insuficiência dos mecanismos da autorregulação social), pelo mecanismo sistêmico consensuado do direito, malgrado os ressabidos riscos de “desintegração social por intermédio do direito”.

Dito isso, cumpre primeiro dilucidar que o filósofo em destaque entende que uma tal moralização (desde que percebida à luz da necessidade de uma autocompreensão ética da espécie) não se direciona a um “reencantamento da natureza interna”, antes volta-se, sem desperspectivar a importância de continuarmos a reconhecermo-nos como pessoas autônomas, a “prevenir juridicamente a insidiosa instalação de um eugenia liberal”, atitude que representaria um agir moral autorreferencial viabilizado no bojo de uma “modernidade que se tornou reflexiva” ⁽⁸⁵²⁾.

⁽⁸⁵⁰⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 53. Interpolamos. O autor em destaque vê nisso uma nova estrutura da imputabilidade que atualmente já se observa nos “casos dos pais de crianças deficientes que processam os seus médicos pelas consequências materiais de um erro de diagnóstico pré-natal, exigindo uma ‘indenização’, como se essa deficiência imprevista pela medicina fosse um dano material passível de ser ressarcido”. V. HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 53 e s.

⁽⁸⁵¹⁾ Ou riscos derivado do poder “dos de agora sobre os vindouros, objetos indefesos das decisões prévias destes planejadores de hoje. O reverso do poder de hoje será a futura sujeição dos vivos em relação aos mortos”. Assim, de modo deveras gráfico, JONAS, Hans, “Lasst uns einen Menschen klonieren”, in: *Technik, Medizin und Eugenik, Frankfurt am Main*, 1985, p. 168, *apud* HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 91.

⁽⁸⁵²⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana, ob. cit.* [n. 194], p. 67.

Agregue-se, por fim, que, para o referido autor, determinados comportamentos transmudam, podem transmutar uma ação egocêntrica em uma ação comunicativa a ser submetida aos esforços de socialização perseguidos pela via do consenso prático-discursivo da comunidade intersubjetiva – isso sem renúncia ao “código binário dos juízos morais certos e errados” ⁽⁸⁵³⁾.

3. Argumentos jurídico-penais em prol da tutela penal das “futuras gerações” – primeiras considerações

Após termos estudado o estado atual do pensamento ético-filosófico acerca da questão do “mundo vindouro”, passaremos, a seguir, a analisar as principais propostas dogmáticas orientadas a albergar, no âmbito do direito penal moderno, uma proteção alargada para as gerações futuras. Mas antes cabem ainda algumas notas introdutórias.

Uma dogmática e principalmente uma política criminal orientadas de modo muito particular para os novos grandes perigos atraem, quase que por inércia, uma preocupação de nervura inegavelmente prospectiva relativamente à proteção das gerações vindouras consoante evidenciam, e de modo bem particular, preceitos penais que desnudam o surgimento de uma consciência antecipatória ⁽⁸⁵⁴⁾, designadamente ao sancionarem tanto condutas desvaliosas ao meio ambiente, como comportamentos capazes de porem em risco o patrimônio genético da espécie. De modo que uma cuidado para com as gerações futuras parece mesmo encontrar legitimação no vero vórtice dos novos perigos de que viemos falando, perigos que caracterizam a orla do tempo em que nos movemos, um tempo que reclama uma nova ética, uma nova racionalidade, necessariamente uma nova política (criminal), quiçá uma nova dogmática.

Neste contexto discursivo, confessamos desde logo, sem com isso nos pejarmos, integrar o sistema de intencionalidades que governam o presente

⁽⁸⁵³⁾ HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana*, *ob.cit.* [n. 194], p. 118.

⁽⁸⁵⁴⁾ Que mais não é do que reflexo de uma emergente “Risikobewusstsein”, consciência esta que tem vindo a converter-se em “princípio nuclear de uma nova escala de valores”. Sobre isso, a interessante análise urdida por LAU, Christoph, “Risikodiskurse”, *cit.* [n. 251], p. 418.

trabalho, o afastar qualquer suspeita de uma “ingênua visão positivista” ⁽⁸⁵⁵⁾, ou seja, repudia-se aqui uma crença quase mística, ainda que laica, no poder contrafático do direito penal – historicamente contingente (queiramo-lo, então, clássico ou pós-moderno) – para, isoladamente, salvar a humanidade do “bocejante caos” ⁽⁸⁵⁶⁾, isto é, do dano absoluto.

Deve reconhecer-se, demais disso, que sob o peso de um olhar grave, penetrantemente prospectivo e pan-acautelador quanto aos prováveis perigos que (ainda) podem ser ativados pela astúcia da razão tecnoinstrumental – jeito de mirar o mundo e de prognosticar o futuro que, aliás, parece insinuar-se de modo cada vez mais persuasivo sobre as ciências conjuntas do direito penal – os “novos perigos” podem adquirir uma dimensão algo escatológica, vindo de algum modo a contribuir para descerrar um “horizonte negativo” (VIRILIO): um horizonte no qual a liberdade individual em si mesma, já por si mesma, neste contexto ou cenário, pode ser logo assumida como perigosa.

Evidentemente que não se pretender vocalizar qualquer retórica voltada a banalizar ou trivializar os novos e grandes riscos; o que se quer é tão-somente lançar luzes sobre determinada forma de olhar o problema, com potencialidade para projetar um tendencialmente intensivo controle do comportamento, que se legitima em função de um sobreacrescido dever de evitação de perigos – tarefa para a qual é chamado o direito penal moderno –, e que reclama, força da importância conferida ao contributo singular de cada indivíduo livre (assim como das pessoas jurídicas como expressão daquela liberdade), uma correspondentemente impressiva compressão dos espaços de liberdade.

Mas o que vai em texto não significa qualquer vã tentativa em subalternizar a excepcional vulnerabilidade das gerações futuras; mas sim uma intencionalidade em propor-se, sem com isso permitir-se sequer uma franja de indiferença ética, uma análise direcionada a testar a “capacidade de rendimento” deste *topos* argumentativo ou radical problemático – “tutela das gerações futuras” –, para, então, quiçá, alcançarmos uma melhor compreensão

⁽⁸⁵⁵⁾ STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, *ob. cit.* [n. 28], p. 527.

⁽⁸⁵⁶⁾ De cuja goela, segundo Hesíodo, saiu o mundo. V. ECO, Humberto, *História da Beleza*, trad. Elena Aguiar, São Paulo: Record, 2005, p. 48.

dos contornos e fronteiras últimas do direito penal do risco: zona teórica algo movediça, de propensão eticizante, supostamente de transição de paradigmas: campo incerto em que de certeza tem-se apenas o facto de que aqui o dogma do bem jurídico, como acenámos em outro ponto, é submetido ao seu mais sério teste de validade.

Devemos por último salientar que o *topos* em deslinde não se encontra insulado nas esferas académicas ou acantonado em hermético território dogmático. De modo algum. E – agora em movente e dinâmica sede pretoriana – cumpre-nos destacar peculiar decisão, que ao timbrar a necessidade de proteção das futuras gerações perante condutas singularmente inexpressivas assestadas contra o meio ambiente, remete claramente à ideia de acumulação, julgamento ⁽⁸⁵⁷⁾ que veio assim ementado, *verbis*:

“A preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício das *próximas gerações*, sendo intolerável a prática *reiterada de pequenas ações* contra o meio ambiente, que se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis”.

3.1. STRATENWERTH – direito penal do risco como direito voltado à tutela protetiva das gerações futuras

Na medida em que já se analisou, e em detalhe ⁽⁸⁵⁸⁾, o pensamento deste autor no tocante ao papel a desempenhar pelo direito penal nestes novos tempos, oportunidade em que ficou exalçada sua compreensão que a necessidade de ampliação das barreiras de proteção estaria a reclamar uma relativização do princípio do bem jurídico, cabe agora, em complementação explicitadora, tão-somente aludir que uma tal proposta fica a dever-se, sobretudo, a uma acentuada preocupação em outorgar uma maior proteção

⁽⁸⁵⁷⁾ TRF, 1ª. Região, ACR 2003.34.00.019634-0-DF (Brasil), Terceira Turma, Re., Des. Olindo Meneses, j. Em 14.02.2006. (Consulta realizada no sítio <http://www.trf1.gov.br>, em 10 de Julho de 2010). Itálico nosso.

⁽⁸⁵⁸⁾ No Cap. IV, ponto 2.1., *supra*.

(penal) às gerações futuras. Deveras, aliás de modo gráfico e candente, STRATENWERTH sustenta o entendimento de que recusar ao direito penal um papel (relevante) na tarefa de refrear os grandes perigos representaria nada menos do que tomar parte em uma ciência que nada teria a dizer com vistas à proteção dos porvindouros ⁽⁸⁵⁹⁾.

E, entre as questões mais prementes da sociedade atual, elenca aquele autor a necessidade de preservação dos fundamentos da vida futura na terra, tarefa – segundo argumenta – impossível de cumprir-se integralmente pelos ramos civil e administrativo do direito, muito menos ainda por um direito penal orientado para o passado, *i.e.*, um direito penal do evento ⁽⁸⁶⁰⁾, devendo o direito penal moderno – sugere como alternativa – legitimar-se, também e sobretudo, em função da necessidade de proteção das gerações futuras, tutela que encontraria respaldo numa (nova) *ideia de solidariedade* ⁽⁸⁶¹⁾: claro, uma solidariedade de longuíssimo alcance, capaz de lutar contra um “acomunitário individualismo”.

3.2. A preservação da espécie como bem jurídico de primeira grandeza (SCHÜNEMANN)

Cumprir exprimir que também SCHÜNEMANN entende que ao direito penal incumbe o importante papel de proteção das gerações futuras. Para este prolífico autor a conservação do meio ambiente é antes de tudo uma “questão de justiça distributiva entre as sucessivas e incessantes gerações”, a ser estabelecida a partir de um especial zelo para com os recursos não renováveis,

⁽⁸⁵⁹⁾ STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n.49], p. 696.

⁽⁸⁶⁰⁾ Em leitura interpretativa da proposta stratwertiana, assinala SUSANA SOUSA que a “tutela penal das gerações futuras estaria mais afastada de um direito penal do evento, aproximando-se de um direito penal do comportamento, autorizador do sancionamento de puras relações da vida como tais”. V. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais, ob. cit.* [n. 113], p. 223.

⁽⁸⁶¹⁾ STRATENWERTH, “Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach Freiheitsgesetzen”, *cit.* [n. 634], p. 505.

“que se podem esgotar para as futuras gerações, portanto há de limitar-se a sua utilização de maneira proporcional” ⁽⁸⁶²⁾.

Deve pôr-se igualmente em evidência que o autor em epígrafe patrocina uma ideia alargada de contrato social ⁽⁸⁶³⁾, do qual cabe participar toda a humanidade, as gerações futuras inclusive, isso já a partir do axioma básico “de que hão de seguir vivendo seres humanos na terra”, e, uma tal compreensão das coisas, o conduz a criticar a teoria personalista do bem jurídico, “já que não é tal ou qual indivíduo que esteja a viver no momento presente, senão que é a sobrevivência da espécie humana que constitui o valor supremo”. Bem é de ver, portanto, que um conceito pessoal de bem jurídico, na óptica do autor em análise, não se prestaria a dar cobertura às multifárias potencialidades de lesão a bens e interesses, mormente numa sociedade tecnologicamente avançada ⁽⁸⁶⁴⁾.

O Direito e o Estado, prossequindo na trilha do pensamento de SCHÜNEMANN, somente podem ser coerentemente pensados sob a premissa de sua continuidade para além do ciclo de vida das atuais gerações – acima de tudo porque ambos são “instituições projetadas para o domínio do futuro”. Como inferência lógica desse raciocínio o contrato social perspectivado como modelo de legitimação para o Estado e para o Direito necessariamente terá de

⁽⁸⁶²⁾ Donde vir a concluir que o esgotamento de um recurso natural não só tem lugar pela contaminação, que até agora era o “centro do direito penal do meio ambiente”, mas talqualmente por mero consumo, deduzindo que deveria eliminar-se “o tradicional enfoque na liberalização de venenos” e direcioná-lo para o “consumo normal de recursos diários”. Por essa via chega mesmo ao entendimento, que, aliás, não subscrevemos, de que os delitos contra o meio ambiente devem ser agregados aos “crimes patrimoniais em sentido amplo”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, *cit.* [n. 453], p. 26 e s.

⁽⁸⁶³⁾ Para ele o contrato social é de ser entendido a partir da perspectiva da espécie em seu conjunto, e não apenas da geração atual. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p. 206.

⁽⁸⁶⁴⁾ Também assinala que “antes da Revolução Industrial e da emergência de um planeta superpovoado, as reservas de recursos ecológicos eram tão abundantes e as potencialidades de lesão à disposição dos indivíduos tão pequenas, que uma hierarquização pragmática dos bens jurídicos individuais podia ter primazia”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p.206 e s.

“incluir os filhos não nascidos dos contraentes, posto que ninguém encetaria um acordo de parceria em que a morte arbitrária de recém-nascidos ficasse à discrição da vontade da maioria”. Portanto, é a própria lógica interna do contrato social que estaria a exigir a extensão dos seus efeitos até às gerações futuras, em ordem a que o princípio da igualdade de direito à vida para todas as pessoas – cuja validade universal em termos espaciais é inconteste – devesse ser “temporalmente complementado”, posto que “um contrato social cujo alcance fosse limitado aos indivíduos, por mera casualidade, atualmente vivos conduziria à absurda situação de a cada óbito e a cada nascimento perder a sua validade” ⁽⁸⁶⁵⁾.

É, pois, de observar que – sem propor o abandono do princípio do bem jurídico – SHÜNEMANN estima que uma das tarefas cardeais do direito penal moderno concerne, precisamente, à proteção das gerações futuras, a realizar-se por intermédio das normas de tutela (penal) do ambiente, algo que, ainda segundo a concepção por ele formulada, exigiria uma “cláusula aditiva” ao contrato social originário ⁽⁸⁶⁶⁾ – evidentemente, com o propósito de incluí-las⁽⁸⁶⁷⁾.

Na verdade SCHÜNEMANN parece pretender fundar uma teoria jurídica específica para o direito penal do ambiente, baseada em princípios que transcendam o direito positivo: assentados, não padece dúvida, em postulados do direito natural. Com efeito, o autor para o qual agora convergimos a nossa atenção propõe-se a sustentar, partindo do postulado da equidade intergeracional, que “causar danos irreversíveis ao meio ambiente constitui um crime sob a lei natural e, já por isso, descansa em um nível ainda mais

⁽⁸⁶⁵⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Das ‘Menschenbild des Grundgesetzes’ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den ‘homo oecologicus’”, *cit.* [n. 819], p.15.

⁽⁸⁶⁶⁾ Que se não deve entender, isto hoje já não se discute, como facto histórico, mas como “fundamento teórico de legitimação do exercício do monopólio estatal da violência”. Instrutivo, STÄCHELIN, Gregor, “Lässt sich das ‘Untermassverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?”, *cit.* [n. 26], p. 271.

⁽⁸⁶⁷⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den ‘homo oecologicus’”, *cit.* [n. 819], p. 15 e s.

fundamental do que a Constituição de qualquer Estado” ⁽⁸⁶⁸⁾. Depois, para ele um Estado que “nega às gerações porvindouras tanto os meios como os recursos que se encontram disponíveis para a atual geração, simplesmente não pode reivindicar legitimidade filosófica”. Em seguida arremata: “A legitimidade do Estado e do Direito gira em torno da estabilidade derivada de sua permanência” ⁽⁸⁶⁹⁾.

De conseguinte, para o citado autor, a proteção das gerações futuras constitui uma das principais tarefas do direito penal moderno ⁽⁸⁷⁰⁾, sustentando, conclusivamente, que o princípio do bem jurídico não deve ser abandonado, mas sim ampliado ou estendido para fazer do dever de tutela do ambiente uma “norma fundamental de valor universal” ⁽⁸⁷¹⁾ – com prioridade sobre os interesses individuais dos contemporâneos (gerações atuais).

Implicativamente nesta proposta, mais do que em qualquer outra, pode subentender-se que os tipos penais aspiram a ser “tipos da vida” (“Lebenstatbestand”). Prioritária, enfim, é já a “preservação da própria espécie”⁽⁸⁷²⁾ – a resplandecer como bem jurídico favorecido por uma *primazia axiológica*.

⁽⁸⁶⁸⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law”, *cit.* [n. 728], p. 194.

⁽⁸⁶⁹⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law”, *cit.* [n. 728], p. 191.

⁽⁸⁷⁰⁾ De facto, para SCHÜNEMANN a questão das gerações futuras põe em cheque tanto a ética tradicional, como um antropocentrismo individualista mais exacerbado.

⁽⁸⁷¹⁾ Realmente, este autor vê no dever de proteção do meio ambiente uma “norma fundamental universal suprapositiva, que se pode opor à qualquer ordem jurídica”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Das ‘Menschenbild des Grundgesetzes’ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den ‘homo oecologicus’”, *cit.* [n. 819], p. 12.

⁽⁸⁷²⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, *cit.* [n. 281], p. 206.

3.3. Proteção das “gerações futuras” como desafio do direito penal do futuro: “expansão do sistema penal de proteção jurídica um pouco além do bem jurídico?” (ROXIN)

O autor em relevo começa por significar que só gradualmente passa a doutrina a dar-se conta que na proposta de tutela das gerações futuras reside uma “nova área de atuação do direito penal”. Importa neste passo acentuar que ROXIN defende que, designadamente o princípio de solidariedade (intergeracional), bem como também o dever de proteção dos nossos descendentes, impõe-nos já como missão, assumirmos a responsabilidade de assegurar-lhes os pressupostos necessários para uma vida humana digna ⁽⁸⁷³⁾.

Curioso é observar que muito embora este autor não se proponha a defender que o princípio de proteção de bens jurídicos constitui um critério exclusivo de legitimação de tipos penais – referindo, aliás, a modo de claras exceções a esse princípio, tanto aos crimes de maus-tratos contra animais não humanos, como também à tutela penal dos embriões –, exatamente na mesma epígrafe em que os inscreve, aliás, intitulada de “A expansão do sistema penal de proteção jurídica para além do bem jurídico” ⁽⁸⁷⁴⁾, também tem o cuidado de introduzir o problema da proteção das gerações futuras. Sem embargo, em que pese promover uma tal inclusão, termina por assumir uma posição um tanto ambígua quanto a este novo *topos* penal, parecendo pretender que o conceito de bem jurídico não deve ser excepcionado, mas sim ampliado para o efeito de alcançá-las ⁽⁸⁷⁵⁾. Logo, bem é de ver, de algum modo ROXIN subscreve a proposta de SCHÜNEMANN, acima estudada.

Finalmente, mas não por último, lembra-nos ROXIN que o legislador constitucional abraçou o compromisso de tutela dos fundamentos naturais da vida como dever de responsabilidade para com as gerações futuras, fazendo-o, nomeadamente, em função de sua notável fragilidade, para então concluir que

⁽⁸⁷³⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 31.

⁽⁸⁷⁴⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 29.

⁽⁸⁷⁵⁾ Vindo por tal posição a receber a investida (crítica) de HEFENDEHL, para quem ROXIN extrapola (vai “desnecessariamente muito longe”) ao admitir a extensão do conceito de tutela de bens jurídicos às gerações futuras. V. HEFENDEHL, Roland, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, *in: GA*, 154 (2007), p. 1 ss., p. 8.

a “implementação de um tal programa em propostas específicas de legislação penal constitui um dos desafios do futuro” ⁽⁸⁷⁶⁾.

Insta ainda anotar, que se pensarmos em termos stratwertianos, *i.e.*, tendo em foco a necessidade de tutela de um amplo contexto de vida, ou então se refletirmos nos termos propostos por SCHÜNEMANN e ROXIN, ou seja, no sentido de o direito penal encaminhar-se, progressivamente, para a salvaguarda da própria espécie, haverá, é bem de ver, prontamente de reconhecer que a questão de matiz jurídico-moral-filosófico ⁽⁸⁷⁷⁾, em pontos precedentes discutida, fica já algo esvaziada.

4. Conclusões do Capítulo.

Há, primeiramente, de sublinhar, e de modo bem destacado, a importância em robustecer-se a ideia de responsabilidade fundada em uma solidariedade intergeracional, a encontrar tradução sobretudo na gestão racional dos recursos naturais, ideia que servirá de húmus para que uma série de postulados que integram o regime de princípios ⁽⁸⁷⁸⁾ do direito do ambiente possam prosperar, tais como o princípio de precaução ⁽⁸⁷⁹⁾, o princípio do poluidor-pagador ⁽⁸⁸⁰⁾ e o princípio do desenvolvimento sustentado ⁽⁸⁸¹⁾.

Porém, esse *corpus* de princípios não pode ser recepcionado sem mais pelo direito penal. Com isso queremos designadamente significar, e que não se venha a supor que estamos aqui a recusar importância à tutela penal

⁽⁸⁷⁶⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 31.

⁽⁸⁷⁷⁾ Que versa, principalmente, sobre se a proteção dos direitos das gerações futuras estaria a depender do reconhecimento de interesses a seres ainda não nascidos.

⁽⁸⁷⁸⁾ OST, François, “Ecología y Derechos del Hombre”, *cit.* [n. 817], p. 208.

⁽⁸⁷⁹⁾ V. o Cap. VI, item 6.9, *infra*.

⁽⁸⁸⁰⁾ Para uma análise crítica desse princípio, cobrando uma política ambiental preventiva e “mais arrojada perante o desenvolvimento industrial”, fundamental, PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do direito penal do ambiente”, *in: O Direito*, a. 136º. (2004), p. 77 ss., p. 85. Para uma outra leitura, também ela sob um olhar crítico, v. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *RPCC*, a. 10, nº. 3 (2000), p. 371 ss., p. 372.

⁽⁸⁸¹⁾ Por todos, visualizando um paralelismo e um laço possível entre o princípio de sustentabilidade e a ideia de justiça, BOSSELMAN, Klaus, *The principle of sustainability: transforming law and governance*, Aldershot: Ashgat Publishing, 2008, p. 9.

ambiental⁽⁸⁸²⁾ – também ela sempre fragmentária e de instância derradeira – é, tão-só, que a crescente percepção da necessidade de salvaguarda do ambiente natural, que, indiscutivelmente, saiu bastante reforçada com a emergência do topos “gerações futuras”, deve respeitar certas autonomias disciplinares, sob pena de fazer-se da ora em voga *transversalidade ambiental* uma categoria açambarcadora do pensamento.

Por outra banda, não vemos um antagonismo visceral, uma impossibilidade insuperável entre progresso econômico (e sobretudo científico) e social e a necessidade de proteção ambiental. Aliás, quer-nos parecer que em uma sociedade de risco, paradoxalmente ⁽⁸⁸³⁾, a solução não de todos, mas de muitos dos problemas que perlongam a chamada crise ambiental passa não apenas pelo desenvolvimento econômico sustentável, como também pelos avanços sócio-culturais e, sobretudo, tecnológicos ⁽⁸⁸⁴⁾. Quer-se com tal assertiva, isto é meridiano, denotar que os novos perigos da tecnociência têm de ser enfrentados, primordialmente, pela próprio conhecimento científico ⁽⁸⁸⁵⁾.

⁽⁸⁸²⁾ Entanto, seja dito de passagem, o direito penal ambiental ao proteger de modo direto o meio ambiente “coopera reflexamente para a livre concorrência”, pois ao prevenir a prática de intervenções ambientais ilícitas evita distorções na própria concorrência, decorrentes de intervenções ambientais unilaterais e não permitidas. V. HEGER, Martin, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, ob. cit. [n. 683], p. 225.

⁽⁸⁸³⁾ Deve-se sublinhar, com MAFESOLI, que “o paradoxo é uma maneira de compreender a posmodernidade”. V. MAFESOLI, Michel, *Tiempo de las Tribus – el ocaso del individualismo en las sociedades posmodernas*, trad. Daniel Gutiérrez Martínez, Buenos Aires, Siglo XXI ed., 2004, p. 12.

⁽⁸⁸⁴⁾ De modo que a crítica esgrimida por HANS JONAS, mormente diante dos desafios colocados pela explosão demográfica, é de ser prontamente repelida. Atente-se que a alimentação dos habitantes deste planeta depende cada vez mais da “alta tecnologia” empregue, por exemplo, em técnicas de plantio e de reprodução animal. Essa tecnologia, nunca é demais lembrar, simplesmente revogou a sempre temida *Lei de Malthus*. Sobre a chamada catástrofe malthusiana, veja-se o inteligente trabalho de DÖRNER, Dietrich, *Die Logik des Misslingens*, ob. cit. [n. 240], esp. p. 25.

⁽⁸⁸⁵⁾ Deve, portanto, repelir-se tanto um romântico discurso de retorno à taba, como um perdurante chamado ao direito penal, cujo papel aqui a desempenhar deverá, sempre ser ancilar e ultrasubsidiário.

Nessa linha de raciocínio deve mencionar-se que o enfrentamento e a resolução de um problema de extrema gravidade (designadamente para as “gerações futuras”) como o é o problema do armazenamento a longo prazo de resíduos radioativos ⁽⁸⁸⁶⁾ (que, atente-se bem, continuaria a existir ainda que fossem encerradas e lacradas todas as usinas atômicas atualmente em atividade), depende, assim como tantos outros problemas que afetam o ambiente natural, se bem vemos as coisas, menos do direito penal do que dos avanços da própria Ciência ⁽⁸⁸⁷⁾.

Com isso não se nega que precisamente na esfera do agir coletivo, já em função das novas faculdades e potências do *homo oeconomicus* – fortemente redimensionadas pelo poder tecnológico ⁽⁸⁸⁸⁾ – uma nova “e jamais sonhada dimensão de responsabilidade” ⁽⁸⁸⁹⁾ passa a ser continuamente exigida, pois o agente, os seus atos e as correspondentes consequências já não mais se encontram implicados com uma ética de proximidade (de substrato claramente antropocêntrico).

Porém, não se pode pretender que as prescrições dessa tradicional ética de proximidade tenham simplesmente evanescido. Elas ainda mantêm o seu imediatismo no que respeita ao dia-a-dia da esfera de interação humana ⁽⁸⁹⁰⁾. Contudo, essa esfera – e não é lícito ignorar – é parcialmente

⁽⁸⁸⁶⁾ Ampliando o debate acerca do dever do Estado no que toca a uma proteção do futuro, bem como sobre sua responsabilidade especificamente quanto à questão de saber se lhe cabe permitir a armazenagem de resíduos nucleares, UNNERSTALL, Hewig, *Rechte zukünftiger Generationen*, *ob. cit.* [n. 775], p. 24 ss.

⁽⁸⁸⁷⁾ De outro lado, a alteração de um modelo econômico de desenvolvimento também não pode depender do direito penal – mas de decisões políticas da sociedade.

⁽⁸⁸⁸⁾ SILVA DIAS realça, com suporte em Hans JONAS, que o “(...) aumento significativo do poder da acção humana, resultante da lógica expansiva imparável da técnica, da ciência e da economia, que é acentuadamente descontínuo em relação aos poderes de previsão e de avaliação do Homem (...) vem colocar novas interpelações, desde logo, nos domínios da filosofia política e da filosofia moral”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 28.

⁽⁸⁸⁹⁾ NEDER, Ricardo Toledo, *Crise Socioambiental*, *ob. cit.* [n. 813], p. 395.

⁽⁸⁹⁰⁾ O crime como paradigma de um conflito claramente perceptível pelo sentidos, dentro, pois, do clássico modelo vítima-vitimário, em que normalmente comparece uma vítima “de carne e osso”, teria como equivalente ético aquilo que JONAS denominou de “ética da simultaneidade

ofuscada por um domínio crescente da ação coletiva, forte quando tanto a ação como os seus efeitos já não são inteiramente os mesmos. Aduza-se que a magnitude das consequências prováveis parece convocar uma nova imputação (normativa) de responsabilidade para tudo o que no passado atribuía-se ao mero acaso ⁽⁸⁹¹⁾.

A outro tanto, o invocar uma ética da distância só se tornou instante, é onipotente, a partir do momento em que aumentou o conhecimento científico acerca das consequências remotas de nossas ações quotidianas (mormente quando coletivamente realizadas) ⁽⁸⁹²⁾. Timbrar também se faz lícito que o imperativo categórico estendido ⁽⁸⁹³⁾ vem reforçar uma necessidade de

ou da proximidade”. V. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n.91], p.217.

⁽⁸⁹¹⁾ Fundamental sobre o problema dos danos coletivamente causados, LÜBBE, Weyma, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, *ob. cit.* [n. 544], p. 121 ss. Aliás, é bem de ver que o problema da autoria (ética da intenção) agora parece mudar de registo, uma vez que “na ética tradicional, os efeitos negativos resultantes do agir humano eram considerados nos limites espaço-temporais próximos desse agir”, logo os efeitos e as consequências distantes da ação “eram relegados ao acaso” (NEDER, Ricardo toledo, *Crise Socioambiental*, *ob. cit.* [n.880], p.396). Donde, uma ética da responsabilidade coloca forte ênfase na avaliação das consequências remotas de determinadas ações. De outra parte, uma ética de responsabilidade para com as gerações futuras, “rectius”, para com a própria espécie humana, passa a exigir uma concepção de autoria sustentada não mais numa ética da intenção, mas sim da conduta. Lembrando que na esfera bem delimitada da política coube a WEBER desenvolver o conceito de ética da responsabilidade em contraponto à chamada *ética da intenção* (“Gesinnungsethik”), KAUFMANN, Franz-Xaver, *Der Ruf nach Verantwortung*, *ob. cit.* [n. 179], p. 25 e s.

⁽⁸⁹²⁾ Um aspecto crucial encontra-se na diferença remanescente entre o conhecimento limitado das consequências futuras e o impressionante alcance do poder real da ação humana, a constituir um elemento central tanto do problema ético, como jurídico, e a reclamar uma reflexão normativa sobre as verdadeiras condições de possibilidade de imputação da responsabilidade em situações em que o conhecimento ainda se mostra insuficiente. Em termos bem aproximados, VEITH, Werner, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, *ob. cit.* [n. 822], p. 63 e s.

⁽⁸⁹³⁾ Segundo o qual “nós podemos arriscar a nossa própria vida, mas não podemos nos atrever a colocar em causa a humanidade – e que Aquiles tinha realmente o direito de escolher para si uma vida curta de feitos gloriosos em lugar de uma longa vida de ingloria segurança, designadamente sob o tácito pressuposto de que a posteridade vai estar lá para narrar os seus feitos –; mas nós não temos de modo algum o direito de, em função da existência das atuais

redobrado cuidado para com o Homem – agora visto não mais como unidade individual padronizada –, mas como espécie. Não obstante, com isso não se está a ignorar ou subalternizar a ética de proximidade que subjaz ao imperativo kantiano. Trata-se, com rigor, de imperativos complementares e não excludentes.

Nesse contexto vale exaltar que o Homem já não pode explorar o presente às expensas do futuro, portanto uma distribuição equitativa de oportunidades em termos de recursos ambientais e de possibilidades de sua utilização não pode ser temporalmente neutra (“Zeitneutral”) relativamente às gerações futuras⁽⁸⁹⁴⁾; mas ele também não está obrigado a sacrificar o presente em função do porvir. Cabe-lhe, então, comprometer-se na procura de um justo equilíbrio de vida e de liberdade de oportunidades capaz de garantir uma convivência pacífica para as presentes e também para as futuras gerações⁽⁸⁹⁵⁾.

Cumpra também observar que os problemas colocados pelo *topos* gerações futuras podem ser lidos ou interpretados como uma *Ursituation*, i.e., como problemas originários, ou seja: “aqueles que interrogam pelo sentidos fundadores, os sentidos constitutivos das emergências capitais, e que na dinâmica do tempo convocam o novum de superação reconstituente (...). Hoje esses problemas originários são dois: o problema metafísico e o problema prático – o problema do sentido do mundo na sua existência e para a nossa existência e o problema do sentido do encontro do homem com os outros homens também no mundo”⁽⁸⁹⁶⁾.

gerações, ousarmos escolher a não-existência das gerações futuras”. V. JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, ob. cit. [n. 326], p. 36.

⁽⁸⁹⁴⁾ Por todos ECKARDT, Felix, “Die Beachtlichkeit von Zukunftsbelangen”, *ARSP* 90 (2004), p. 550 ss., p. 562 e HEGER, Martin, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, ob. cit. [n. 683], p. 216.

⁽⁸⁹⁵⁾ Mas, e impõe-se advertir, a questão da automanipulação da natureza humana evidencia que os problemas que giram em torno desse objeto não são simples problemas de justiça distributiva.

⁽⁸⁹⁶⁾ Sói ocorrer que esse *novum* problemático pode revelar-se, e ainda glosando CASTANHEIRA NEVES, “irreduzível à previsibilidade dos esquemas dogmáticos, que é consequência da história, da dinâmica histórico-social” (NEVES, A. Castanheira, “Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade”, cit. [n. 142], p. 20). Traduzindo para a nossa disciplina:

Todavia, entendemos que o(s) problema (s) convocado (s) pelas “futuras gerações” não se reduzem a uma questão metafísica ⁽⁸⁹⁷⁾. Não se confinam, pois, à discussão acerca do “sentido do mundo”. Cuida-se, antes de tudo, de um problema prático – de reconhecimento e de encontro do homem com os outros homens no mundo e de reencontro permanente do homem com a própria humanidade: o problema prático de garantir que os elos da longa cadeia intergeracional permaneçam coesos e inquebrantáveis.

Donde, não cremos que o ingresso do *topos* gerações futuras na luxuosa pauta constitucional e também agora no tenso diálogo punitivo represente uma indevida intromissão de problemas estritamente metafísicos nesses âmbitos da realidade normativamente construída. Dito de outro modo: a continuidade existencial (e também da essência) da espécie humana como entidade coletiva – e não de um qualquer hipotético indivíduo que emergja num futuro remoto – não é uma questão de ordem puramente metafísica; opostamente, trata-se de um problema prático a exigir uma nova orientação prático-ética. Também não versa sobre uma questão metaracional. Aliás, basta que visualizemos a humanidade como um todo em contínua (e acumulativa) desenvolvimento para ficar logo cristalino que se não pode pretender que a humanidade atual e os porvindouros divirjam, pois a humanidade é uma entidade inconsútil que não sofre interrupção: ente que evolve e se desenvolve, mas que não se interrompe nem se suspende.

A humanidade é una, nós é que, assim como o fazemos com o “real”, nós é que – com a nossa adestrada mente cartesiana – a partimos. Enfim, as gerações, próximas ou distantes (despiciendo indagar quão remotas), compõem a estrutura temporal da sociedade e integram a própria humanidade como um *continuum* que a todos, independente da geração a que pertencamos, atual ou futura (não importa quão futura – façamos, então,

talvez não seja possível estabelecer uma harmonização do instrumental do direito penal com as exigências de proteção colocadas pelas gerações futuras, assim como *hoje* parece-nos cada vez mais evidente não ser aconselhável para uma adequada tutela da liberdade pretender nelas identificar ou surpreender um autônomo bem jurídico-penal.

⁽⁸⁹⁷⁾ Pese embora a metafísica, como doutrina do ser, ninguém desconhece, há muito que penetrou a narrativa filosófica do direito penal.

apenas para este efeito, uso do “véu da ignorância” rawssiano), cabe velar, zelar e proteger.

Ainda no plano da discussão jurídico-filosófica subjacente à questão da proteção penal das “gerações futuras” insta, primeiramente, exprimir que na dimensão em que o Homem não é uma entidade metafísica ou metaracional, sequer uma ilusão subjetiva ou uma abstração intangível e imune a qualquer sorte de condutas, alguns comportamentos, algumas condutas, bem é de ver, são dotadas de *macrolesividade sincrônica* (genocídio, terrorismo etc [⁸⁹⁸]); outras tantas, por sua vez, são portadoras de uma ofensividade de uma outra ordem – uma *ofensividade diacrônica* –, que pode, designadamente por acumulação, refratar-se sobre a essência, dignidade e continuidade existencial da espécie humana, sobremor quando atingidos forem contextos de vida a que estamos indissolúvelmente associados.

Sob um tal quadrante ou moldura põe-se de manifesto que se não pode separar nem genética, nem sob um crivo jurídico-hermenêutico a humanidade que pervaga o tempo presente dos seres humanos porvindouros. Também não cabe, mormente em direito penal, perguntar se as “gerações futuras” possuem interesses ou direitos, devendo reconhecer-se para já que as gerações atuais (todas as gerações dispostas ou alinhadas – admitamo-lo para o efeito de sustentarmos uma responsabilidade sem quebras – num eterno presente) têm, inapelavelmente, deveres (⁸⁹⁹) vinculados à preservação dos contextos

(⁸⁹⁸) Sobre o fenómeno da macrocriminalidade como derivado da violência coletiva, v., por todos, JÄGER, Herbert, *Makrocriminalität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

(⁸⁹⁹) COTHERN afirma que é possível postular que as gerações futuras “não possuem qualquer direito uma vez que elas não existem no tempo presente, ou então que se não lhes pode atribuir direitos uma vez que também não se lhes pode impor deveres”. De sua vez RUTH MACKLIN (1980), argumenta que “as futuras gerações não têm direitos posto que direitos só podem ser atribuídos a pessoas reais e não a pessoas que ainda não existem”. Todavia esta autora, citada por COTHERN, afirma que “nós temos deveres morais para com as pessoas futuras, desde que acreditemos que elas existirão no futuro”. Já Richard De George (1981), também ele referido por COTHERN, pese embora afirme que só “entidades existentes podem ter direitos”, logo reconhece que a atual geração tem o “dever de dar continuidade à raça humana”. Daí podermos concluir, e quanto a isso seguindo bem de perto o parecer de COTHERN, que apesar de as futuras gerações não possuírem direitos, nós, os integrantes da atual geração, temos, inquestionavelmente, obrigações para com elas. V. COTHERN, C.

(fundamentais para a vida) em que a humanidade como entidade transtemporal indivisível está irremediavelmente entrelaçada.

O nóculo problemático futuras gerações introduz, não há margem para dúvidas, o elemento antrópico no debate ecológico-penal fazendo-o, não sob um prisma personalístico, mas – e não poderia mesmo deixar de sê-lo – sob um ângulo coletivo. E, se nós nos desinteressarmos pela preservação dos fundamentos básicos da vida, se desinteressarmos-nos em preservar a base fundamental de vida para as atuais e para as futuras gerações (não importa, e isso é de uma evidência palmar, qual geração [⁹⁰⁰]) estaremos a vocalizar, numa atitude de insuperável egoísmo, um rotundo não para o outro. Não um outro subjetivizável, cuja existência estaremos à partida a negar, mas sim um não absoluto para todos os “outros” – não meramente possíveis, não apenas prováveis: já certos. Estaremos, então, e isso não é pouco, principalmente, a negar o direito à *continuidade existencial* do gênero humano.

Logo, também não cabe colocar a questão (esta sim de natureza metafísica!) de “por que deve de todo haver homens no mundo” (JONAS), vez que a racionalidade prático-ética que plasma, e.g., as Constituições Portuguesa, Brasileira e Alemã simplesmente reconhece, expressamente, o dever de solidariedade para com as gerações futuras. Cumpre também observar que subjaz a esse dever universal de solidariedade um princípio de generalização (“*Verallgemeinerung*” [⁹⁰¹]) a reforçar a ideia de que a noção de justiça intergeracional se põe a serviço não de um fragmento da humanidade espaço-temporalmente isolável ou delimitável, mas sim da humanidade como um todo, como substância real atemporal a que o direito – também o direito

Richard, *Environmental risk decision making, values, perceptions & ethics*, Library of Congress, 1996, p. 133.

(⁹⁰⁰) Ademais uma preocupação limitada às gerações mais contíguas (nossos filhos e netos), como se flagra na concepção de RAWLS, não tem dimensão coletiva, mas meramente parental; por outro lado, ela tende a concentrar-se em aspectos monetários e econômicos que, isto é axiomático, não concorrem em nenhuma hipótese para uma justiça intergeracional ancorada na necessidade de proteção dos fundamentos da vida.

(⁹⁰¹) Sobre a atuação desse princípio no plano da ética, veja-se SINGER, Marcus George, *Verallgemeinerung in der Ethik – zur Logik moralischen Argumentierens*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1975, esp. p. 34-56.

penal, com todas as suas importantes limitações de índole garantística – deve servir.

De conseguinte, o *topos* gerações futuras, confortavelmente estalajado nas Cartas Fundamentais dos ordenamentos jurídicos em circulação neste trabalho, faz ressaltar uma necessidade de *especial cuidado-de-perigo* ⁽⁹⁰²⁾ dos contemporâneos não para com o sistema – qualquer sistema que seja –, mas sim para com a humanidade (pois esta gravita acima de qualquer funcionalismo sistêmico), devendo ainda ser encarecido que uma perspectivação meramente ecológica, “*rectius*”, ecocêntrica, tudo está a demonstrar, por si só, não desperta uma qualquer ética da responsabilidade, maxime porque – e este é um dado antropológico irrecusável – ao longo dos milênios o Homem sempre buscou meios e modos não de proteger a Natureza, mas antes, e sobretudo, de proteger-se dela.

Do que se pode concluir que a questão da tutela das gerações futuras realça a entrada em cena de um conceito antropocêntrico alargado (que ultrapassa as apertadas margens da temporalidade existencial); um conceito anti-individualista, de fundo transtemporal e inimigo do utilitarismo mais alarve: um conceito que, bom é de ver, constitui, precipuamente, um substancial reforço à proteção do ambiente natural. Mais. Com isso o próprio ambiente natural ecologicamente são pode ser considerado um direito fundamental e, simultaneamente, um bem jurídico-penal de envergadura macrossocial, e a *Sorge*, o cuidado-de-perigo, projeta-se agora sobre o próprio gênero humano.

Cuidado-de-perigo que aqui irá encontrar fundamento numa relação comunicacional também ela de dimensão ontoantropológica, todavia de perfil mais fraco ou tênue, mais ainda assim substancialmente de negação do “outro” (um outro múltiplo e transtemporal, um outro que é simultaneamente refração do ser-aí que sempre estará no mundo). Cuida-se, então, bem vistas as coisas, de um especial cuidado-de-perigo que assenta-se em uma ofensividade diacrônica.

⁽⁹⁰²⁾ V. ponto 3.1., do Cap. III, *supra*.

Diga-se mais. Uma concepção antropocêntrica alargada ⁽⁹⁰³⁾ como aquela que estamos aqui a sustentar tem como referente interesses humanos de naipe coletivo ou macrossocial. Depois, também estamos em crer que o interesse na preservação dos fundamentos básicos da vida – de todo essenciais para uma coexistência intra e intergeracional pacífica – não pode nem deve ser tomado como um conceito equivalente ao de interesse individual (de índole antropocêntrica mais estreita e acirrada): funda-se, pois, em uma noção estendida de bem comum.

Deve, portanto, perspectivar-se que há uma conexão de vida intergeracional que podemos denominar de humanidade, que se poderia reconhecer prontamente como bem jurídico coletivo – senão já “o” bem jurídico coletivo por antonomásia (sem retrorreferência a interesses individuais): uma entidade real e não um objeto de contornos instáveis e pouco nítidos ⁽⁹⁰⁴⁾. Todavia, entendemos nós que, para fins penais, melhor é entendê-la e perspectivá-la (a humanidade, ou se se quiser, as gerações atuais e as gerações futuras), “apenas”, como um *núcleo axiológico de elevadíssima densidade*, com forte aptidão para legitimar bens jurídicos coletivos. É que a proteção penal haverá, sempre, de ser fragmentária e lacunosa, e para que tenha lugar “uma defesa global da humanidade perante os megarriscos que a ameaçam – para a tarefa, digamos assim, de proteção global da sociedade

⁽⁹⁰³⁾ Ver-se-á mais adiante em detalhe (v. ponto 2.3., Cap. VIII, *infra*) que afastamo-nos de uma posição ecocêntrica radical e que propugna, como se sabe, uma proteção da natureza como valor intrínseco, algo que poderia conduzir a uma política criminal orientada à tutela de tudo o que há no mundo: de células a átomos. Longe estamos, pois, conquanto não afastemos de modo peremptório a existência de uma próxima ligação entre os processo bióticos e abióticos da Terra, de defender uma compreensão organicista ou holística, próxima já da “Hipótese Gaia”. (Interessantíssimo conceito, desenvolvido pelo cientista inglês JAMES LOVELOCK, em que a *biosfera* surge-nos como um organismo auto-organizado).

⁽⁹⁰⁴⁾ Na realidade, prestigiada doutrina entende que “estamos testemunhando o nascimento de uma nova tipologia de bens jurídicos universais: a tutela do gênero (humano), não já no confronto de formas ‘clássicas’ de agressão como os crimes de guerra ou contra humanidade, mas contra a potencialidade da tecnologia de uso diário”. V. DONINI, Massimo, *Il Volto Attuale Dell’illecito Penale*, *ob. cit.* [n. 687], p. 20.

presente e futura – o direito penal constituiria à partida um meio democraticamente ilegítimo e, ademais, inadequado e disfuncional”⁽⁹⁰⁵⁾.

D’outra banda, se frente aos novos desafios perfilamos com STRATENWERTH quando verbera, com viva ênfase, ser inadmissível renunciar-se ao direito penal onde precisamente em jogo encontram-se interesses vitais de todo o gênero humano, não podemos, à *outrance*, defender, mesmo ainda na zona dos grandes perigos, um direito penal do comportamento que se venha a despedir tanto da ideia de culpa, como do conceito de bem jurídico.

Queremos significar que nem mesmo o novo “imperativo de responsabilidade” ou uma “ética da espécie” podem fazer gerar responsabilidade penal onde, *in concreto*, só há um contributo insignificante, *i.e.*, incapaz, por si mesmo (contrariamente a contributos individuais outros – que se mostrem, em termos contextuais, individualmente perigosos – e, principalmente, contributos de grandes poluidores, como o são, de regra, os das pessoas jurídicas), de “profanar” um bem jurídico coletivo.

Por tudo o que já ficou dito assumimos que ao direito penal não cabe mais – não em nosso tempo histórico! – perseguir exclusivamente um modelo de ação do tipo “Caim investe contra Abel”: um direito penal de classe e vocacionado a profligar reativamente, apenas, contra pequenos criminosos. Advogamos, portanto, frente aos novos desafios a coexistência de um direito penal principal ou de justiça com um direito penal (setorial), este orientado por mor a obstar vitimizações difusas. Mas, ainda aqui, por mais danosas e irreversíveis que possam parecer as consequências futuras⁽⁹⁰⁶⁾, não podemos admitir uma responsabilização criminal de comportamentos rotineiros, cuja contribuição individual ao desenvolvimento do risco revele-se insignificante.

Logo, o indivíduo como “ponto de intersecção de relações intersubjetivas” ontologicamente (e não apenas eticamente) entrelaçado às gerações futuras também não poderá ser sacrificado em sua esfera de

⁽⁹⁰⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766] p. 6.

⁽⁹⁰⁶⁾ Segundo entendemos, a destruição dos recursos naturais, muito provavelmente, não atingirá de forma direta as gerações atuais: privará particularmente as gerações futuras dos fundamentos da vida ou, ao menos, as privará de uma vida digna.

liberdade quando a ação, singularmente considerada, não tiver qualquer idoneidade para promover qualquer mínimo abalo ou comoção nas componentes ou entidades daquele bem jurídico coletivo (meio ambiente natural), de irrecusável expressão universal.

Donde, e já restou assentado noutro lugar, a alternativa sugerida por STRATENWERTH de dar-se impulso a uma tutela penal do porvir, com esteio em normas de conduta referidas ao futuro não ancoradas em bens jurídicos, não nos parece, bem analisadas as coisas – nem necessária nem promissora. O conceito ecológico-antropocêntrico de bem jurídico ambiental, forte se se tem em conta as suas tangíveis componentes (sustentado, portanto, em substratos reais), oferecerá, segundo estamos em crer, fundamento bastante a uma proteção fragmentária do ambiente natural (e, neste sentido, da própria humanidade: intergeracionalmente panoramizada), isto sem necessidade de apelar-se a novas normas de conduta (não sustentadas em qualquer bem jurídico) – de sentido e conteúdo bem menos apreensível – para obter-se o desejado efeito de motivação pela norma ⁽⁹⁰⁷⁾.

Por tudo isso discordamos, bem é de ver, que as “gerações futuras” (vítimas ultravirtuais) devam ser categorizadas como um autônomo bem jurídico necessitado de uma hiperantecipada tutela (princípio da ofensividade expandido para além da tensão máxima). A tutela penal (fortemente subsidiária) mediata do mundo vindouro há, portanto, de realizar-se mercê proteção do meio ambiente (bem jurídico coletivo), designadamente por meio de uma adequada e atempada proteção das suas componentes ou entidades⁽⁹⁰⁸⁾.

Pensamos ser esta a única maneira dogmática e político-criminalmente viável de garantir-se (mediante o chamamento de uma tutela direta das componentes ambientais) uma proteção dos fundamentos básicos da vida sob uma perspectiva diacrônica, ou seja, calculada sobre um conceito de proteção de longo prazo, em ordem a incluir a garantia de condições de vida dignas também às futuras gerações. Logo, também por tal razão parece-nos

⁽⁹⁰⁷⁾ Conclusão não de todo distinta da nossa pode ser capturada em Kristian KÜHL: “Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?”, *cit.*[n.525], p. 263.

⁽⁹⁰⁸⁾ Sobre essa proposta, em pormenor, o Cap. VIII, esp. o ponto 7.3., *infra*.

defensável o admitir-se que o meio ambiente, no que refere a alguns ilícitos típicos, alça-se à condição de bem jurídico autônomo, de modo que uma sua genérica caracterização como bem jurídico intermediário (“Zwischensrechtsgut”) seria de todo equivocada ⁽⁹⁰⁹⁾.

Conclusivamente, estamos também em crer que uma imputação do dano cumulativo demanda, como substrato de legitimação adicional de irrecusável carga normativo-axiológica, a necessidade de proteção das gerações futuras – já como missão contemporânea do direito penal moderno. Todavia, uma tal tutela, como se viu, não ocorre de modo autônomo. Tem lugar de modo mediato, isto é, mercê da proteção do meio ambiente natural – e também sempre sem “retrorreferência” a concretos interesses individuais. É só assim, segundo pensamos, que se poderá dialogar com a natureza: “não como uma personagem estática (...) mas como um novo ‘outro’” (FARIA COSTA).

⁽⁹⁰⁹⁾ De semelhante parecer, no que pertine ao final do texto, JÖRG, Martin, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut, 1989, p. 96.

PARTE TERCEIRA:

**APORTES DOGMÁTICOS E POLÍTICO-CRIMINAIS COM
REFERENTE NA PROBLEMÁTICA DA ACUMULAÇÃO
(NA CONSTELAÇÃO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL)**

CAPÍTULO VI

Fundamentação teórico-dogmática e Político-Criminal do Delito Cumulativo

1. Introdução; 2. A noção de acumulação na paisagem jurídico-penal: um primeiro afloramento; 3. O direito penal ambiental e sua imbricação com o dano cumulativo: uma abordagem inaugural; 4. Efeitos de cumulação, somação e sinergismo; 4.1. Cumulação; 4.2. Somação; 4.3. Sinergismo; 5. Primeiro recorte dogmático da acumulação na topografia ambiental: a proposta de Lothar KUHLEN; 5.1. Delito cumulativo: categoria autonomizável relativamente ao perigo abstrato?; 5.2. A Lógica dos “grandes números” como justificação do delito cumulativo e a finalidade de prevenção geral; 5.3. Prognose realista como pressuposto para criação de um delito cumulativo; 5.4. A magnitude do dano como *ratio legitimationis* do ilícito de acumulação e o problema das gerações futuras; 6. Crivo crítico ao delito cumulativo; 6.1. FELIX HERZOG: Ilícito de acumulação e a tendência neocriminalizadora de comportamentos adscrevíveis à órbita contraordenacional; 6.2. MÜLLER-TUCKFELD: *plaidoyer* pela exclusão do delito cumulativo da estrutura do direito penal liberal; 6.3. Acumulação e ingerência da casualidade no objeto de imputação penal (PRITTWITZ); 6.4. Crítica à finalidade de prevenção geral; 6.5. Acumulação - instituto violador da noção de ofensividade; 6.6. Delito cumulativo: afronta ao princípio de proporcionalidade; 6.7. Delito cumulativo: proposta transgressiva do princípio da culpa; 6.8. Acumulação: tentativa de resolver “problemas sistêmicos” com o direito

penal; 6.9. Delito cumulativo: mera refração do “princípio de precaução” no território penal?; 7. A Contracrítica de KUHLEN; 8. Inferências conclusivas do Capítulo.

Il ne faut pas être absolument postmoderne

Braudisard

1. Introdução

Em um ambiente de acentuada instabilidade dogmática e político-criminal comparece o chamado delito cumulativo (também denominado de delito aditivo, ou ainda, de forma episódica, de delito coletivo), que, segundo estamos em crer, surpreendeu-se impulsionado, não fortuitamente, para o epicentro do debate doutrinário em função da insegurança ecológica disparada pela dinâmica da *Risikogesellschaft* ⁽⁹¹⁰⁾.

Não que a ideia de acumulação já não estivesse presente, de modo latente, sutil e quase imperceptível em repositórios normativos – faça-se para já alusão ao crime de moeda falsa ⁽⁹¹¹⁾ – livres de qualquer vínculo relacional com os contornos legais e axiológicos onde se encontra hospedado o chamado *direito penal ambiental*.

No entanto, a investigação da gênese do debate científico argumentado que espirala em torno da (tentativa de) construção de uma “dogmática da acumulação” também tem o propósito de lançar uma luz outra sobre o enlace, senão já a íntima simbiose – à guisa de emprestar-se um tom mais enfático ao que se quer comunicar – existente entre de um lado a emergência de uma consciência ecológica mais desperta, revelativa da existência de nítidos traços indiciadores de uma nova categoria ética em consolidação ⁽⁹¹²⁾, que, aliás, tem vindo gradativamente a interceder ou ingressar no real construído pela mão

⁽⁹¹⁰⁾ A conexão entre a acumulação e o problema dos “novos grandes perigos” encontra-se já fundamentadamente analisada no Capítulo I, *supra*.

⁽⁹¹¹⁾ Art. 262º., do CP português; art. 289º., do CP brasileiro.

⁽⁹¹²⁾ Aliás, em sintonia com o pluralismo axiológico que caracteriza o nosso tempo histórico.

escultora do legislador penal sob a forma de figuras cinceladas em tipos de ilícito; de outro, o próprio labor científico-doutrinário, sempre empenhado em traduzir novos dispositivos e categorias para uma linguagem estruturalmente compatível com o arcabouço lógico do saber penal, preferencialmente sem aventurar consolidar qualquer pacto de inimizade com o princípio do bem jurídico, deste modo, somente deste modo, contribuindo, quiçá, para a legitimação de uma emergente justiça ambiental intergeracional.

2. A noção de acumulação na paisagem jurídico-penal: um primeiro afloramento

Primeiro que tudo deve salientar-se que coube a Fritz LOOS, no já surpreendentemente remoto ano de 1974 ⁽⁹¹³⁾, realizar uma primeira aproximação explicitante da ideia de acumulação partindo da divisão de dois diferentes grupos de delitos de perigo abstrato: o primeiro grupo (a) constituído por tipos de ilícito cujas condutas típicas caracterizavam-se pelo facto de que uma única ação perigosa já teria aptidão para provocar uma ofensa ao bem jurídico; já o outro grupo (b), em sintonia com o estabelecido pelo citado autor, vinha integrado por delitos que não se bastavam com um único e isolado comportamento, posto que apenas o somatório de ações perigosas poderia interpelar um resultado de lesão ao bem jurídico. Também é digno de nota que, conquanto não tivesse LOOS se ocupado em desenvolver dogmaticamente a ideia de acumulação, referiu – e o fez de modo inequívoco – a uma tipologia criminógena que apodou de “delitos de perigo de ação massiva” (“Massengefährdungsdelikte”), cujas correspondentes condutas incrimináveis eram subsumíveis ao derradeiro grupo.

Os exemplos – porque particularizantes sempre mais facilmente percepcionáveis e de melhor retenção que os *conceitos* – orientados a melhor categorizarem essa tipologia delitual, LOOS foi garimpar tanto nas ações delituosas praticadas por funcionários públicos, cujas condutas consideradas

⁽⁹¹³⁾ Em trabalho (LOOS, Fritz, “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, *cit.* [n. 91], p. 879 ss.) onde empreendeu detida análise acerca dos diversos matizes do crime de corrupção administrativa.

em si mesmas revelar-se-iam, sem mais, insusceptíveis de produzir um qualquer dano ao bem jurídico sob tutela normativo-penal (mas, opostamente, quando realizadas de forma assídua e profícua poderiam ofender de modo não insignificante as funções da administração pública); como também, e principalmente (porquanto em mais ajustada sintonia com o fio condutor da presente investigação) – nos danos ambientais causados por emissões de poluentes ⁽⁹¹⁴⁾.

3. O direito penal ambiental e sua imbricação com o dano cumulativo: uma abordagem inaugural

Conquanto a ideia de acumulação e uma preocupação político-criminal do legislador penal com um (perigoso) efeito cumulativo do comportamento possam haver aflorado aquando da criminalização de diversas condutas que integram o quadro tipológico dos mais modernos catálogos normativos ⁽⁹¹⁵⁾, é no campo do direito penal ambiental – e disso estamos fortemente convencidos – que a figura da acumulação de ações ou contributos nocivos despertará uma mais vívida atenção da doutrina especializada, em virtude, segundo é nosso parecer, de uma presumível capacidade do conceito em dar cumprimento a certas exigências prático-jurídicas de mais efetiva tutela penal ao meio ambiente natural ⁽⁹¹⁶⁾, podendo até sustentar-se, com mais ostensiva e enfática inflexão, que a “tutela penal do ambiente é, por tradição, o campo experimental dos delitos cumulativos” ⁽⁹¹⁷⁾, em que pese não nos sobejar qualquer dúvida

⁽⁹¹⁴⁾ LOOS, Fritz, “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, *cit.* [n. 91], p. 891 e s.

⁽⁹¹⁵⁾ Para além dos crimes ambientais, dos crimes de corrupção e de contrafação de moeda, também pode flagrar-se o receio de um “perigo de acumulação” tanto no âmbito dos delitos voltados a coibir o consumo e o tráfico de drogas ilícitas, como na esfera de atuação dos delitos fiscais. Sobre este último campo de refração, em detalhe, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, *ob. cit.* [n. 113], p. 231 ss.

⁽⁹¹⁶⁾ Em termos aproximados, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 152.

⁽⁹¹⁷⁾ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, *ob. cit.* [n. 113], p. 227.

que, na realidade, esta é uma temática que ainda não logrou encontrar tranquila acomodação doutrinária ⁽⁹¹⁸⁾.

De um outro giro, nem parcos nem desprezíveis são os obstáculos, aliás, notórios com que depara a doutrina em praticamente toda a extensão do direito penal ambiental ⁽⁹¹⁹⁾. Deveras, dificuldades no que toca à definição do resultado ⁽⁹²⁰⁾; à produção da prova; relacionadas com o pensamento causal⁽⁹²¹⁾; ou com o problema da acessoriedade administrativa ⁽⁹²²⁾, como também defronta-se com problemas que vão desde a imputação da responsabilidade em sistemas complexos, até à polémica questão da criminalização de bagatelas, “rectius”, com o problema da determinação do âmbito de alcance do princípio da insignificância ⁽⁹²³⁾ no campo penal, isso para ficarmos só com algumas das questões tormentosas mais relevantes, para muitas das quais, como se verá, a ideia de acumulação faz promessas no

⁽⁹¹⁸⁾ Professando que a figura do delito cumulativo – no que pertine especificamente à estrutura e ao programa da disciplina que entende merecedora de autonomização académica – só encontra acomodação nos crimes ambientais, DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 31. No sentido de que os efeitos de acumulação são um problema específico do direito penal ambiental, BLOY, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *JuS* (1997), p. 577 ss., p.581. Não converge com este entendimento, ÁLCACER GUIRÃO, pois advoga que essa figura desde há muito encontra-se presente no universo penal. V. ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 143 ss.

⁽⁹¹⁹⁾ O direito penal ambiental caracteriza-se por apresentar dificuldades dogmáticas de monta, nomeadamente dificuldades de “verificação causal dos danos”, tributária a uma “multiplicidade e cumulatividade de fatores”, entre vários, ao “tempo diferido” e à “incerteza sobre a própria relação causa-efeito”, podendo também dizer-se, ainda com FÁBIO D’AVILA, que o direito penal do ambiente tem-se caracterizado por uma certa prodigalidade no que toca à construção de “tipos de ilícito meramente formais”, bem como pela substituição do princípio da ofensividade pela mera violação do dever, “dai não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental”. V. D’AVILA, Fábio Roberto, “O ilícito penal nos crimes ambientais”, *cit.* [n. 120], p.33.

⁽⁹²⁰⁾ V. o ponto 4.5., do Cap. IX, *infra*.

⁽⁹²¹⁾ V. o ponto 2, do Cap. IX, *infra*.

⁽⁹²²⁾ V. o ponto 6, do Cap. VIII, *infra*.

⁽⁹²³⁾ V. o ponto 5, do Cap. IX, *infra*.

sentido de as solucionar. (Haverá de testar-se se poderá cumpri-las de modo operatório e dogmaticamente funcional).

Deve ainda mencionar-se o problema mais abrangente – e de inegável fundo sistêmico (bem vincado, portanto, pela marca da sincronicidade) –, que emerge quando indagamos em que medida o direito penal ambiental, também ele um direito penal da culpa, poderá revelar-se apto a salvaguardar, mercê uma alegada tentativa de “direção de comportamentos” (“Verhaltenssteuerung”), um bem jurídico que encontra-se sob constante e quotidiana ameaça de ações massivas, realizadas não por um qualquer solitário agente com uma crônica, talvez indômita propensão para a delinquência, mas empreendidas, não raro (mas também nem sempre) por “um grande número de cidadãos comuns” ⁽⁹²⁴⁾, e se tal impulso de tutela não conduziria, em não poucas situações da vida moderna – como forma de empreender-se uma mais efetiva gestão dos riscos ambientais – a uma responsabilização coletiva e assaz abrangente, com consequências de monta, talvez intoleráveis para a dogmática penal, isso em que pese não faltarem argumentos de política criminal, *maxime* sob os influxos de um programa orientado à *prevenção geral* ⁽⁹²⁵⁾, a alinharem-se em copioso rol em defesa de uma tal dinâmica transformação da lógica punitiva.

Acentuamos desde logo que esses questionamentos apresentam um grau de complexidade tal que qualquer tentativa em oferecer uma resposta veloz e desordenada, para mais de poder denunciar a intromissão de rasgos ideológicos que, segundo estamos convictos, devem permanecer fora do discurso argumentativo ⁽⁹²⁶⁾ (designadamente em face dos riscos de sacrifício de uma objetividade mínima necessária), revelar-se-ia logo frustrado, posto reclamarem aquelas indagações (quase aporias), se bem compreendemos o(s)

⁽⁹²⁴⁾ ALBERTO DONNA, Edgardo, “El Estado Actual de la Dogmática del Delito contra el Ambiente”, *in: Dano Ambiental*, Tomo II, Jorge Mosset Ituzraspe *et al.* (org.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni ed, p. 317 ss., p. 318.

⁽⁹²⁵⁾ É que a prevenção geral também pode revelar-se ilimitada, e de modo tal a poder “contrariar a dignidade da pessoa humana”. V. PALMA, Fernanda, “Constituição e Direito Penal – As questões inevitáveis”, *in: Casos e Materiais de Direito Penal*, Maria Fernanda Palma *et al.* (Coord.), Coimbra: Almedina, 2000, p. 26.

⁽⁹²⁶⁾ Discurso este que, nos dias atuais, deve fazer-se, e cada vez mais, em presença de uma forte relação tensional entre dogmática e política criminal.

problema(s) ora em gravitação, respostas matizadas e nem sempre totalmente desambiguizantes: a desocultarem-se de modo pontual e progressivo nas dobras, “rectius”, na *dynamis* do texto ora em orquestração.

4. Efeitos de cumulação, somação e sinergismo

Uma melhor compreensão do relevo e também dos contornos dos problemas ligados aos efeitos acumulativos na torrente dos delitos cometidos contra o ambiente natural reclama um palmilhado rastreamento ⁽⁹²⁷⁾ do repertório de termos técnicos (com os respectivos significados conteudísticos) de uma disciplina especialmente comprometida em decifrar o fenômeno da degradação ambiental: a Ecotoxicologia ⁽⁹²⁸⁾.

É que as ofensas ao ambiente ou a qualquer das suas entidades ou componentes, consoante já tivemos oportunidade em deixar vincado, só episodicamente promanam de uma ação isolada – única de uma espécie –, porquanto, de um modo geral, percursos causais que podem eventualmente produzir uma qualquer afetação ao bem jurídico ambiental só se ativam mercê concurso não vinculado (despido de vínculo organizacional entre os vários intervenientes), mas ainda assim sempre plural de agentes (pessoas físicas ou jurídicas), pondo em movimento processos de cumulação, somação e

⁽⁹²⁷⁾ Ainda que para tanto tenhamos de nos submeter à incomodidade de proceder qual furtivo compilador de expressões adventícias à nossa disciplina, correndo todos os riscos de quem vagueia por caminhos impérvios ou resvaladiços. Todavia, estimula-nos pensar – e vem a propósito a recomendação de KINDHÄUSER – que, “se o direito penal pretende ser capaz de dar alguma ressonância aos problemas ambientais, terá ele de valer-se de uma linguagem que o habilite a prontamente reconhecê-los e integrá-los em sua estrutura”. V. KINDHÄUSER, Urs, “Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrecht”, in: *Fest. für Herbert Helmrigh*, München: C.H. BECK, 1994, p. 967 ss., p. 973.

⁽⁹²⁸⁾ Disciplina que se ocupa dos efeitos tóxicos de agentes químicos e físicos em um organismo vivo, designadamente sobre as populações e comunidades em ecossistemas bem definidos, incluindo tanto as vias de transferência desses agentes, como suas interações com o meio, posto que, e ninguém desconhece, os organismos vivos são sistemas abertos que constantemente permutam matéria com o meio circundante. Sobre o tema, v. BUTLER, G.C., *Principles of Ecotoxicology*, ob. cit. [n. 597], p. 20.

sinergismo ⁽⁹²⁹⁾. Caber-nos-á, então, já no decurso do ponto subsequente esboçar os recortes mais salientes e dignos de menção desta enigmática tríade.

4.1. Cumulação

Cuida-se de conceito geral e abrangente, que destaca a procedência de um dano ambiental a partir da confluência de vários fatores de degradação. Pode dizer-se, agora de modo bem assertórico, que ele enuncia, de forma genérica, um fenômeno nocivo ao meio ambiente. Trata-se – em uma frase e com um exemplo – de um conceito amplo que deixa bem timbradas as consequências advindas da interação de emissões de efluentes poluidores em uma bem determinada zona ou setor de uma massa d'água, no transcurso de um certo (por regra longo) lapso temporal: produtos químicos manejados anos a fio por um agricultor na adubação de lavouras poderão, ao fim e ao cabo, determinar o “colapso” de um pictórico lago situado em suas adjacências ⁽⁹³⁰⁾.

Há, necessariamente, de ressaltar que, diversamente do que se passa com os conceitos de somação e sinergismo, o conceito de cumulação não transmite qualquer informação mais específica ou precisa sobre a especial maneira ou processo de interação ou mútua influência das diferentes substâncias inter-relacionadas ⁽⁹³¹⁾.

⁽⁹²⁹⁾ Sobre tal fenomenologia veja-se: SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *ZStW*, n.º. 99 (1987), p. 617 ss., p. 618; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 156; BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 578; MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *WiVerw* (1984), p. 47 ss., p. 47; KIM, Jae-Yoon, *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 735], p. 208. Em tom inegavelmente crítico, defendendo tratar-se de um mero recurso a asserções acerca da causalidade ínsitas ao direito administrativo, “onde se considera tão-só o aspecto científico-natural dos efeitos cumulativos, sumativos e sinérgicos”, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 467.

⁽⁹³⁰⁾ O exemplo fomos recolher em NIERING, Christoff, *Der strafrechtliche Schutz der Gewässer*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991, p. 53.

⁽⁹³¹⁾ V. RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, – Eine Studie zur Funktionalität der Strafrechtsdogmatik im Umweltschutz unter besonderer*

Alguns autores também acentuam que se o termo cumulação costuma ser empregue como “supraconceito” ⁽⁹³²⁾, não raro faz-se uso da palavra “acumulação” ⁽⁹³³⁾, como um conceito dele derivado, mas destinado a enunciar o processo pelo qual certas substâncias (isótopos, poluentes orgânicos etc) apresentam-se em concentrações mais elevadas em um determinado compartimento de um ecossistema do que em outro(s).

4.2. Sumação

Fala-se em somação quando vários atores ou agentes, simultânea ou sucessivamente, realizam condutas isoladas porém de um modo geral não muito diferenciadas quanto à intensidade do fator de degradação. Processos de somação são ativados, sobretudo, por comportamentos coletivos, é dizer por múltiplos e dosificados contributos individuais geralmente da mesma espécie (e.g.: emissões oriundas do trânsito motorizado), individualmente incapazes de apresentarem relevância danosa devido à sua limitada nocividade, mas que em conjunto (concentração ou conglomeração de substâncias prejudiciais) podem desencadear um efeito danoso ⁽⁹³⁴⁾ relevante.

De acordo com o magistério de BLOY, situações de somação são aquelas que apresentam um índice de ocorrência mais frequente no direito penal ambiental, ficando os efeitos sinérgicos – segundo argumenta este autor – sotopostos em um segundo plano ⁽⁹³⁵⁾. Aliás, talvez só em caso de somação seja realmente lícito falar-se em um problema rigorosamente

Berücksichtigung des Schweizer Rechts, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut, 1992, p. 45; DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 17 e s; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 156.

⁽⁹³²⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 19.

⁽⁹³³⁾ No texto, porém, utilizamos, como também com frequência sói ocorrer na literatura especializada, o termo *acumulação*, para significar, de forma abrangente, os *efeitos* derivados dos processos de cumulação e de somação.

⁽⁹³⁴⁾ Segundo o juízo expendido por BLOY, um efeito de somação deixa-se descrever como “simultânea presença de resultados parciais que se reúnem, mas que continuam a existir como tais”, ou seja, não se transformam em uma nova estrutura. V. BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 583 .

⁽⁹³⁵⁾ BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n.918], p.581.

relacionado aos chamados “grandes números” ⁽⁹³⁶⁾. Todavia, há autores ⁽⁹³⁷⁾ que exemplificam como um caso de somação o já clássico “exemplo de escola”, em que “A” e “B”, de forma autônoma e não vinculada, cada um por si, propinam na bebida de “C”, em uma mesma tarde, idênticas doses de venenos isoladamente insuficientes para ultrapassar o limiar letal e, somente por meio da *somação* das respectivas quantidades – fatais ⁽⁹³⁸⁾.

4.3. Sinergismo

O conceito de sinergismo exprime a existência de um resultado decorrente da conjunta cooperação de distintos fatores de degradação. Efeitos sinérgicos são gerados, pois, a partir da interação do poder dinâmico de determinadas substâncias (que, separadamente, podem até ser inócuas ou inofensivas, conquanto quando combinadas – assaz perigosas). Deve destacar-se que a determinação do exato mecanismo de comportamento das interações sinérgicas ⁽⁹³⁹⁾ é, normalmente, de árduo deciframento, aspecto que fica sobretudo a dever-se ao facto de uma específica e singular substância lançada no ambiente natural não raro potenciar, ao entrar em contato com outras substâncias, um multidimensional conglomerado de interconexões biológicas e químicas, podendo, assim, vir a produzir uma reação que dará origem a uma nova substância ⁽⁹⁴⁰⁾.

⁽⁹³⁶⁾ Nesse sentido, RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 931], p. 45 e s.

⁽⁹³⁷⁾ Por todos, KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht – Die strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich*, Berlin: Erich Schmidt, 1988, p. 18 e s.

⁽⁹³⁸⁾ Até que ponto tal exemplo pode mostrar-se operatório ao direito penal ambiental é algo que analisaremos quando retornarmos a esse caso, por ocasião do tratamento dos complexos problemas de causalidade (cumulativa) e de imputação relacionados ao delito cumulativo.

⁽⁹³⁹⁾ Assinalando, ao mencionar os efeitos sinérgicos, que os problemas de degradação ambiental não se deixam reduzir a simples efeitos de somação, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 185.

⁽⁹⁴⁰⁾ De modo que tudo aponta para a difícil produção de prova nos casos de sinergismo, *maxime* quando tem-se em consideração a circunstância de, com frequência, as referidas interconexões não serem sequer inteligíveis. Também voga nesse sentido, DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 32 e 43.

Dessarte, uma importante característica do processo sinérgico reside precisamente na nota de imprevisibilidade do efeito a produzir-se a partir das interações em encadeamento, efeito que, aliás, de regra, apresenta-se como de maior amplitude do que a soma dos fatores de degradação isolados ⁽⁹⁴¹⁾. Para tais situações, de indubitável complexidade, sem pretendermos aqui ingressar nos meandros da *Gestalt*, pode brandir-se a máxima: “O todo é maior do que a soma das partes” ⁽⁹⁴²⁾.

5. Primeiro recorte dogmático da acumulação na topografia ambiental: a proposta de LOTHAR KUHLEN

Assentados esses aspectos, que sem dúvida acrescentam algum ganho explicativo no tocante às consequências danosas possíveis do encontro ou acumulação (*lato sensu*) de substâncias com predisponência tóxica ou nociva, impende agora salientar que a locução – delito cumulativo – e o respectivo conceito penal, como se verá à continuação, foram sugeridos e trabalhados por KUHLEN ao realizar aturado estudo ⁽⁹⁴³⁾ do tipo de ilícito estalajado em o § 324 (*caput*), do Código Penal Alemão ⁽⁹⁴⁴⁾, cuja epígrafe é: “Da Poluição das Águas”.

⁽⁹⁴¹⁾ Logo, de latitude mais extensiva do que a predição inicial feita a partir da potência de cada singular componente dessa complexa associação de substâncias. Comparar com BUTLER, G.C., *Principles of Ecotoxicology*, *ob. cit.* [n. 597], p. 204.

⁽⁹⁴²⁾ Assim, RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.*[n. 931], 47 e s.

⁽⁹⁴³⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.*[n.91]. Posteriormente este autor voltou a ocupar-se da mesma temática (tanto em “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *WiVerw* {1991/4}, p. 191 ss.; como em “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *cit.* [n. 91]) com a finalidade de precisar melhor o conceito de “delito cumulativo”, e, principalmente, com o propósito de rebater as inúmeras e acerbas críticas lançadas à sua proposta.

⁽⁹⁴⁴⁾ I - Quem, sem autorização, conspurca águas ou de qualquer maneira altera de modo prejudicial as suas características, é punido com pena de prisão de até cinco anos ou multa. II - A tentativa é punível. III - Pune-se a conduta negligente com pena privativa de liberdade até três anos, ou multa. V. TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. ed., München: Beck, 2007, p. 2206.

Com o propósito de estruturar a fundamentação teórica da figura dogmática da acumulação parte o citado autor da premissa que o referido tipo legal de crime não se volve a uma proteção das águas em sentido econômico⁽⁹⁴⁵⁾, e sim à tutela de um “bem jurídico ecológico” ⁽⁹⁴⁶⁾. Em continuidade esclarece que um tal ponto de vista não significa, todavia, o mesmo que sustentar uma posição ecocêntrica, forte por defender que o referido tipo incriminador promove a tutela das águas, não em si mesmas, mas em sua função de “fundamento natural de vida para homens, animais e plantas” ⁽⁹⁴⁷⁾.

Preconiza, assim, uma compreensão ecológico-antropocêntrica do objeto de tutela da norma abrigada naquele tipo penal. Dito de outro modo: propõe-se a sustentar uma moderada inteligência ecológico-antropocêntrica em que comparecem como objeto de proteção da norma quer o “interesse da coletividade na preservação a longo prazo das águas como fundamento natural da vida ou recurso do Homem”, quer uma dimensão ecológica, identificável na função das águas como *Biotop* ou “espaço de vida digno de proteção para animais e plantas” ⁽⁹⁴⁸⁾. Tal perspectivação das coisas, aliás, apresenta-se repleta de consequências, como se verá, para a construção teórica que se dispôs a elaborar.

Nesse diapasão faz relevo acentuar que KUHLEN censura a inconsistência da doutrina supostamente majoritária em Alemanha (que interpreta o mencionado crime de “poluição das águas” como delito de lesão) e advoga que, apesar de o referido tipo penal exigir um “específico resultado”⁽⁹⁴⁹⁾ – nomeadamente um menoscabo às funções das águas tuteladas pela norma, uma tal interpretação (delito de dano) encontra-se, segundo pensa, ancorada

⁽⁹⁴⁵⁾ Conceção acirradamente antropocêntrica defendida por uma corrente doutrinária minoritária.

⁽⁹⁴⁶⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 393.

⁽⁹⁴⁷⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 394.

⁽⁹⁴⁸⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 714 e s.; também em “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 191.

⁽⁹⁴⁹⁾ Assinala-o expressamente, KUHLEN, Lothar, *in*: “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 397, na nota 49.

em uma forte e “bizarra concepção ecocêntrica”, posto que além de permitir uma extravagante equiparação das águas ao organismo humano quando este suporta uma lesão corporal e “transformar as próprias águas no portador do bem jurídico protegido” ⁽⁹⁵⁰⁾, também ignora que, em princípio, uma ação isolada contra o ambiente não tem aptidão para produzir qualquer dano. A propósito, merece sublinhado que KUHLEN defende o ponto de vista que um bem jurídico de relevância e amplitude global (tal como “o interesse público de longo prazo na conservação das águas como sistemas naturais de suporte da vida ou dos recursos da humanidade”) não é, de um modo geral, suscetível de ser lesado ou colocado em perigo por comportamentos isolados ⁽⁹⁵¹⁾.

Neste ritmo inclina-se o mencionado autor a ver no aludido tipo penal um singular delito cumulativo. Deveras, em certa passagem ⁽⁹⁵²⁾ assinala que efeitos de acumulação encontram-se presentes em todas as esferas do direito penal ambiental, todavia com o dispositivo penal em consideração (§ 324 do StGB) o legislador – segundo entende – instituiu normativamente o que intitulou de “contributos puros” de acumulação, com isso pretendendo comunicar que o normativo em disceptação apresenta como especial nota ou característica o descrever como típicas condutas não perigosas – sequer *abstratamente*.

É mister esclarecer que KUHLEN não aprofunda muito essa questão, mas deixa indiciado que propenderia a aceitar a existência de pelo menos duas distintas categorias de delitos cumulativos: uma primeira categoria estruturada mercê delitos de perigo abstrato; uma outra, constituída por ilícitos típicos como o de “poluição das águas”, em que não se faria sequer necessário um juízo *ex ante*, ou seja um juízo de probabilidade para estabelecer, por via de uma prognose póstuma objetiva, a relação de adequação entre a ação e o resultado, sendo bastante a verificação do “perigo de acumulação” ⁽⁹⁵³⁾.

⁽⁹⁵⁰⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 714.

⁽⁹⁵¹⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 714.

⁽⁹⁵²⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 400.

⁽⁹⁵³⁾ É também de timbrar que há entendimento que voga no sentido de que KUHLEN demonstrou cuidar-se não de um delito de perigo abstrato, “mas sim de um delito de mera atividade”, uma vez que comportamentos sequer abstratamente aptos para a longo prazo colocarem em perigo seja interesses pessoais, seja interesses da coletividade na conservação

Bem, pese algumas ambiguidades, KUHLEN substancialmente defende que não se está diante nem de um crime de dano ⁽⁹⁵⁴⁾, nem de perigo concreto, sequer rigorosamente perante um tradicional crime de perigo abstrato ⁽⁹⁵⁵⁾, posto que tais categorias não se prestariam a conferir a especial tutela reclamada por um bem jurídico ecológico-antropocêntrico de “dimensão global”.

Ademais, preconiza, *de lege ferenda* ⁽⁹⁵⁶⁾, mas com uma interpretação arrimada na já referida *factispecie* (avançando, pois, de um ponto de partida *de lege lata* ^[957]), uma nova categoria de tipo penal, diferenciada do modelo

das águas como fundamento da vida humana seriam considerados como típicos. V. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p.464.

⁽⁹⁵⁴⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 397 e s. Contra, afirmando tratar-se de um delito de dano: TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico* (Comunitario, espanol, alemán), trad. J. L. De la Cuesta Arzamendi, Barcelona, 1983, p. 182, citado por CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª. ed., Madrid: Tirant lo Blanch, 1999, p.191, na nota 410.

⁽⁹⁵⁵⁾ Deveras, KUHLEN refere apenas que deve distinguir-se “no interior dos próprios tipos cumulativos entre tipos de dano e tipos de perigo”, aspecto que fica a depender, segundo este autor, de a ação realizada em grande número conduzir a um dano ou a um perigo. Não obstante isso, subsecutivamente opta em defender que tal diferença perde toda sua relevância em razão do “caráter meramente hipotético” da serialidade (em grande número) da conduta cumulativa, para então afirmar, sem mais, que os delitos de acumulação “simplesmente não dependem de outras diferenciações”. V. KUHLEN, Lothar “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 399, nota 56. Para uma severa e não completamente injustificada crítica à falta de consistência da proposta de KUHLEN, ver ANASTASOPOULOU para quem trata-se, “(...) *summa summarum*, de um conceito teórico extremamente indeterminado, nebuloso, difuso, ambíguo e generalizador”, entendendo também que não está “de modo algum esclarecido se a ação individual que participa de uma potencial cadeia cumulativa, deve ser categorizada como um comportamento reconduzidor a um perigo abstrato, ou um ‘indiferente ao bem jurídico’, nem mesmo sequer o que realmente acontece quando tais condutas acumulam-se: se um dano ou um perigo ao bem jurídico”. V. ANASTASOPOULOU, Yoanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.*, p. 181.

⁽⁹⁵⁶⁾ Para LAGODNY (*Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, *ob. cit.* [n. 294], p. 25), trata-se de proposta *de lege ferenda* elaborada com a finalidade de ultrapassar os delitos de perigo abstrato.

⁽⁹⁵⁷⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 399; também em “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 716.

tradicional de crime de perigo abstrato, cuja legitimação deve arrancar da necessidade de tornar viável uma adequada proteção a bens jurídicos universais, cujo fator decisivo “encontra-se exatamente na regular e reconhecida ausência de qualquer idoneidade da conduta em lesar o objeto de tutela da norma” ⁽⁹⁵⁸⁾: a categoria do delito cumulativo.

Com efeito, diz-nos KUHLEN que a exata intelecção a dar a essa categoria só é recuperável quando dispensa-se de tentar fundamentar a punibilidade de todo e qualquer contributo, seja de lesão, seja de perigo a partir da ação individual, posto que delitos como o de “poluição das águas” só poderiam ser inteligidos ou interpretados “à luz de uma ideia de acumulação de condutas”. É dizer, para o autor em epígrafe um tipo acumulativo não exige que uma conduta singular ocasione uma ofensa de dano ou de perigo. Reclama, tão-somente, que o contributo individual pertença a uma categoria de ação que, uma vez realizada em “grande número”, provocará um dano ou um perigo ⁽⁹⁵⁹⁾.

Bem, pode-se argumentar para já, conquanto KUHLEN não possa ser alinhado de modo algum como um penalista que favoreça os postulados da “sociedade de risco”, e também lembrando que os problemas ambientais relacionados à fenomenologia da acumulação *lato sensu* (cumulação, somação e em menor escala, sinergismo) já haviam sido atraídos para a órbita gravitacional do direito penal (ambiental) bem antes do *debut* do delito cumulativo, que a proposição em prospecção, sob um ponto de vista político-criminal, não deixa de apresentar uma lógica que se harmoniza com a hodierna tendência em orientar o direito penal para o futuro (“Zukunftsbezogenedelikte”), *i.e.*, para os riscos e ameaças forjados no decurso do processo de modernização da civilização tecnológica ⁽⁹⁶⁰⁾, buscando-se por essa via, de

⁽⁹⁵⁸⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p. 387. Itálicos do autor.

⁽⁹⁵⁹⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 399. Mas, deixe-se logo bem esclarecido, a ausência de perigosidade para o objeto jurídico tutelado pela norma penal só é nota distintiva da conduta de cariz acumulativo quando esta é perspectivada com abstração de qualquer outra conduta ou contributo que lhe seja idêntico ou assemelhado.

⁽⁹⁶⁰⁾ Pertencam elas ou não à civilização ocidental, mormente porque conquanto discordemos da classificação das civilizações modernas que oferece Samuel P. HUNTINGTON (quem, em claro equívoco, defende que a América Latina não faz parte da civilização ocidental), com ele

algum modo minimizá-los, reduzi-los e limitá-los, sobretudo ali onde e quando possam irromper sob a forma de efeitos secundários latentes.

5.1. Delito cumulativo: categoria autonomizável relativamente ao perigo abstrato?

É preciso ter presente que para Lothar KUHLEN o direito penal ambiental possui características particulares que reclamam uma específica dogmática, *i.e.*, uma dogmática que se adéque à algo “deslassada relação” (“gelockerte Beziehung”) entre ação e bem jurídico existente neste setor ⁽⁹⁶¹⁾. Donde, o delito cumulativo, *s.c.*, o “perigo de acumulação” comparece no *corpus* dessa teoria como uma nova categoria sotoposicionada, em termos de ofensividade, à categoria do delito de perigo abstrato (cujo distendido nexó relacional entre a conduta e a lesão do bem jurídico subjacente ao tipo é, ninguém desconhece, já deveras significativo). Trata-se – e foi precisamente esta a intenção do autor – de uma proposta orientada a estabelecer uma categoria dogmática autônoma, “cuja relevância penal seria encontrada não em uma perigosidade geral, mas apenas na hipótese de sua acumulatividade” ⁽⁹⁶²⁾.

Categoria esta que – segundo o julgamento de KUHLEN – teria a capacidade em outorgar um significativo adiantamento da proteção do bem jurídico ⁽⁹⁶³⁾, propulsionando uma antecipação da tutela ainda mais vertical do que aquela possibilitada pela “tradicional” técnica do perigo abstrato ⁽⁹⁶⁴⁾ (também ela já peculiarmente adiantada), convergindo, dessarte – esta a intencionalidade cardeal subjacente à proposta em descortino – para a

comungamos quando assevera que “o mundo está ficando mais moderno e menos ocidental”, v. HUNTINGTON, Samuel, *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*, trad. M.H.C. Cortês, Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 94.

⁽⁹⁶¹⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 399; também em: “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 698 e 712.

⁽⁹⁶²⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, “O ilícito penal nos crimes ambientais”, *cit.* [n. 120], p. 47.

⁽⁹⁶³⁾ Vez que o multicitado autor não se alinha com os que propugnam a superação do dogma do bem jurídico.

⁽⁹⁶⁴⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 397 e s.

superação das conhecidas dificuldades ⁽⁹⁶⁵⁾ práticas de imputação da responsabilidade existentes no palco da criminalidade ecológica.

Em continuidade, com fulcro e arrimo nos argumentos acima repertoriados, esforça-se KUHLEN ⁽⁹⁶⁶⁾ em estabelecer uma narrativa teórica que o permita distinguir, com o máximo de precisão e consistência possíveis, entre o contributo individual tipicamente caracterizável como um delito cumulativo e a ação individual realizada em um usual crime de perigo abstrato, muito embora não deixe de reconhecer que os derradeiros povoam o território do direito penal ambiental de modo mais dominante ou ostensivo. É conferir:

“Nos delitos de perigo abstrato as ações individuais, em regra, são perigosas; no delito cumulativo, contrariamente, de regra elas não são sequer perigosas. Contudo, uma vez regularmente levadas a efeito, podem, em sua totalidade, tornar-se perigosas” ⁽⁹⁶⁷⁾.

Com o objetivo de reforçar essa linha de argumentação e de pontilhar de forma mais imagética, porém não fictiva ou quimérica, o traço distintivo ⁽⁹⁶⁸⁾ entre o “fator” acumulação e o perigo abstrato, elabora KUHLEN a seguinte hipótese, por sinal bastante gráfica:

⁽⁹⁶⁵⁾ Que, então, se tornarão “obsoletas”, na asserção nada modesta de Lothar KUHLEN (“Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 399, na nota 56), vendo aí, cumpre gizar, a relevância prática axial da categoria do delito cumulativo.

⁽⁹⁶⁶⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 711.

⁽⁹⁶⁷⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 400, nota 57, *itálico do autor*.

⁽⁹⁶⁸⁾ Otto LAGODNY ajuíza que um delito cumulativo baseia-se numa norma de comportamento que deve ser entendida como uma “proibição de perigo abstrato”. Por outro lado, este autor não deixa de sublinhar o que entende constituir a diferença categorial (sugerida por KUHLEN) entre o delito cumulativo e o perigo abstrato, *verbis*: “Decisivo aqui é que o legislador não divisa o perigo abstrato já na conduta individual, mas no perigo de um grande número de indivíduos se comportarem precisamente da maneira proibida, muito embora o comportamento individual como tal seja abstratamente inofensivo”. V. LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrecht*, *ob. cit.* [n. 294], p. 186.

“A”, residente junto ao rio Meno, lá verte águas esgotadas com resíduos alimentares; de sua vez, “B” conduz veículo automotor em via pública sob o efeito de consumo excessivo de bebida alcoólica. O perigo abstrato que emerge desta conduta independe de que outros motoristas conduzam nas mesmas condições de “B”. Já na hipótese da conduta empreendida por “A”, ficaria excluída qualquer possibilidade de dano ao rio Meno (cujas águas devem ser protegidas como fundamento para o homem, animais e plantas), e “isso é assim ainda mesmo que ‘A’ persista em não mudar de comportamento”. Assevera, então: “Somente quando um tal contributo ocorrer em grande número, surge um perigo ecológico” ⁽⁹⁶⁹⁾.

Agora é possível divisar, com toda nitidez, que no vero eixo lógico da concepção *sub analyse* encontra-se hospedada a ideia do agir coletivo uniforme regular e reiteradamente reproduzido. É que a inidoneidade da ação – necessariamente não ofensiva ao bem jurídico quando isoladamente contemplada – é, a todas as luzes, característica fundamental do contributo aditivo, como com muita perspicuidade observou FÁBIO D’ÁVILA, ao exprimir que é exatamente “por ser individualmente inofensiva (a conduta) que KUHLEN busca na hipótese de acumulação o seu conteúdo de significação jurídico-penal” ⁽⁹⁷⁰⁾.

5.2. A lógica dos ‘grandes números’ como justificação do delito cumulativo e a finalidade de prevenção geral

O argumento que orienta-se a legitimar uma responsabilização penal por um contributo que individualmente perspectivado não ostenta, concretamente,

⁽⁹⁶⁹⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 399 e s.

⁽⁹⁷⁰⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p. 388. Interpolamos.

aptidão ou competência para provocar um dano-violação ou um perigo (sequer abstrato) a um bem jurídico-penal sustenta-se, por mor, na “lógica dos grandes números” ⁽⁹⁷¹⁾.

Devemos aduzir que no domínio da criminalidade meio ambiental essa lógica apresenta-se de algum modo reforçada, pois, já de um ponto de vista puramente empírico é fácil constatar que, de regra, os danos ambientais não têm lugar pela mão de um indivíduo isolado, decorrendo precipuamente de condutas que normalmente são realizadas por um grande número de pessoas – agentes anonimizados e sem rosto.

Logo, o fundamento para a punibilidade do aporte singular descansaria, em que pese ser ele individualmente inidôneo para determinar uma ofensa ao bem jurídico protegido, na probabilidade em o conseguir quando em interação com outros aportes, der origem ao aparecimento de nocivos efeitos de acumulação ⁽⁹⁷²⁾.

KUHLEN também esgrime que certos comportamentos podem, quando perspectivados em abstrato, mostrar-se “individualmente prudentes e subjetivamente racionais”; contudo – aduz – pese não repelirem um juízo inicial de sinal positivo, tais condutas poderiam conduzir, uma vez replicadas “em grande número” ⁽⁹⁷³⁾, a resultados “coletivamente irracionais ou subperfeitos”. Também busca clarificar que com a locução “subjetivamente racional” fica estabelecida a escolha de uma alternativa de ação – entre todas as condições ponderadas – prevalente; enquanto que a expressão “coletivamente irracional ou subperfeita” indica aquelas decisões que “não foram coordenadas de modo

⁽⁹⁷¹⁾ Estimando que a questão dos grandes número é “crucial” para a compreensão da ofensividade da conduta individual por um delito cumulativo, pois, é “no pressuposto deste ‘grande número’ que se desenvolve o risco assumido pela conduta individual, consciente da responsabilidade da sua participação”, NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *cit.* [n. 91], p. 297.

⁽⁹⁷²⁾ No sentido do final do texto, SAAL, Martin, *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 96.

⁽⁹⁷³⁾ KUHLEN não se omite em revelar que se cuida de nomenclatura adscrita aos manuais de Economia, referindo, expressamente, ao artigo “Ethical Rules, Expected Values, and large Numbers”, de James BUCHANAN, *in Ethics* (1965). V. KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 399 e s.

bastante a permitir que todas, ou quase todas, as possibilidades de aperfeiçoamento se pudessem realizar” (974).

Os mencionados resultados “coletivamente irracionais ou subperfeitos” – advoga– deveriam ser evitados mediante imposição de sanção penal (975), vocacionada a cumprir a missão de fazer superar – pela via de uma avaliação negativa (976) – os benefícios pontuais das condutas individualmente consideradas (977). É curial sublinhar que para KUHLEN o problema dos “grandes números” emerge, já à primeira mirada, como justificação racional para a estruturação normativa de um tipo cumulativo ou aditivo orientado a coarctar – a partir de uma lógica de prevenção (978) – uma perigosidade geral para o bem jurídico. Missão para a qual um tipo de ilícito de perigo abstrato não apenas não teria êxito como, enfatiza-o em timbre bem retórico: revelar-se-ia “absurda” (979).

Antes de prosseguirmos faz-se necessário ponderar que o autor em debate viu-se instado a graduar (980) o seu posicionamento original (981),

(974) KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p.401.

(975) KUHLEN diz que sem a imposição de uma sanção a ação de profanar as águas será realizada em grande número e, só então, causará um perturbação às suas funções. V. KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], 716.

(976) Calçada em uma análise subjetiva dos custos do risco a realizar-se, claro, pelos destinatários da norma.

(977) Comparar com KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 402.

(978) A concepção dos tipos de ilícito de acumulação, assinala DAXENBERGER (*Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 52.), vê-se justificada em um fundamento de prevenção geral. Este autor também refere que o pensamento filosófico relacionado ao problema dos grandes números, especialmente de HUME e de HOBBS, foi “diretamente transferido para o âmbito penal”.

(979) KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 402.

(980) Força da crítica lancetada por RONZANI no sentido de que os danos ambientais não se deixam interpretar somente pela cooperação de substâncias idênticas, nem se permitem “reduzir a um problema de mera soma”, porquanto encontram-se coenvolvidas questões bem mais complexas, designadamente aquelas relacionadas aos efeitos sinérgicos. V. RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, ob. cit.* [n. 931], p.60, na nota 134.

procurando, então, demonstrar que o efeito de acumulação não se deixa explicar unicamente pela pura adição (somação) de um grande número de ações idênticas ou assemelhadas, com isso querendo significar que não basta afirmar que uma conduta singularmente considerada (se reiterada em grande número) resultará em consequências ambientais negativas, posto que – reconhece expressamente – existem situações (episódicas) em que um determinado contributo, em combinação com outros aportes nocivos (não necessariamente multitudinários), poderá desencadear tais consequências (ativadas, e.g., por um sinérgico encontro de substâncias) ⁽⁹⁸²⁾.

Entanto, pese algo matizada, a questão dos “grandes números” não perde de modo algum importância na proposta dogmática sob comento, posto que a construção de tipos de acumulação ⁽⁹⁸³⁾, consoante enfatiza KUHLEN, simplesmente não estará justificada em âmbitos em que o problema dos grandes números não venha a irromper. Acresça-se, ainda, que ali onde hajam razões fáticas para esperar que sem uma proibição tais condutas se reproduzirão perigosamente (em grande quantidade), a construção destas normas de comportamento – argumenta – apresenta-se como a “única possibilidade de proteção ⁽⁹⁸⁴⁾ efetiva de bens comuns” ⁽⁹⁸⁵⁾.

⁽⁹⁸¹⁾ Engastado no já citado texto: “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], à p. 399.

⁽⁹⁸²⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht“, *cit.* [n. 91], p. 716, na nota 91.

⁽⁹⁸³⁾ Contudo, em nenhum momento KUHLEN esclarece as características e os elementos constitutivo-normativos que tais estruturas típicas devem apresentar.

⁽⁹⁸⁴⁾ Também aparenta sustentar que a configuração de uma norma penal revela-se preventivamente mais eficaz do que as infrações contraordenacionais. Na verdade, bem vistas as coisas, KUHLEN não assume uma posição clara se o problema dos grandes números deve conduzir à construção de um delito cumulativo ou de um simples tipo contraordenacional, mas deixa entrever que tudo se resume a uma análise pelo legislador do que pode apresentar-se mais adequado em termos de prevenção. Com efeito ele assume que, na hipótese do art. 324 do Código Penal alemão, falou mais alto a “relevância do bem jurídico protegido”, todavia não ignora que o legislador pode optar pela “construção de uma norma contraordenacional” já a partir da “reflexão de que a pura acumulação de contributos individuais dificilmente deixa entrever o desvalor da conduta e da atitude interna que a grave desqualificação moral do direito penal exige”. De seguida matiza esse entendimento ao assinalar que se mostra algo discutível que em face dos “gravosos problemas sociais postos pelos grandes números” possa entender-se como “adequado assentar-se (a construção de um tipo) no desvalor da ação e de

É interessante referir que ao responder à “pergunta retórica”, formulada por SAMSOM, que indaga – se caberia criminalizar o sibilar na via pública ao fundamento de que quando todas as pessoas se determinassem a emitir assobios no passeio público o ruído produzido seria insuportável ⁽⁹⁸⁶⁾ –, assegura KUHLEN, com firmeza, que simplesmente não existe qualquer propensão para que as pessoas assim se conduzam, daí que em muitos âmbitos da vida o problema dos “grandes números” simplesmente não se põe.

Portanto, bem é de ver, não se trata rigorosamente de uma questão meramente hipotética e algo trivial – como muito se tem afirmado –, do tipo: “o que seria se todos fizessem o mesmo?” (FEINBERG) ⁽⁹⁸⁷⁾, senão já de uma questão estatística ancorada na realidade concreta. Nessa linha argumentativa KUHLEN conclui que em uma tal hipótese (do sibilar no passeio público) a criação de um tipo cumulativo não estaria de modo algum justificada. Em seguida, espicaça: “O legislador possui bons fundamentos para supor que há

atitude interna de cada ação individual”. Além disso, também alerta que até a presente data não se logrou conseguir com critérios tais como “valor do bem jurídico e desvalor de ação e de atitude interna alcançar uma convincente delimitação material entre delito e contraordenação”. Daí que termina por sugerir que a fundamentação de tipos cumulativos a partir do problema dos grandes números deve ficar a “depende de a conformação de um tipo de ilícito mostrar-se mais efetiva, em termos preventivos, do que a seleção de um tipo contraordenacional, e com isso proporcionar uma maior chance de se combater de modo real o problema do grande número”. V. KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 405 e s. Defendendo que o problema dos grandes números remete a uma questão de “perigo estatístico” e que não cabe ao direito penal pretender assenhorear-se de um âmbito fundamentalmente ínsito ao direito administrativo (sob o risco de o próprio direito penal converter-se em um mero segmento ou sub-região desse saber), SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts, GA (2010), p. 307 ss., p.313 e s.

⁽⁹⁸⁵⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht“, *cit.* [n. 91], p. 717, nota 93.

⁽⁹⁸⁶⁾ SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht“, *cit.* [n. 929], p. 633 e s.

⁽⁹⁸⁷⁾ Tem-se entendido que os esforços realizados por KUHLEN em legitimar os delitos cumulativos com esteio no problema dos grandes números não esconderiam que com eles “confunde-se legitimidade com funcionalidade” e que, a seguir-se o mote “seria absolutamente desastroso quando todos assim agissem”, uma quantidade indizível de comportamentos poderia cair na malha penal. V, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, ob. cit.* [n. 676], p. 182.

mais pessoas a conspurcar as águas do que a emitir assobios no passeio público”⁽⁹⁸⁸⁾.

Para ele não se trata, pois, de indagar se as ações uma vez realizadas em grande número, tomadas per se, terão ou não consequências negativas. Decisivo é, para este autor, que elas se mostrem capazes de provocar tais consequências quando combinadas com outras condutas idênticas ou bem semelhantes, defendendo ainda, fundamentalmente, que “(...) a formulação proposta deixa claro que mediante um juízo realista deve-se calcular que, sem uma proibição cominada com sanção, determinadas condutas irão produzir tais consequências”⁽⁹⁸⁹⁾.

Tudo isso propicia inferirmos que já não bastará uma simples hipótese de repetição. Haverá de agregar um pressuposto adjuvante, a saber: um juízo ou *prognose realista* de que, sem a intervenção do direito penal, uma ofensa de monta poderá ter lugar. Não será suficiente, portanto, a seguir-se a proposta de KUHLEN, tratar-se de uma situação típica de “grandes números”. Faz-se especialmente necessário que, a mais de tratar-se de condutas reveladoras de uma tendência ou propensão para se manifestarem “em grande número”, que elas se desnudem, *in toto* – com esteio não em uma mera ilação, porém numa prognose realista –, hostis a um bem ou interesse necessitado de tutela penal. É, pois, fundamentalmente, a propensão à multiplicabilidade ou repetibilidade de certos comportamentos (cotidianos), conglobadamente lesivos, que cabe ao legislador prognosticar para o efeito de decidir-se a tutelar certos bens jurídicos⁽⁹⁹⁰⁾.

⁽⁹⁸⁸⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 716, na nota 91.

⁽⁹⁸⁹⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 716.

⁽⁹⁹⁰⁾ Efetivamente, se bem vemos as coisas, também a condução de veículo automotor sob moderado efeito de substância alcoólica não configuraria um perigo (que inere à sociedade de massas) juridicamente relevante se não apresentasse as “características massivas” de que, aliás, a locução “grandes números” é expressão bem evidente. E, seguindo nos passos de JAKOBS, “se um comportamento semelhante se produzisse só de forma isolada, ninguém pensaria em sua proibição, contudo, precisamente porque acontece diariamente e cada vez com mais frequência”, passa-se a considerá-lo um perigo sério. V. JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, *ob. cit.* [n. 429], p. 37.

5.3. – Prognose realista como pressuposto para criação de um delito cumulativo

Na perspectiva analítica que estamos a prosseguir (direcionada à compreensão do pensamento de Lothar KUHLEN relativamente à questão da acumulação em direito penal) deve-se agora observar que, para a elaboração de um delito que venha a encontrar justificação na lógica da cumulatividade dos comportamentos, cabe ter-se logo em conta a necessidade de elaboração, pelo legislador, de uma prognose ⁽⁹⁹¹⁾ ou juízo realista. Cumprir-lhe-á, então, proceder antecipada constatação, a saber: que na eventual inexistência de uma qualquer proibição reforçada com sanção, certas condutas poderão continuar a reproduzirem-se com regular frequência, vindo, dessarte, de modo praticamente certo, a precipitar nocivos efeitos sobre a complexa teia meio ambiental.

Ergo, ali onde – iluminada por uma prognose realística de repetição – desvendar-se uma propensão à generalização de comportamentos, *in toto* competentes para afetar a indenidade do bem jurídico a tutelar, tocará estabelecer uma sanção penal. Daí que o legislador penal, de acordo com KUHLEN ⁽⁹⁹²⁾, secundado por um segmento doutrinário de modo algum inexpressivo ⁽⁹⁹³⁾, não estará a elaborar uma mera construção teórica interrogativa sem respaldo no real, vez que deverá ter sempre em consideração efeitos realistas de acumulação.

Tal prognose realista e atual a ser levada a cabo pelo legislador por ocasião da construção do tipo de ilícito comparece então como genuíno pressuposto para a modelação de um delito cumulativo, ficando com isso realçado que a acumulação não constitui um simples “elemento hipotético”,

⁽⁹⁹¹⁾ Prognósticos, ninguém desconhece, são susceptíveis de elaboração na hipótese de fenómenos que se reproduzem com certa regularidade ou que apresentam uma persistente tendência, cuja específica direção se pode apreender através de séries estatísticas.

⁽⁹⁹²⁾ KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 716, na nota 91.

⁽⁹⁹³⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p. 185; WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, ob. cit.* [n. 91], p. 322.

mas uma componente real, contando-se “de antemão com a realização atual ou iminente de factos similares por uma múltipla pluralidade de sujeitos” ⁽⁹⁹⁴⁾.

De modo que a punibilidade do singelo contributo individual, *per se* inepto a causar uma ofensa de dano, um concreto perigo ou sequer um perigo abstrato ao bem jurídico ver-se-á logo justificada, quando a partir de uma prognose realística probabilisticamente fundamentável de repetição inumerável de idênticos ou similares aportes, o legislador penal persuadir-se da existência de um perigo potencial para um importante bem da vida carecido de jurídica proteção. Com o que, precisamente ali onde exista base criminológica (fático-empírica) a acenar no sentido de que sem uma proibição reforçada com sanção, aportes de índole acumulativa irão replicar-se perigosamente – em grande número –, a introdução de um delito cumulativo na paisagem penal ver-se-á, em parte, justificada.

5.4. Magnitude do dano como *ratio legitimationis* do ilícito de acumulação e o problema das gerações futuras

Se a já mencionada prognose realista deve conduzir a um juízo adequado de certeza (probabilística) quanto a danos relevantes atuais ou futuros – tanto para os contemporâneos, como para os porvindouros –, a legitimação de um delito cumulativo, segundo a análise posta a circular por KUHLEN, sustenta-se na magnitude do dano. Em face dos grandes perigos que ameaçam o ambiente de destruição (dano absoluto ou dano social em nível máximo) existe, seguindo essa lógica, um “dever moral” (“moralische Verpflichtung” ^[995]) de elaboração de um delito cumulativo.

⁽⁹⁹⁴⁾ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 110.

⁽⁹⁹⁵⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 403. Itálico do autor. Mas, como vimos na nota 984, *supra*, o próprio KUHLEN reconhece que questões relacionadas a necessidades de prevenção geral devem decidir se cabe a instituição de um tipo cumulativo ou o simples reenvio da matéria para as contraordenações. E, se entende justificado, de *lege lata*, o art. 324 do StGB já como um tipo cumulativo, conclui, tendo possivelmente em mente situações tais como “introdução de águas residuais domésticas em um rio poluído” (KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p.717), que, *de lege ferenda*, em face de questões relacionadas, pois, ao conteúdo do injusto do mero contributo cumulativo, “seria mais apropriado que esses aportes fossem devolvidos às

Neste mesmo diapasão argumentativo tem-se vindo a sustentar que a proteção antecipada de relevantes bens jurídicos (de contorno coletivo ou supraindividual [⁹⁹⁶]), com a intencionalidade de acautelar o meio social contra danos de carácter catastrófico, reclama uma pronta evitação de condutas aditivas – contenção a ter lugar antes que elas se possam conglomerar em uma “megalesão” (HEFENDEHL, WOHLERS).

Tais contributos ou aportes singulares teriam, portanto, idoneidade para provocar, no transcurso de uma escala temporal lata, um megadano capaz de comprometer interesses coletivos vindo assim a afetar, principalmente, as futuras gerações (⁹⁹⁷); deveras, neste ensejo cabe mesmo reforçar que o predito *topos* desempenha, *par excellence*, um papel de destacada importância ou protagonismo – senão já uma decisiva e determinante função, pois, é bem de ver, entrelaça-se (tendo agora em conta o debate de fundo ético ou moral filosófico encetado no Capítulo V, *supra*) de modo bem denso com a chamada ética ecológica – tendencialmente orientada a estabelecer uma linha de fratura com a ética de proximidade (“Nächsten-Ethik” [⁹⁹⁸]) – e que, para além disso, também se constitui num vero núcleo axiológico portador de alguma tendência para: a) propulsionar uma (re)eticização do direito penal ambiental (⁹⁹⁹); e quiçá, como pretendem alguns, b) impor um “novo modelo” dogmático (¹⁰⁰⁰),

contraordenações” (KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 408),

(⁹⁹⁶) Assim, também em conta deve ter-se a relevância do bem jurídico a tutelar, *topos* que se relaciona diretamente com problemas sociais de largo espectro, ou seja, bens universais ou coletivos que de outro modo ficariam sem proteção penal, de forma que a crítica à proposta dos tipos acumulativos, segundo pensa o seu idealizador – simplesmente não convence. V. KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 726.

(⁹⁹⁷) Em profundidade acerca do problema das “gerações vindouras” no palco dos delitos relacionados com o “moderno” direito penal do “risco”, ver o Cap. V, ponto 3, *supra*.

(⁹⁹⁸) JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, *ob.cit.* [n. 326], p. 26.

(⁹⁹⁹) É que o setor mais sensível à aglomeração continuada de comportamentos – apenas em aparência não ofensivos – é, por sobre tudo, como já deixámos explicitado noutra local, o meio ambiente.

(¹⁰⁰⁰) Que, de resto, poderá resultar na recepção de um modelo de responsabilidade coletiva, mormente porque a imputação de responsabilidade perante os grandes riscos pode reenviar a imputação da responsabilidade a “ações mínimas”. Sobre isso, em detalhe, ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 151.

propensão esta que, ninguém desconhece, só ocorrer com alguma intensidade em tempos de crise de paradigmas (¹⁰⁰¹).

Enfim, a legitimação última a atrair para a malha penal condutas caracterizadas por uma aparentemente insignificante lesividade decorre – segundo a análise certa que ALCÁCER GUIRÃO realiza acerca da proposta oferecida por KUHLEN (¹⁰⁰²) – da “necessidade de exercer uma efetiva proteção das condições das gerações futuras, condições estas que somente por meio da generalizada continuidade de ações realizadas pela sociedade em seu conjunto se pode lograr menoscar” (¹⁰⁰³).

6. Crivo crítico ao delito cumulativo

É lícito exprimir que a proposta do delitos cumulativo não encontrou ampla e irrestrita adesão doutrinária. Com efeito, um extensivo e importante setor da doutrina penal considerou-a uma vã tentativa orientada a legitimar incriminações de condutas corriqueiras e de somenos importância (de dimensão bagatelar), posto insuscetíveis para comprometer ou abalar a higidez do tecido meio ambiental; ou ainda, uma construção dogmática difícil de fundamentar-se à luz de um direito penal de *ultima ratio*, uma vez que, a ser ela realmente levada a sério, os correspondentes ilícitos típicos não teriam mais limites ou fronteiras normativas.

Um tal arsenal crítico ecoou de modo mais fundo e persistente na esfera de influência doutrinária da chamada Escola de Frankfurt, pese embora se não possa falar, no que toca ao posicionamento dos seus inúmeros seguidores, em uma corrente doutrinária estritamente homogênea e aglutinadora (daí que o

(¹⁰⁰¹) Pode agora afirmar-se, glosando WHITEHEAD, que “um embate de doutrinas não é um desastre – é uma oportunidade”. V. WHITEHEAD, Alfred, *Science and the Modern World*, reprint, Cambridge: University Press, 1953, p. 186.

(¹⁰⁰²) É que no mundo atual existem ataques ao ambiente cuja capacidade lesiva poderá conduzir – caso medidas preventivas efetivas não sejam empreendidas – “a que nos próximos 50 anos se produzam danos ambientais irreparáveis para várias gerações vindouras”. V. KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p.403.

(¹⁰⁰³) ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n.579], p.157.

termo “escola” talvez não seja muito ajustado). Também não se nos parece desadequado observar que, de modo geral, os autores – e eles não serão poucos – que não quebram lanças em defesa da teoria da prevenção geral positiva, mesmo que não sejam limpidamente “frankfurtianos”, inclinam-se a recusar com alguma veemência a proposta do delitos cumulativo.

6.1. Felix HERZOG: Ilícito de acumulação e tendência neocriminalizadora de comportamentos adscrevíveis à órbita contraordenacional

Coube a HERZOG (¹⁰⁰⁴) – entre os prolíferos integrantes daquela corrente do pensamento penal talvez o autor que mais atenção ao delito cumulativo tenha dispensado –, em investigação de corte exclusivamente político-criminal (logo sem demonstrar uma maior preocupação em desenvolver uma reflexão de conteúdo dogmático [¹⁰⁰⁵]), entrever na punibilidade dos contributos cumulativos um exemplo, que ele desabona, de formação de uma “consciência ambiental fortalecida pelo direito penal” (¹⁰⁰⁶), percebendo aí tanto um processo de progressiva “criminalização de contraordenações sociais” (que alguns autores denominam de administrativização do direito penal), como uma “diretriz voltada para o endurecimento da zona de bagatelas” (¹⁰⁰⁷).

O referido autor também advoga que a criminalização de condutas singularmente inofensivas, condutas que somente a partir de uma provável multiplicação replicadora em escala temporal de grande amplitude podem

(¹⁰⁰⁴) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, ob. cit. [n. 548].

(¹⁰⁰⁵) Como ele próprio expressamente o reconhece. V. HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p.144.

(¹⁰⁰⁶) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 141 e s. De acordo com SCHÜNEMANN, apesar do reconhecimento internacional do direito penal do meio ambiente e do direito econômico alemães como guias, a crítica da Escola de Frankfurt encontra-se concentrada exatamente nestas matérias. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, cit. [n. 453], p. 23.

(¹⁰⁰⁷) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 144 e s.

tornar-se nocivas ao ambiente natural, resulta em uma “insustentável instrumentalização do direito penal para fins de pedagogia social” (1008).

Mas, calha anotar, HERZOG mostra-se um tanto cético já quanto à própria capacidade do direito penal ambiental – como um todo – para a proteção e tutela dos valores ambientais. Ou seja, a censura por ele lançada não se confina à problemática da acumulatividade. É que, segundo é o seu parecer, os danos mais dramáticos produzem-se mediante degradações ambientais “legalmente autorizadas” ou tidas por “socialmente adequadas”, tais como “emissões industriais realizadas em grande escala ou transporte individual massivo realizado em veículos automotores” (1009). E, nesse mesmo contexto discursivo, também assinala, numa referência lateral, que embora “sob um ponto de vista de uma moral ecológica” tenha-se como “particularmente reprochável que uma empresa industrial sobrecarregue um pouco mais um rio já agonizante, disso não cabe retirar a conclusão de que a imputação penal deva ser instrumentalizada para fins de estabilização de ilusórias expectativas contrafáticas” (1010).

Nesse ritmo, e sem rupturas semânticas, mas valendo-se de modo mais ostensivo da estilizada linguagem cara à teoria dos sistemas – hoje tão em voga nos arraiais da doutrina penal – será precisamente o modelo de responsabilização penal semeado pelo delito cumulativo que o autor *sub studio* valora, em um matiz bem crítico, como uma tentativa de “redução da complexidade por intermédio da imputação penal” (1011), ou uma “funcionalização da imputação objetiva pela finalidade de prevenção geral” (1012), bem como ainda, uma “corrupção” do princípio “*nullum crimen sine periculo social*” (1013).

(1008) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 146.

(1009) Dessa forma não deixa de reconhecer que os danos ambientais não ocorrem tão-só a partir de “condutas individuais isoladas”, como também têm lugar mediante “ação regular e massiva de um grande número de pessoas”, a constituir um problema de monta para a imputação penal. V. HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p.150.

(1010) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 151.

(1011) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 151.

(1012) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 155.

(1013) HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, ob. cit. [n. 548], p. 152.

6.2. MÜLLER-TUCKFELD: *pladoyer* pela exclusão do delito cumulativo da estrutura do direito penal liberal

MÜLLER-TUCKFELD, um outro autor que partilha das linhas de compreensão que a pluricitada Escola de Frankfurt empenha-se em estabilizar, e que também já se debruçou com alguma detença sobre o objeto de investigação ora em análise, sustenta que o argumento brandido por KUHLEN e demais defensores do delito cumulativo (no sentido de que cuida-se não de uma mera hipótese, mas de uma prognóstico real de perigo) não passa de uma “inadmissível simplificação da complexidade do problema”; de outro lado, já quanto à linha de compreensão que sustenta que o delito cumulativo tem por finalidade prevenir “pequenas contaminações” ⁽¹⁰¹⁴⁾, que uma vez aglutinadas podem convidar à “ruptura de um dique” – com a (catastrófica) consequência que os próprios “fundamentos naturais da vida” ver-se-ão comprometidos – desvaloriza de forma quase ríspida, taxando-a de uma “construção atrevida”⁽¹⁰¹⁵⁾.

Também deve dizer-se que o mencionado autor admite – se bem que o faça de modo subliminar – que o conceito de delito cumulativo possui alguma capacidade descritivo-explicativa, pois teria o mérito de colocar algo em evidência que uma lesão a certos bens jurídicos ⁽¹⁰¹⁶⁾ só tem lugar através do somatório de uma multiplicidade de ações, defendendo, então, que uma tal

⁽¹⁰¹⁴⁾ Também assevera, em tonalidade fortemente reprovadora, que a doutrina (alemã) dominante interpreta o parágrafo 324 da StGB como uma proibição de profanar as águas, a ensejar que comportamentos singulares “meramente desrespeitosos, isto é, sequer abstratamente perigosos, possam cair na malha penal”. V. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltsstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 465.

⁽¹⁰¹⁵⁾ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltsstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 465 e s.

⁽¹⁰¹⁶⁾ Relacionados, e.g., com a proteção da “eficiência de uma função social”, tal como a Lei de substâncias entorpecentes e os delitos praticados por funcionários, além de “outros delitos modernos”. V. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltsstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 468.

construção teórica talvez fizesse algum sentido (apenas) como uma “categoria crítica ou de análise” ⁽¹⁰¹⁷⁾.

Entrementes, após essa breve e bem recortada concessão, esposa o entendimento que a admissão do sugerido modelo de acumulatividade no seio do sistema penal importaria em uma violação ao princípio de culpabilidade (posto que contributos sequer abstratamente perigosos podem cair no campo de força gravitacional da reação punitiva); de uma outra banda, sem deixar de acentuar que o esquema de responsabilização criminal propugnado por KUHLEN também entra em rota de colisão com a atual dogmática da participação – e, sem empreender qualquer tentativa de reformulação conceitual –, opina, conclusivamente, pela total exclusão da noção de acumulação do direito penal ⁽¹⁰¹⁸⁾.

6.3. Acumulação e ingerência da *casualidade* no objeto de imputação penal (PRITTWITZ)

Também PRITTWITZ, quem, aliás, cerra fileiras com aqueles que anatematizam quase por princípio o direito penal ambiental ⁽¹⁰¹⁹⁾ mostra-se bastante crítico quanto à bondade da proposta de delito cumulativo. É mesmo lícito afirmar que ao assim posicionar-se este autor assume uma atitude intelectual sem dúvida coerente com o entendimento que tem vindo a defender – caracterizado por um ceticismo geral quanto à capacidade dos tipos de perigo (*lato sensu*) para promoverem uma eficaz tutela preventiva dos bens jurídicos de perfil coletivo ⁽¹⁰²⁰⁾.

Decerto ele não ignora que os comportamentos aditivos ou cumulativos também se surpreenderam atraídos para o inflacionado perímetro do direito

⁽¹⁰¹⁷⁾ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 468.

⁽¹⁰¹⁸⁾ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 467 e 470.

⁽¹⁰¹⁹⁾ PRITTWITZ (“Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, *cit.* [n. 215], p. 173) assevera que a criminalidade ambiental pode ser equiparada, uma vez confrontado o direito penal com concretos problemas que permeiam o meio ambiente, à imagem de um “bode expiatório”.

⁽¹⁰²⁰⁾ Sustentado na monografia *Strafrecht und Risiko*, obra já citada [n. 12] no presente trabalho.

penal moderno. Aliás, para o autor em realce, o direito penal ambiental também constitui um exemplo bem específico de direito penal do risco, *i.e.*, um direito penal estruturado segundo os postulados da “dogmática do risco” ⁽¹⁰²¹⁾, com isso querendo significar: a uma, o tendencial predomínio de tipos de delito de negligência comissiva (e, com tal direcionamento, o âmbito do risco permitido, diz-se, torna-se-ia cada vez mais rarefeito); a duas, uma subalternização do dano paulatinamente deslocado para uma posição secundária frente ao “incremento do risco”; à três, o pretender responder aos perigos ditos aditivos com a figura dogmática da acumulação. Dessarte o delíto cumulativo integraria o chamado “direito penal do risco”, novel zona normativa que PRITTWITZ alavanca ao “status” de “chave conceitual de uma teoria crítica do direito penal moderno”, posto entender que neste bem circunscrito âmbito da criminalidade adscrive-se o carimbo de tipicidade não por que antecipadamente atribua-se ao comportamento uma valoração negativa (derivada do eventual reconhecimento de uma constitutiva inadequação social do contributo), mas sim porque, inversamente, primeiro certos comportamentos são criminalizados para só então poderem ser “considerados como socialmente desvaliosos” ⁽¹⁰²²⁾.

Demais disso, também vislumbra na criminalização de condutas individualmente faltas de uma dose de perigo uma singular característica da “sociedade de risco” que, já em face de um cumulativo e imparável avanço do conhecimento quer dos processos causais, quer do “saber do risco” torna nebulosa a fronteira entre acaso e injusto, fazendo da *casualidade*, *i.e.*, do mero acaso, um objeto de imputação penal ⁽¹⁰²³⁾.

Importante ainda mencionar que o autor referido participa do pensamento de que tais condutas normalmente não infringem uma “ética de proximidade” – eixo ético este que penetra mais fundo a moral social

⁽¹⁰²¹⁾ E, consoante já deixara estreme de dúvida em *Stafrecht und Risiko*, *ob. cit.*, p. 28 s, são muito mais as consequências – sobremor para a dogmática – provocadas pela internação da temática do risco no subsistema penal, do que propriamente as origens dos novos riscos, que figuram como objeto de suas intelecções doutrinárias.

⁽¹⁰²²⁾ PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, *cit.* [n. 215], p. 147 ss.

⁽¹⁰²³⁾ PRITTWITZ, Cornelius, “Risiken des Risikostrafrechts”, *cit.* [n. 285], p. 57; ver também, *Stafrecht und Risiko*, *ob. cit.* [n. 12], p. 107 e s.

convencional e que repercute de modo importante no modo das pessoas procederem socialmente; dizendo, pois, muito mais com uma “ética da distância”, esta, segundo ajuíza, “muito menos relevante na conformação de condutas”, *maxime* se ancorada em ações de bagatela, comportamentos cuja perigosidade surgiria, então, “unicamente por meio do denominado efeito de acumulação”, ou seja, em que a “falta de perigosidade no momento do comportamento só é desmentida ao tomar-se em conta perspectivas temporais mais amplas” ⁽¹⁰²⁴⁾.

6.4. Crítica à finalidade de prevenção geral

No que concerne especificamente à fundamentação dos tipos de acumulação com esteio em fins de prevenção ⁽¹⁰²⁵⁾ impende articular que, de acordo com a teoria da prevenção geral (positiva) o efeito estabilizador da pena fica a depender de que se lhe reconheça tanto as notas da adequação como da necessidade; todavia, também é mister ponderar, o caráter de realização em massa que justifica ou dá fundamento a uma responsabilização penal pela prática de um delito cumulativo – tem-se argumentado – afasta qualquer sentido em que se leve a efeito uma estigmatização da conduta singular com o propósito de prevenção geral, posto que quanto maior for o número de autores processados e sancionados – obtempera-se – tanto mais tais comportamentos, pesem caídos para a margem penal, serão socialmente perspectivados como normais. Então, “em lugar da esperada estabilização dos valores, ter-se-á seu indesejável declínio” ⁽¹⁰²⁶⁾.

Também argumenta-se que o direito penal (ambiental) ao promover uma prodigalização da punição como forma de reação a contributos mínimos (ao fundamento de uma expectativa de contenção de ulteriores contributos cumulativos idênticos ou bem assemelhados) – isto enquanto o “meio ambiente

⁽¹⁰²⁴⁾ PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, *cit.* [n. 215], p. 151 e s.

⁽¹⁰²⁵⁾ Não se discute que uma finalidade de prevenção geral subjaz à proposta de KUHLEN (“Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n. 91], p. 402 e s.) – claramente orientada à criminalização do comportamento capaz de promover uma acumulação de danos.

⁽¹⁰²⁶⁾ No sentido do texto, DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 65.

de uma sociedade industrial é sobrecarregado sobretudo por pesadas emissões industriais legalmente autorizadas” –, traz muito mais danos do que qualquer proveito ao desejado efeito de prevenção geral ⁽¹⁰²⁷⁾.

6.5. Acumulação – instituto violador da noção de ofensividade

A crítica de maltrato à ideia de ofensividade encontra amparo precisamente na não danosidade da ação singular, isto é, no reconhecimento, pelos próprios “dogmáticos da acumulação” que a conduta individual – quando singularmente perspectivada – não possui qualquer idoneidade para afetar um bem jurídico de natureza coletiva ⁽¹⁰²⁸⁾, bem como, que um tal efeito só é alcançado quando se toma em consideração o somatório global de todos os aportes individuais ⁽¹⁰²⁹⁾.

Tem-se, em apertada síntese, afirmado que o delito cumulativo não requer uma lesividade mínima da ação já que o contributo singular, isoladamente considerado, não exhibe sequer um nível mínimo de perigo, quer para bens individuais, quer para o meio ambiente e suas entidades ou componentes ⁽¹⁰³⁰⁾. Enfim, assevera-se “que não há uma lesão (ou perigo)

⁽¹⁰²⁷⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 65. Para SCHALL enquanto na prevenção geral a perspectiva centra-se no provável comportamento delituoso de outrem, isto é, ela atua seus efeitos sobre a tendência das pessoas de obediência à norma, no caso do delito cumulativo “a prevenção geral é já fundamento da punição”. V. SCHALL, Haro, “Umweltschutz durch Strafrecht: anspruch und Wirklichkeit”, *NJW* (1990), Heft 20, p. 1263 ss., p. 1265.

⁽¹⁰²⁸⁾ Para um aturada perspetivação da relação de imbricação entre os bens jurídicos de perfil coletivo e a lógica da acumulação, v. o Cap. VII, *infra*.

⁽¹⁰²⁹⁾ De acordo com a análise de SILVA DIAS (“What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 339) a punição do contributo cumulativo tem fundamento não na ofensividade do facto próprio, mas em uma “disfuncionalidade como perturbação do ambiente ou do âmbito prévio do bem jurídico”. Para um visão mais abrangente do pensamento desse autor acerca das intrincadas questões atraídas para o direito penal pela dogmática da acumulação, consulte-se o ponto 7.2, do Cap. VII, *infra*.

⁽¹⁰³⁰⁾ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 513.

para o bem jurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto”⁽¹⁰³¹⁾.

Bem, conquanto estejamos de acordo com aqueles que, em termos de ofensividade para o bem jurídico, veem como inaceitável ⁽¹⁰³²⁾ a proposta do delito cumulativo tal como formulada por KUHLEN, entendemos que um mínimo conteúdo de ofensividade poderá ser recuperado caso perspectivemos o contributo singular à luz de um concreto contexto de acumulação (cujo fundamento não reside em uma “simples expectativa de ações similares por terceiras pessoas”) – noção que buscaremos desenvolver ao longo deste trabalho ⁽¹⁰³³⁾.

6.6. Delito cumulativo: afronta ao princípio de proporcionalidade

Um outro óbice aos delitos cumulativos encontra-se numa alegada ofensa ao princípio de proporcionalidade, isto é, funda-se no raciocínio que um tipo de ilícito estruturado na ideia de acumulatividade pode representar uma vulneração da relativa harmonia que deve existir entre o grau de injusto e a sanção, isto em função da desproporção entre uma conduta com um grau ínfimo de perigo e uma pena privativa de liberdade ⁽¹⁰³⁴⁾.

Acentue-se com o escopo de complementar este ponto que, quanto a saber se a sanção penal (uma vez condenado o agente pela prática de um delito cumulativo) poderá apresentar-se já como resposta proporcional, KUHLEN defende, forte em vista dos enormes perigos relacionados às crescentes ameaças de destruição ambiental, que há uma obrigação moral em reagir-se – com o meio (supostamente) adequado dos tipos de acumulação – contra comportamentos que podem, no limite, levar à autodestruição da nossa

⁽¹⁰³¹⁾ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 110.

⁽¹⁰³²⁾ Em razão de estar-se perante “fatos considerados em si mesmos não ofensivos a bem jurídicos e, portanto de duvidosa legitimidade constitucional”. Ver D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p. 385.

⁽¹⁰³³⁾ Em especial no Cap. X, *infra*.

⁽¹⁰³⁴⁾ E, no caso alemão, diga-se para já, particularmente elevada. Sobre isso, ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], 156 e s.

espécie. Donde, ao entender deste autor, a transcendência da proteção das condições de vida das gerações futuras simplesmente neutraliza a censura de vulneração daquele princípio, isto é, a crítica que alega cuidar-se não mais que uma resposta desproporcional não deve prosperar se considerarmos a expressão ou magnitude do bem jurídico tutelado para o sistema social ⁽¹⁰³⁵⁾.

Entendemos que a questão da proporcionalidade só pode, em princípio, ser analisada à luz do direito posto. Todavia, como resposta preliminar, cabe articular que, pese a “grandeza” do bem jurídico tutelado (o meio ambiente, não em si mesmo, mas perspectivado em sua elevada missão de garantia dos contextos de vida que franqueiam a continuidade da dignidade existencial do gênero humano), a punibilidade do agente singular – dê que constatado que o seu contributo ou aporte logrou transpor o “limiar de significância” ⁽¹⁰³⁶⁾ – não pode resultar em uma pena privativa de liberdade.

Ora, se realmente temos de ter o moderno direito penal secundário a atuar no setor dos grandes perigos não podemos, à *outrance*, aceitar a cominação de penas privativas de liberdade como resposta a uma “microlesão” ou “dano-contributo”.

Aportes singulares mínimos, já por sua ontológica diminuta ofensividade, ainda que tenham que confrontar-se, excepcionalmente, com uma reação penal orientada a uma antecipada proteção de um bem jurídico coletivo de expressão universal não podem, sob o risco de inaceitável violação ao princípio de proporcionalidade, designadamente nos países em desenvolvimento ⁽¹⁰³⁷⁾,

⁽¹⁰³⁵⁾ Não vai demasia acentuar que o furto (crime-emblema de um direito penal liberal) de cavalos (nas pradarias americanas), já foi punido com a pena capital. Lembrando essa peculiaridade, SEELMANN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *NjW* (1990), Heft 20, p. 1257 ss., p. 1.257.

⁽¹⁰³⁶⁾ Daí a necessidade em dimensionar-se uma “zona de relevância” bem proporcionada, que servirá seja para estabelecer o “limite de significância”, seja para a delimitação (aproximativa) de um concreto *contexto de acumulação*. Sobre esses conceitos, v. o ponto 5.1., do Cap. IX, *infra*.

⁽¹⁰³⁷⁾ Onde frequentemente, senão já como aviltante regra, o cárcere importa em “penas” outras para além da privação de liberdade concretamente cominada, por vezes sevícias e até “pena” de morte, tacitamente aceitas – e não podemos nos cansar de pasmar – pelo conjunto da sociedade.

conduzir o indivíduo ao cárcere duro. A necessidade de tutela penal, sempre subsidiária, contra os grandes perigos não pode nem deve ir tão longe.

6.7. Delito cumulativo: proposta transgressiva do princípio da culpa

Um importante segmento doutrinário, quiçá majoritário (¹⁰³⁸) e não restrito às fronteiras ideológicas da Escola de Frankfurt, valora a proposta de criminalização (em razão de um “perigo de acumulação”) de condutas em si mesmas inofensivas como insuscetível de harmonização com o princípio da culpa. É que um perigo que se constitui segundo a hipótese interrogativa “e se todos fizessem o mesmo?”, representa – argumenta-se – nada menos que uma edificação da responsabilidade pelo injusto com fundamento na parêmia “*ex injuria terti*”.

O significado social do facto, então, na melhor das hipóteses arrancaria força persuasiva de uma “sedução sobre os outros”, com o risco de tanto o perigo, como a própria relação com o bem jurídico verem-se de certa forma “psicologizados” (¹⁰³⁹). O vero fundamento do injusto, ver-se-ia, então, transferido ou trasladado da conduta individual, *i.e.*, do facto próprio, para

(¹⁰³⁸) SEELMAN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1035], p.1259; DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 303 ss.; MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p.466; ZIESCHANG, Kurt, *Die Gefährdungsdelikte*, *ob. cit.* [n. 273], p. 244; KIM, Jae-Yoon, *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft*, *ob. cit.* [n. 735], p. 212; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 179; SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 635; DAXENBERG, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.*, p. 65 e s; HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, *ob. cit.* [n. 548], p. 147; RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 931], p. 52; SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 126 e s e 132 e s.; KAHLO, Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001, esp. p. 164 ss.; ALCACER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 156 ss.

(¹⁰³⁹) SEELMAN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1035], p.1259.

uma vinculação comunicativa bem abstrata dessa conduta com um potencial comportamento massivo; deste modo – diz-se – “o princípio da culpa perderia substância e seria absorvido por um puro positivismo-legalista” ⁽¹⁰⁴⁰⁾.

Como o nexa entre conduta e ofensa ao bem jurídico nessa concepção (urdida por KUHLEN) encontra seu fundamento – afirma-se –, unicamente, nas prováveis condutas (realizadas em grande número) de terceiros ⁽¹⁰⁴¹⁾, o perigo para o bem jurídico perderia contato com a realidade factual. Dito com outras palavras: a conduta punível assumiria o caráter de conduta perigosa em função, exclusivamente, de fatores externos, *i.e.*, fatores situados fora do raio de influência do comportamento do autor que seria, então, punido não em função do grau de reprovabilidade (nula ou reduzidíssima) do seu comportamento, mas em razão de uma probabilidade de perigo proveniente do comportamento hipotético de outros indivíduos ⁽¹⁰⁴²⁾, em relação ao qual o agente singular não possuiria qualquer influência ou domínio, de modo que tudo estaria a conduzir a uma fundamentação do injusto incompatível com os critérios gerais de imputação e, designadamente, em rota de colisão com o princípio da culpa ⁽¹⁰⁴³⁾.

Como ficou asseverado uma expressiva corrente doutrinária sustenta que, pelo *facto próprio*, no quadro de um delito cumulativo, não cabe a censura da culpa. Critica-se, pois, desse modo, que o juízo de censura penal tenha de esforçar-se em descobrir um marco situado externamente aos limites do direito penal do facto. Uma culpa fundada, segundo costuma dizer-se, “no pressuposto de que outros actuam ou actuarão na mesma direcção” ⁽¹⁰⁴⁴⁾, arrimada, portanto, no facto de terceiros. Daí afirmar-se, e de modo bem

⁽¹⁰⁴⁰⁾ ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.*[n.676], p.180.

⁽¹⁰⁴¹⁾ Entendendo que teria que “modificar-se qualitativamente o conceito penal de injusto para poder-se integrar um tipo de ilícito como delito cumulativo no sistema jurídico-penal”, KAHLO, Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, *ob. cit.* [n. 1038], p. 166.

⁽¹⁰⁴²⁾ Falando numa imputação por um injusto derivado do comportamento de terceiros, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob.cit.* [n.676], p.179.

⁽¹⁰⁴³⁾ DAXENBERG, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 65; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 179.

⁽¹⁰⁴⁴⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 340.

assertivo, que a fundamentar a imputação de responsabilidade ao agente encontra-se, tão-somente, “um prognóstico de realização de ações futuras por parte de outros agentes”, cuidando-se, então, resumidamente, de uma culpa coletiva ⁽¹⁰⁴⁵⁾.

ANASTOSOPOULOS lembra que o fundamento material da censura penal que embasa o juízo de culpa é a defeituosa ou viciosa formação da vontade do autor, incapaz de se deixar motivar por um comportamento em conformidade com o direito, em que pese poder ele identificar e reconhecer o caráter injusto do seu próprio proceder e, desta forma, dirigir adequadamente o comportamento ⁽¹⁰⁴⁶⁾. Todavia – argumenta – “quando o conteúdo de injusto da ação individual não mais encontra fundamento na conduta defeituosa, mas sim em uma imbricação com um comportamento potencial de massa, já não mais poderá ter-se a expectativa de que o indivíduo, em uma situação concreta, delibere conduzir-se (no sentido de uma motivação pela norma) com base em sua própria responsabilidade” ⁽¹⁰⁴⁷⁾.

De outra banda também se tem afirmado que na medida em que o direito penal do facto – fundamentalmente direito penal da culpa – trabalha com uma concepção de autor como “figura central” ⁽¹⁰⁴⁸⁾ do acontecimento penal, a autorização para a punição de um contributo individual de pouca monta que a concepção do delito cumulativo outorga, ou ao menos parece outorgar, termina por cominuir ou “estilhaçar o facto delituoso em uma multitude de fragmentos” e a conduta singular, *per se* de mínima importância (sequer abstratamente perigosa), converte-se – assevera-se de forma bem gráfica – em “pedra de um grande mosaico” (MÜLLER-TUCKFELD), vindo o facto delituoso a projetar uma

⁽¹⁰⁴⁵⁾ ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n.579], p. 157 e s.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Para ela somente mediante o juízo de culpa é factível isolar o agente de modo a estigmatizá-lo em função da sua responsabilidade individual. V. ANASTOSOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 181.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ ANASTOSOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p. 181. Também nesse sentido, DAXEMBERG, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n.91], p.66.

⁽¹⁰⁴⁸⁾ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a. ed., Berlin;New York: Walter de Gruyter, 2000, p. 25 *usque* 32.

imagem inconstante, constituída por uma quantidade inumerável de comportamentos desvaliosos ⁽¹⁰⁴⁹⁾.

6.8. Acumulação: tentativa de resolver “problemas sistêmicos” com o direito penal

O grupo de autores que integra a chamada “Escola de Frankfurt”, como também inúmeros doutrinadores que se encontram fora das hostes desta corrente do pensamento penal, sustentam que a tarefa consistente em regular processos sistêmicos e macrosociais (a que, enfim, se prestaria uma proposta como a do delito cumulativo [¹⁰⁵⁰]) com a clava do direito penal poderá importar – ao desaguar em uma sensível expansão da responsabilidade criminal – na diluição de seus históricos contornos liberais ⁽¹⁰⁵¹⁾.

Afirma-se, então, e é o que de ordinário ocorre nos contrafortes da referida Escola, capitaneada por Winfried HASSEMER, que o direito penal, em obediente conformidade com a atual diretriz político-criminal ⁽¹⁰⁵²⁾ de distanciamento do “mínimo ético”, sufraga a introdução de mecanismos de tutela puramente sistêmicos, podendo vir a converter-se ou corporizar-se, a prosseguir caninamente fiel a essa nova orientação, em um mero “instrumento de controle dos grandes problemas sociais”. Neste ritmo e passo afirma-se que deseritaria o direito penal da missão de “reprimir pontuais e concretas lesões a

⁽¹⁰⁴⁹⁾ No sentido do texto, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 181.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Deve, porém, ressaltar-se que quando os diversos representantes da citada Escola referem, e em timbre invariavelmente crítico, a relações puramente sistêmicas ou a fontes sociais de perigo, não se restringem à órbita estacionária do delitos cumulativo, reportando-se, usualmente, e de uma forma mais ou menos genérica, às novas criminalizações que povoam a região ou o território já deveras espaçoso que se convencionou chamar de direito penal moderno, colocando, não raro, especial ênfase na província normativa em que encontram-se anichadas as normas de direito penal ambiental.

⁽¹⁰⁵¹⁾ Veja-se a esse respeito, a análise realizada por ÁLCACER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 154.

⁽¹⁰⁵²⁾ Segundo HASSEMER a tendência, *e.g.*, de ampliar o âmbito de proteção antecipada não apenas não sofre qualquer limitação ou censura da política criminal como é ela quem faz exigências expansivas força do seu “interesse em controlar o risco”. V. HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, *cit.* [n. 74], p. 32 e s.

bens jurídicos”, para assumir a tarefa de “prevenção em grande escala de situações sociais problemáticas”, enfim, voltando-se para a tutela de meras funções ⁽¹⁰⁵³⁾.

Neste diapasão ALBRECHT defende que se não pode imputar ao indivíduo complexos problemas sistêmicos, vez que estes não se encontram jungidos a uma mera conexão causal, advogando que uma tal responsabilização coenvolveria uma “inadmissível instrumentalização funcionalizadora do direito penal a partir da política” ⁽¹⁰⁵⁴⁾. Também RONZANI sustenta que, já sob o ângulo da ação (e também do resultado), trata-se de problemas relacionados a danos disseminados e sistêmicos ⁽¹⁰⁵⁵⁾. Para este autor, a pretensão em erigir-se, e.g., uma jurídica proteção do ambiente por intermédio da criminalização de condutas individuais “defeituosas” não pode resultar ⁽¹⁰⁵⁶⁾, pois o caráter sistêmico específico dos novos danos e ofensas aos bens jurídicos pelo lado da ação requereria uma estrutura de autor também ela especificamente sistêmica. Dessarte, segundo entende, a “proteção do ambiente apresenta-se (...) fundamentalmente, como um problema conflitual-sistêmico, e não um problema conflitivo-individual”, para concluir que “nesses âmbitos tanto o direito civil como o direito administrativo devem ser mais exigidos” ⁽¹⁰⁵⁷⁾.

⁽¹⁰⁵³⁾ MENDONZA BUERGO, Blanca (*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, ob. cit. [n.312], p. 50 e s) flagrada ao dissecar o pensamento doutrinário de HASSEMER.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ ALBRECHT, Peter Alexis”, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, cit.[n. 440], p.193 ss.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, ob. cit. [n.931], p. 131.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, ob. cit. [n.931], p. 133.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Sobretudo porque a ativação da responsabilidade penal individual fundada numa “Eigenverantwortlichkeit” não seria exitosa quando ações e decisões individuais concretas, somente em um âmbito de serviço de empresa ou em outros sistemas, adquirem sentido. Para RONZANI, então, a funcionalidade do direito penal exige uma específica e bem direcionada expectativa de conduta individual, cuja inobservância ou desrespeito possa ser isolada como decisão pessoal defeituosa e, só assim, ser imputada a um sujeito determinado. V. RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, ob. cit. [n. 931], p. 133.

Mas, cumpre ponderar, o referido autor matiza esse entendimento ao afirmar que existem áreas no direito penal ambiental (como a de poluição de águas) em que já se desenvolveu uma estrutura (sobretudo administrativa) que possibilita uma definição bem delimitada das consequências das condutas individuais; contudo, também anota que há setores (tal como o de poluição atmosférica) que se mostram particularmente problemáticos (¹⁰⁵⁸).

PRITTWITZ, de sua vez, defende que os “processos de produção” (relacionados sobretudo ao desenvolvimento econômico) sozinhos não constituem a raiz do problema ambiental: “O problema é sobretudo sistêmico”(¹⁰⁵⁹). O risco ou o dano – esgrima – constituem problemas sistêmicos porque os processos de produção realizam-se no “contexto do sistema econômico, apoiado tanto pela política como pela normativa econômica vigente”, vendo nisso uma importante barreira para uma utilização eficaz do direito penal ambiental (¹⁰⁶⁰).

Deveras, consoante deixámos de remissa, o próprio efeito acumulativo também tem vindo a ser considerado um típico problema sistêmico, daí que para um expressivo segmento doutrinal, simplesmente não é possível concebê-lo como um problema que se possa reconduzir à perspectiva fragmentada e atomizada do indivíduo. Traduzido para a nomenclatura penal: não caberia imputar ao agente uma corresponsabilidade por hipercomplexos contextos causais, mormente porque qualquer esboço de tentativa em fazê-lo, isto é, em reorientar o direito penal para essa nova e ainda movediça realidade, importaria em desmantelamento do edifício liberal.

Assim o direcionamento do direito penal para os “grandes riscos”, muitos dos quais são logo interpretados como riscos sistêmicos, ou riscos especificamente relacionados ao topos da teoria da sociedade de risco, a que também se pode agregar o problema da tutela das gerações vindouras (na qualidade de risco sistêmico global remoto) – e que se cristalizam como nódulos legitimadores do delito cumulativo –, teriam como nota característica comum uma intencionalidade (velada) em fazer assumir como programa do

(¹⁰⁵⁸) RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, ob. cit. [n.931], p. 133.

(¹⁰⁵⁹) PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, cit. [n. 215], p. 172.

(¹⁰⁶⁰) PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, cit. [n. 215], p. 173.

direito penal uma gama de questões que “não podem ser contempladas como problemas de um actuar individual” ⁽¹⁰⁶¹⁾; enfim, para não poucos, trata-se de um movimento capaz de conduzir a uma “funcionalização dos princípios garantísticos próprios do direito penal tradicional” ⁽¹⁰⁶²⁾.

Em síntese bem condensada: a pena já não mais estaria a se orientar para o facto ou evento, com isso a imputação da responsabilidade ao revés de voltar-se para comportamentos individuais reprováveis ou em si mesmos desvaliosos, estaria a servir como um instrumento direcionado tão-só para necessidades sociais de contenção de ações apenas danosas quando coletivamente realizadas. Os novos tipos incriminadores privilegiariam, enfim, relações puramente sistêmicas e mesmo a culpa, numa tal moldura, converter-se-ia numa culpa sistêmica.

Neste cenário não pode deixar de mencionar-se que em uma ácida contracrítica à abordagem “sistêmica”, isto é, à crítica, *maxime* da Escola de Frankfurt, sustentada na premissa de que atualmente se está a responsabilizar injustamente indivíduos em função de problemas sistêmicos, afirma SCHÜNEMANN que de igual sorte também é cabível falar-se, no que toca por exemplo ao tipo de ilícito de roubo, “de uma imputação individual de problemas do sistema, ou seja, de desigual distribuição do patrimônio” ⁽¹⁰⁶³⁾.

Também não é despidendo observar que a análise crítica que timbra em concluir que o atribuir-se responsabilidade individual por um delito cumulativo coenleva, necessariamente, uma responsabilidade sistêmica também pode

⁽¹⁰⁶¹⁾ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 110.

⁽¹⁰⁶²⁾ ÁLCACER GUIRÃO, Rafael, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n.579], p. 156. Deve-se sublinhar que, embora também se não possa, em hipótese nenhuma, acomodá-lo confortavelmente entre os integrantes daquela escola, também SILVA DIAS sustenta que o delito cumulativo, ao voltar-se contra a ofensa derivada da conduta massiva perigosa, fundamenta-se – por mor quando se mira para a finalidade de gestão de riscos sociais – em uma teoria da sociedade; teoria esta que se prestaria a destacar “o aspecto do dano cumulativo como exemplo de dano colectivo resultante da soma de microlesões em massa ou, num registro sociológico paralelo mas mais actual, como manifestação dos novos grandes riscos desencadeados pela dinâmica da sociedade do risco”. V. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 309 e s.

⁽¹⁰⁶³⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, *cit.* [n. 453], p.29.

endereçar-se, com rigor, a toda e qualquer ofensa de dano ou de perigo a bens jurídicos de expressão coletiva. Logo, volta-se ela em última instância não apenas às infrações relacionadas ao meio ambiente, como também àquelas situações em que a sanção penal é imposta, bem é de ver, em função da necessidade de proteção de interesses que não são reconduzíveis a uma pessoa concreta e determinada, mas sim a um determinado setor ou subsistema do sistema social – independentemente de cuidar-se de uma área ou zona da realidade categorizável como própria da esfera de influência dos chamados “grandes riscos”.

Donde, segundo estamos em crer, a crítica que vibra o argumento de uma inaceitável “culpa sistêmica” perde um pouco de substância, mormente em face do seu caráter generalizante (e quase ideologizado), prestando-se, não raro, a um torpedeamento sistemático de toda e qualquer figura típica orientada a tutelar bens jurídicos que não se aconcheguem nem se aninhem ao rol ou catálogo sugerido como ideal pelos defensores do chamado direito penal liberal *nuclear*.

6.9. Delito cumulativo: mera refração do “princípio de precaução” no território penal?

O princípio de precaução (“Vorsorgeprinzip”) foi introduzido no direito administrativo em Alemanha por volta do início dos anos setenta do século transato. Anteriormente a isso as medidas restritivas de comportamento em relação a danos futuros possíveis baseavam-se, precipuamente, no princípio de prevenção, que era empregue sempre quando o comportamento apresentava uma alta probabilidade de “despoletar” um dano significativo. Todavia, com o princípio de precaução a ênfase prevencionista passa a fundamentar-se na denominada “teoria da ignorância”, que assume que o impacto da intervenção humana no ambiente, em princípio, nunca dar-se-á a conhecer plenamente (incerteza científica). Razão pela qual, e.g., as emissões permitidas devem limitar-se aos mais reduzidos valores possíveis.

O princípio de precaução pretende, essencialmente, que os perigos ambientais, em razão dos próprios processos naturais (não mecânicos) apresentarem, via de regra, uma dinâmica não linear devem, na medida do

possível, ser evitados com o máximo de antecipação. Visa, então, claramente, imprimir um expressivo distanciamento quanto a políticas meramente reativas, colimando fomentar uma política ambiental ultrapreventiva, fundada na alegada necessidade de redobrado cuidado de perigo. O referido princípio, cabe também anotar, está geneticamente relacionado com as novas demandas de segurança disparadas por um mundo cada vez mais virado para o futuro e, já ao servir de base à ampliação de medidas preventivas ou de segurança – mercê, *v.g.*, aprovação de “normas voltadas à redução de emissões sem uma especificação exata acerca dos danos que elas podem causar” ⁽¹⁰⁶⁴⁾ – culminará, reflexamente, em proporcionar menores demandas ou exigências à atribuição de responsabilidade pelos danos futuros.

Com efeito, o princípio *sub studio* pressupõe um cuidado-de-perigo (“Gefahrenvorsorge”) acirradamente dependente de um juízo de prognose ⁽¹⁰⁶⁵⁾ quanto a situações-ainda-não-perigosas (noch-nicht-Gefahr). Ou seja, cuida-se de um modelo de cuidado-de-perigo que se volve para o controle de riscos (ainda não ameaçadores).

Tal princípio propõe-se, primordialmente, segundo KLOEPFER ⁽¹⁰⁶⁶⁾, a cobrir situações relacionadas a: a) perigos temporal e espacialmente remotos;

⁽¹⁰⁶⁴⁾ KERWER, Dieter, “Mehr Sicherheit durch Risiko?”, *in: Risiko und Regulierung – Soziologische Beiträge zu Technikkontrolle und präventiver Umweltpolitik*, Petra Hiller und Georg Krücken (ed.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997 p. 253 ss., p. 255.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ Partindo de um quadro de relativa imprecisão do saber científico até mesmo no que toca à magnitude e incalculabilidade do dano para o efeito de tentar reduzir as margens de riscos, propugna SCHRÖDER o trânsito do “modelo fundado na previsão para um modelo sustentado em cálculos estatísticos e em probabilidades: o modelo ou paradigma de precaução”. Contudo, muito embora consinta com a recepção da lógica da precaução na seara penal, ressalva este autor que o referido princípio “não pode conduzir a uma proibição absoluta a todas as condutas que acarretem danos futuros. Isto paralisaria a atividade científica e econômica”, SCHRÖDER, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, trad. Sergio Romeo Malanda, *in: Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos María Romeo Casabona (ed.), Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria e Comares, 2004, p. 423 ss., p. 426 e s.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, *ob. cit.* [n. 276], p. 77. Para uma aprofundada crítica ao paradigma da prevenção (no âmbito da teoria social do risco), asseverando que a adoção de extensivas medidas preventivas não promove segurança, e que opostamente é precisamente a permanente introdução de novos riscos que o faz, porquanto “somente ao lidar

b) casos de baixa probabilidade de entrada do resultado até; c) simples suspeita de perigo, e ainda; d) degradações ambientais consideradas em si mesmas inofensivas, mas, no geral (incremental), nocivas – justapondo-se, precisamente neste ponto, à proposta do delito cumulativo.

De modo que o princípio de precaução exprime a ideia que o dever de atuação estatal é fundamentalmente legítimo (um mandamento constitucional derivado da noção de segurança [¹⁰⁶⁷]) mesmo perante – senão já *pour cause* – a existência de situações de incerteza (¹⁰⁶⁸) causal. Desprende-se assim, pois, pese com ele conviver, de um modelo mais geral governado pelo princípio de prevenção (este fundado, como se sabe, na previsibilidade e calculabilidade do risco), para inaugurar uma racionalidade marcadamente antecipadora – fundada na “incerteza dos saberes científicos” (¹⁰⁶⁹).

com o risco é que se pode aprender a dominá-lo”, veja-se Aaron WILDASKY (*Searching for Safety*, Library of Congress, 2ª. Reimpressão: 2003, p. 42 ss, que também defende (The Secret of Safety Lies in Danger”, in: *The Constitution and the Regulation of Society*, Gary Bryner and Dennis Thompson (ed.), Albany: State University of New York Press, 1998, p. 43 ss.) que a resposta encontra-se num “retorno ao processo técnico de experimentação e aprendizagem das eventuais consequências indesejáveis”, estimando também que “foi este modelo de modernização tecnológica que prevaleceu ao tempo da industrialização (malgrado todas as consequências negativas) e que fez aumentar de forma continuada os níveis de segurança”.

(¹⁰⁶⁷) No sentido de que o princípio de precaução apresenta como derivado, na esfera penal, o princípio *in dubio pro securitate*, e “que o direito penal dispõe como estratégia antecipadora não apenas dos bens jurídicos clássicos, pois o legislador também pode estabelecer bens jurídicos que a esses se antecipam – bens jurídicos que a doutrina também denomina de ‘intermédios’ – já por se encontrarem de permeio a bens jurídicos como vida e saúde das pessoas e bens de carácter universal, tal como o meio ambiente”, SCHRÖDER, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, *cit.* [n. 1065], p. 427 e s.

(¹⁰⁶⁸) SILVA DIAS assinala que o princípio de precaução cobra a “substituição do paradigma causal, que tem imperado até agora na orientação das reacções sociais a situações de risco, pelo paradigma da incerteza, que dispensa a confirmação das consequências e a relação de necessidade entre elas e as respectivas causas (...) incerteza ex ante acerca dos factores susceptíveis de produzir o resultado”. V. SILVA DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 39 e 43.

(¹⁰⁶⁹) ROMEO CASABONA, Carlos María, “Aportaciones del Principio de Precaución al Derecho Penal”, in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos María Romeo Casabona (ed.), Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria e Comares, 2004, p. 388 ss.

Daí que se tem entendido que apenas em bem específicas e bem recortadas situações de risco ⁽¹⁰⁷⁰⁾ – a seguir esquematicamente delineadas – está facultada a admissão do princípio em análise ⁽¹⁰⁷¹⁾:

a) diante de um contexto de incerteza científica relativamente a processos causais desencadeáveis por uma determinada conduta ou atividade, bem como quanto à própria mensurabilidade do risco;

b) na eventualidade de danos coletivos incontrolláveis e, em geral, graves e irreversíveis. Trata-se de situações em que a magnitude do risco e os danos possíveis não são dimensionáveis nem previsíveis à luz de parâmetros objetivos.

Fica por saber se o princípio de precaução uma vez recepcionado pelo direito penal ambiental justificará o emprego de instrumentos de controle e limitação dos “grandes riscos” que se apresentem minimamente compatíveis com as regras tradicionais de imputação penal ⁽¹⁰⁷²⁾, devendo-se sublinhar que dito princípio tem normalmente sido empregue para legitimar uma legislação

⁽¹⁰⁷⁰⁾ De observar que o princípio de precaução não se pretende absoluto, limitando-se a situações de “risco residual”: hipóteses em que, por exemplo, a introdução de uma substância potencialmente danosa no meio ambiente deve ser logo obstada mesmo ainda quando sua danosidade não estiver cabalmente demonstrada (*in dubio pro securitate*), bastando para tanto que o dano não se entremostre improvável, ou que seja simplesmente concebível. V. KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, *ob. cit.* [n. 276], p. 78.

⁽¹⁰⁷¹⁾ Aqui acompanhamos ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta Peligrosa e Imprudencia en la Sociedad del Riesgo*, México: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 105.

⁽¹⁰⁷²⁾ Assumindo que o legislador penal pode colocar à disposição do princípio de precaução tanto os delitos de perigo como bens jurídicos intermédios e ainda tipos penais acerca dos quais não se sabe de um modo exato qual o bem jurídico que poderá ser afetado, todavia relativizando a extensão possível desse princípio no âmbito da constelação penal ao defender que ele deverá atuar seus efeitos não tanto em situações em que intercedam pessoas individuais, mas sim, principalmente, na “esfera de ação das grandes empresas e de estruturas mafiosas”, SCHRÖDER, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, *cit.* [n. 1065], p. 428 e 430.

ambiental disciplinadora e impulsionadora de medidas administrativas de conteúdo protetivo (¹⁰⁷³).

Bem, a todas as luzes se não pode deixar de divisar uma certa proximidade entre os fins a que visa o princípio de precaução e o tratamento do problema da acumulação em direito penal, podendo quiçá até admitir-se que a ideia de acumulação, senão já o delito cumulativo (na formulação proposta por KUHLEN) podem, ao menos em parte, ser entendidos como expressão das emanções ou refrações deste princípio na órbita do direito penal do ambiente, forte quando tem-se presente que também entra na formação do objeto do citado princípio aquelas ações “em si mesmas insignificantes e sem consequências, mas que uma vez realizadas cumulativamente podem ocasionar danos graves” (¹⁰⁷⁴). Demais disso, se o delito cumulativo tiver de estruturar-se por meio do manejo da “técnica” da acessoriedade administrativa(¹⁰⁷⁵) poderá estabelecer-se uma maior ou menor interferência

(¹⁰⁷³) A legislação ambiental não pretende portanto reagir a danos já ocorridos ou remover ameaças pendentes e já bem próximas da realização do perigo. Pelo contrário, o objetivo prosseguido por uma adequado rol de medidas legais (a serem observadas tanto pelas autoridades como pelos cidadãos) “é o de evitar já à partida o surgimento de uma poluição ambiental”. V. PETERSEN, Volkert, *Umweltrecht*, Christian Stark (ed.), Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 40.

(¹⁰⁷⁴) SCHRÖDER, Friedrich-Christian, “principio de precaución, derecho penal y riesgo”, *cit.* [n.1065], p.432. Sem embargo este autor comunga com aqueles autores (tal como Klaus ROGALL: *Fest. der Strafrechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 505 e s., p. 520) que defendem que punir-se a conduta minimamente ofensiva já em função de um dano provável decorrente da influência da conduta de terceiros para uma contaminação ambiental (refere expressamente ao caso da contaminação das águas) representa um “atentado ao princípio da culpabilidade”. Pondera ainda que deve-se verificar antes de tudo se se está diante de uma situação “sob a incidência do princípio de precaução ou perante um problema de relação de causalidade de novo tipo”, apresentando como sugestão para equacionar-se o dilema, a concessão de um limitado número de licenças de autorização, ficando a incidência penal limitada a aqueles casos em que “a atividade se realize sem a referida autorização”, procedimento este que, segundo informa, já é utilizado para a proteção de parques naturais e sarcófagos de faraós egípcios. V. SCHRÖDER, Friedrich-Christian, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, *cit.* [n. 1065], p. 433.

(¹⁰⁷⁵) V. o ponto 6, do Cap. VIII, *infra*.

das emanações do citado princípio (¹⁰⁷⁶), que ficará a depender, então, do grau de dependência do direito penal ambiental relativamente a normativos extrapenais.

7. A Contracrítica de KUHLEN

Ao responder, apenas em parte, às inúmeras críticas lançadas à proposta do delitos cumulativo, KUHLEN procura rechaçar (¹⁰⁷⁷), sobretudo, a alegação de vulneração ao princípio da culpa (¹⁰⁷⁸), ao argumento de que a crítica no sentido de que o delito cumulativo resulta em uma responsabilidade *ex injuria terti* não se sustenta. A uma, porque o pretender remeter tais condutas para as contraordenações não afastaria o óbice da alegada violação ao princípio da culpa (posto que este princípio também se aplica às “Ordnungswidrikeiten”) e, então, como consequência, afirmam, restariam completamente impunes condutas em conjunto contributivas para a degradação ambiental.

A duas, porque na óptica deste autor, uma vez que Parlamento tenha constatado, com base em uma prognose realista, que sem a previsão de uma sanção penal (orientada a realizar a contenção de comportamentos acumulativos) uma quantidade inumerável de pessoas realizará a conduta típica – com gravosas e indizíveis consequências para a higidez do ambiente natural, o agente só responderá pelo injusto próprio, a tanto bastando que a conduta realizada venha a ajustar-se ao ilícito-típico. Daí concluir que não lhe será irrogada qualquer censura inferida de uma culpa estrangeira, e sim um juízo de reprovação fundado em um injusto próprio (“eigenes Unrecht“) (¹⁰⁷⁹).

(¹⁰⁷⁶) Cumpre lembrar que “a sociedade de risco, a preservação do futuro e o *princípio da precaução* compõem um quadro da teoria social e jurídica que coloca desafios instantes – e nessa medida pressiona – também ao direito Penal”. V. SILVA DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 44. Itálico nosso.

(¹⁰⁷⁷) KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 718 e s.

(¹⁰⁷⁸) Quiçá a mais acutilante das censuras formuladas contra a proposta do delito cumulativo.

(¹⁰⁷⁹) KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 719.

Com isso o citado autor pretende, claramente, significar que, uma vez tomada a decisão pelo legislador (baseada em injunções político-criminais orientadas à proteção de um bem jurídico de dimensão coletiva) em criminalizar o contributo individual mínimo, ficará a depender somente da “configuração típica concreta se a conduta realiza ou não o ilícito-típico, razão bastante para considerar que se trata apenas de um problema de imputação de um facto ilícito próprio” ⁽¹⁰⁸⁰⁾.

8. Inferências Conclusivas do Capítulo

O delito cumulativo ou aditivo ingressa na narrativa penal mormente em função da crise ecológica (também ela imbricada à dinâmica da *Risikogesellschaft*) que fez com que a Natureza – que jamais pertencera à pólis – fosse convidada a assumir um papel de certo relevo no diálogo social de sentido.

A elaboração de uma “dogmática da acumulação” também fica em parte a dever-se ao pluralismo axiológico de nosso tempo, capaz de se deixar fecundar por uma consciência ecológica que irá, progressivamente, moldar uma nova categoria ética fundante de uma promessa de justiça ambiental intergeracional.

Se a enigmática figura do delito cumulativo encontra-se historicamente acantonada em tradicionais subcontinentes da geografia penal será indubitavelmente no recém-formado território penal do ambiente que a ideia de acumulatividade irá apresentar uma musculatura mais robusta e um vigor doutrinário mais expressivo, oferecendo-se como dispositivo conceitual aberto a cumprir exigentes aspirações de avançada tutela do porvir. Não tem ela, portanto, exclusiva morada nos crimes ambientais; mas neles encontrou o seu habitat natural.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ Assim, SILVA DIAS (“What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 341), para quem, todavia, a réplica de KUHLEN às objeções feitas ao delito cumulativo – simplesmente não é convincente. Já MÜLLER-TUCKFELD entende que a afirmação de KUHLEN no sentido que no delito cumulativo o autor só responde pelo seu próprio injusto, e precisamente por esta razão não é violado o princípio da culpa, não passaria de uma “manipulação da realidade”. V. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p.472.

Com efeito, conquanto a questão do delito cumulativo não seja, consoante ficou referido, um problema exclusivo do direito penal do ambiente, vez que um substrato de acumulação encontra-se plasmado desde há muito tempo em diversos tipos penais que não possuem qualquer vertebração em valores ecológicos (de lembrar os já aludidos crimes de falsificação de moeda e de corrupção administrativa), uma preocupação do legislador em ensejar uma mais eficaz proteção a valores ambientais em avançado processo de sedimentação social, aliada à peculiar característica cumulativa dos ataques diuturnamente desfechados contra o ambiente natural, sem dúvida muito tem contribuído para pressionar a recepção deste *topos* de argumentação (acumulatividade) nas narrativas tanto dogmática como político-criminal que percorrem o microsistema penal do ambiente.

Avançando um pouco mais e tomando por base as considerações acima articuladas não é difícil deduzir que a “lógica da acumulação” em direito penal reveste-se, incontornavelmente, de uma especial pregnância na seara do meio ambiente natural. A tanto contribui, decerto, a própria forma como se manifestam muitos dos ataques neste âmbito desferidos: reiteradas vezes mediante sucessivas microlesões, não raro produzidas por um “grande número” de pessoas – em concurso uniforme não vinculado ⁽¹⁰⁸¹⁾ – no transcurso de um arco temporal em geral, mas nem sempre, de longo perfil, fazendo irromper perigosos processos cumulativos.

Neste passo faz-se lícito pontualizar que a concepção primordial do delito cumulativo (urdida por KUHLEN) tem origem em uma moderada compreensão ecológico-antropocêntrica do crime de “poluição de águas”, figura delitiva esta que encontra-se hospedada no tipo legal do § 324 do Código Penal alemão – interpretado como *delito de resultado* ⁽¹⁰⁸²⁾ –, cujo bem jurídico, se tomado como um bem de dimensão global, tem-se afirmado, não poderia, normalmente, ser lesado ou colocado em perigo por uma ação isolada. Partindo desta constatação a teoria do delito cumulativo busca sustentar-se no reconhecimento da existência (e necessidade de proteção) de certos bens

⁽¹⁰⁸¹⁾ Portanto sem qualquer enlace de cumplicidade ou de participação. Sobre isso, v. o Cap. IX, item 4 e ss., *infra*.

⁽¹⁰⁸²⁾ Consistente numa perturbação das funções das águas resguardadas pela norma.

jurídicos (de natureza coletiva – “gemeingüter”) que somente revelam-se susceptíveis de afetação por força de um iterativo e contínuo impacto cumulativo de micro-ofensas que, tomadas isoladamente, não apresentam qualquer significativa perigosidade, não obstante, *in totum*, têm aptidão para produzir uma séria turbação ou desequilíbrio nas funções que os ecossistemas ambientais realizam.

Referidas condutas, pois, pertenceriam a uma determinada “categoria de ação” que somente quando realizada em profusão (em massa) poderia provocar uma ofensa (de perigo ou de lesão) ao bem jurídico. Donde é tanto a lógica dos “grandes números” (argumento criminológico), como uma finalidade político-criminal de prevenção geral, que habitualmente são convocadas a justificar a construção de uma norma penal destinada a jugular condutas propensas à multiplicação.

Na medida em que com a teoria do delito cumulativo pretendeu-se fundar uma nova categoria dogmática dirigida a debelar condutas que não representam, quando singularmente consideradas, sequer um perigo abstrato (pois não possuem as condições mínimas suficientes para causar um dano) ao bem jurídico posto sob o excepcional pálio penal, um setor doutrinal logo objetou tratar-se não mais do que uma inadmissível *presunção de perigo*, derivada de uma mera “hipótese de acumulatividade”, capaz, no entanto, de promover um deslocamento – fruto de um estratagema de controle do futuro – do postulado da responsabilidade individual → para a responsabilidade coletiva⁽¹⁰⁸³⁾.

Significa dizer que tais ações massivas (realizadas em “grande número”) e somente deste modo lesivas às componentes ambientais convidam-nos a *presumir* que a proteção penal a realizar exige (forte sob uma ideia de prevenção geral) – também para o efeito de uma mais eficiente gestão dos riscos ambientais – uma responsabilização objetiva e de corte coletivo. Dito com outras palavras: imputação *tout court* de qualquer comportamento individual a que se possa adscrever ou carimbar a etiqueta de “acumulável”.

⁽¹⁰⁸³⁾ Daí professor SILVA DIAS, que “(...) O delito cumulativo pretende conciliar o carácter individual da responsabilidade criminal com um fundamento de imputação colectivo, melhor, com um fundamento assente nos efeitos prováveis da ação colectiva”. V. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 335.

Esclareça-se sem delongas: os “grandes números” e também a necessidade de tutela do meio ambiente natural (relevância do bem jurídico) constituem “apenas” motivo para o legislador instituir um delito cumulativo; desimplicado fica, portanto, que, para nós, uma hipótese ou já até mesmo uma “certeza” de acumulação, isoladamente, não outorgam conteúdo material de significação jurídico-penal ao contributo ou aporte individual para o efeito de atribuição da responsabilidade penal.

Neste ritmo, a propósito, cabe exprimir que temos como adequadamente fundamentado o argumento que o delito cumulativo não se prende – como muito se tem dito e escrito (e, não raro, com uma pitada de sarcasmo acadêmico) – a uma “questão meramente hipotética”, ou a uma simples suspeita –, mas sim que envolvem e reclamam uma prognose realista e atual de que, à falta de uma proibição reforçada com sanção, certos comportamentos não se verão contra-estimulados, vindo então, provavelmente, a se multiplicarem serialmente, com resultados deveras gravosos para a higidez ambiental. Podemos agora formular uma primeira conclusão: não se cuida de uma mera suspeita, mas de uma constatação criminológica empiricamente demonstrável acerca da existência de uma acentuada propensão à acumulação, a instaurar uma expectativa (político-criminal) realista de comprometimento de um bem jurídico de naípe coletivo.

Argumenta-se, e é bom que se não deixe de articular para não empobrecer-se o debate dialogicamente argumentado ora em urdidura, que uma “expectativa realista” não se entremostra um critério manejável ou operacional ⁽¹⁰⁸⁴⁾, pois permaneceriam completamente intransparentes e ocultos quais fatores, mormente no que toca a determinados comportamentos, influenciam na elaboração da chamada “prognose de relevância” e que também não seria sempre possível “remontar a experiências pretéritas”, por mor num “mundo de mudanças vertiginosas no qual novos riscos para bens jurídicos dignos de proteção estão sempre a germinar” ⁽¹⁰⁸⁵⁾.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 64; ANASTOSOPOULOS, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p. 185.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ ANASTOSOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p.185.

Divergimos deste ponto de vista. Ele não funda uma objeção prometedora. A uma porque mudanças não se fazem *per saltum*, mas são também elas, em geral, fruto de um lento processo acumulativo, daí que as “experiências pretéritas” constituem, sim, uma importante fonte de informação para que se possa prognosticar estatisticamente o risco (e estamos aqui a cuidar, tão-só, de uma etapa preliminar – a de criminalização da conduta individual socialmente desvaliosa). A entrada do futuro, forte em uma “sociedade do conhecimento”, na qual o saber científico tem vindo a expandir-se geometricamente não ocorre *ex abrupto* – ressalvada a inesperada e indesejada visita de algum asteroide celerado (desgarrado de uma trajetória matematicamente decifrável) –, ou seja, ela não é meramente casual. À duas, porque evidentemente que, quando estivermos perante riscos, ou já diante de nebulosos perigos que se não possam, episodicamente, dissociar da mais pura casualidade ⁽¹⁰⁸⁶⁾, isto é, quando se apresentarem totalmente livres das forças determinísticas – simplesmente não caberá uma imputação da responsabilidade.

Mas, e é bom não esquecermos, a atividade de atribuição da responsabilidade penal, é ressabido, não compete ao legislador. Sem embargo, a subordinação do efeito acumulativo a uma prognose realista é um critério de que deverá valer-se, agora sim, e já o dissemos, o legislador penal, que deverá valorar com esteio 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 realmente praticadas em tão grande número que ocorrerá uma lesão grave e global do bem jurídico” ⁽¹⁰⁸⁷⁾.

Necessário exprimir ainda se faz que um juízo adequado de certeza quanto a danos relevantes (“lesão grave e global”) não apenas indicia como já assinala que a configuração de um delito cumulativo legitima-se, principalmente, a partir da chamada magnitude do dano. De outro giro, estamos em crer que o propósito em buscar-se uma maior proteção contra

⁽¹⁰⁸⁶⁾ Situação mais propensa a manifestar-se quando se está em presença de um efeito sinérgico.

⁽¹⁰⁸⁷⁾ Nessa trilha, procurando traduzir o pensamento dos “seguidores” dos delitos de acumulação, DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 308 e s.

elevados riscos sociais relacionados à irrupção de um megadano ⁽¹⁰⁸⁸⁾, já como efeito iatrogênico derivado sobretudo da acumulação de atividades empresariais poluidoras – não entra em conflito com um direito penal de *ultima ratio*. Bem, se determinados interesses (macrossociais e transgeracionais), passíveis de serem profundamente abalados por um dano de monta não são dignos de receber a excepcional salvaguarda proporcionada pela tutela penal, será indubitavelmente uma tarefa árdua e ingente a de imaginar e também a de conceber o que, ao final de contas, será realmente digno de colocar-se sob o manto protetor do direito penal moderno.

Propor remeter, integralmente, para as contraordenações sociais a reação a comportamentos que podem degradar nada menos do que a sadia qualidade de vida, senão já o próprio estável ciclo vital de (im)permanência tanto das atuais, como também das futuras gerações, é conferir, *mutatis mutandis*, idêntico ou bem aproximado desvalor a condutas tão díspares em suas consequências, como aquela desenvolvida por uma empresa que ao ultrapassar certo nível ou valor de imissão de poluentes degrada as águas de um belo lago (desequilibrando assim todo um ecossistema natural e a sustentabilidade ambiental de uma região), e aquele comportamento consistente em estacionar veículo automotor em zona urbana proibida, conduta esta que, ao final e ao cabo, não lesa nem põe em perigo nem a convivência social, nem os fundamentos naturais da vida no planeta ⁽¹⁰⁸⁹⁾.

Deve ainda dizer-se que a proposta do delito cumulativo na sua elaboração originária ou primitiva (KUHLEN) parece pretender viabilizar – força de uma impressiva antecipação do futuro – mercê, pois, robusto adiantamento

⁽¹⁰⁸⁸⁾ Pode argumentar-se que se trata de uma afirmação que desvenda uma “racionalidade voltada para o risco”. A isso respondemos que o legislador, nem ninguém, pode descartar tal racionalidade, pelo menos não em uma “sociedade de risco”.

⁽¹⁰⁸⁹⁾ Para WOHLERS, a princípio permaneceria em aberto a possibilidade de reagir-se com sanções mais suaves, valorando como decisivo saber “se um fundamento positivo pode ser desvendado para que a censura repressiva se apresente, *in limine*, como uma reação objetivamente adequada”. Porém, este autor reconhece que caso parta-se da premissa que o direito penal deve apresentar-se como legítimo instrumento de proteção de interesses vitais dos indivíduos em sociedade, não se poderá recusar seriamente a fundamental dignidade da proteção (penal) do meio ambiente. V. WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 144 e s.

da tutela penal, uma defesa ainda mais avançada a bens jurídicos coletivos do que aquela já outorgada pela técnica do perigo abstrato, podendo então falar-se, quiçá, em um perigo abstrato de segunda potência (algo que reputamos dogmaticamente inadmissível à luz do princípio da ofensividade).

O adiantamento da tutela, é nossa firme convicção, não pode ultrapassar os limites do cuidado-de-perigo, não pode, portanto, romper a barreira derradeira do perigo abstrato, apesar da sedutora promessa voltada à superação de dificuldades práticas de imputação ressabidamente existentes no subsistema penal do ambiente.

A teoria do delito cumulativo, na configuração proposta e defendida por KUHLEN, erra manifestamente o alvo e definitivamente não se sustenta, uma vez que parte de uma premissa parcialmente falsa, qual, que o ambiente natural constitui um bem jurídico universal – de “dimensão global” – (o que é certo), invariavelmente insusceptível de ser lesado por ações isoladas (formulação esta que, se estivermos em presença de certas condicionantes, tal como um contexto situacional de acumulação, revela-se equívoca), afastando o referido autor, destarte, em total desacerto, tanto a possibilidade de dano-violação como, com rigor, até mesmo o cuidado-de-perigo abstrato (é que ao seu modo de ajuizar, tais categorias não garantem a tutela diferenciada exigida pelo bem jurídico em causa), para daí retirar que há delitos (cumulativos) que ensejam a incriminação de comportamentos sequer abstratamente perigosos, acenando deste modo, bem vistas as coisas, para a existência de um perigo presumido de acumulação (em franca inimidade com o princípio da ofensividade).

Defendemos – em franca oposição à tal concepção doutrinária –, que em um delito cumulativo o fator decisivo não é a absoluta inidoneidade da conduta (tomada em sua singularidade) para afetar o bem jurídico como sustenta KUHLEN, mas sim a real ofensividade do aporte individual (sempre condicionada – cabe asseverar em termos propositivos – ao ingresso ou intersecção da ação aditiva no raio ou perímetro territorial de um contexto de acumulação [¹⁰⁹⁰]), que irá, em casos tais, provocar uma lesão-contributo.

(¹⁰⁹⁰) V. o Cap. X, *infra*.

Rege aqui a ideia que se afastada for, no caso concreto, a *natureza contextual da acumulatividade* ficará igualmente excluída, sem remédio, a antijuridicidade da conduta, posto que ao falecer idoneidade ao contributo singular para afetar (à míngua de um concreto contexto de acumulação) o bem jurídico sob ataque, *ipso facto* também faltarão tanto o desvalor de ação como o desvalor de resultado. Em termos sucintamente axiomáticos: *sem contexto de acumulação não há curar de delito cumulativo*, restando esvaziado o conteúdo (possível) de injusto penal (¹⁰⁹¹).

O meditado repensamento da teoria da acumulação conduz-nos à conclusão que a “lógica dos grandes números” e também a “magnitude do dano” embasam, tão-só, a criminalização primária (tarefa do Legislador) de certas condutas (propensas à acumulação), contudo só isso não basta para fundamentar, concretamente, uma atribuição da responsabilidade individual.

Estamos fortemente em crer que se não houver, no caso concreto, um contexto de acumulação (¹⁰⁹²), a conduta já não será punível. É que não se pode, é meridiano, sancionar penalmente o agente com base no pressuposto de que comportamentos iguais ou assemelhados ao seu contributo irão ocorrer no futuro em grande número. Tal prognose (fundada em um perigo probabilístico), reafirme-se, só é prestimosa no plano da opção criminalizadora. No plano da imputação da conduta típica se a ação não tiver ingressado em um bem delimitado contexto de acumulação (¹⁰⁹³) deve cominar-se unicamente uma sanção administrativa (coima, “Geldbusse”).

Evidenciado está que divergimos de uma proposta vocacionada a dar à ofensividade penal – ao buscar autonomizar um “perigo de acumulação” da própria categoria do perigo abstrato – uma elasticidade que ela simplesmente não possui. O objeto jurídico de tutela da norma nos crimes ambientais não justifica, pois, uma tal entorse na noção de lesividade penal, designadamente porque o nexos relacional entre a conduta e o bem jurídico penalmente tutelado (meio ambiente e suas concretas componentes), consoante teremos

(¹⁰⁹¹) Tal como entendo a questão em apreço também não seria nem lícito nem justo, a todas as luzes, atribuir responsabilidade penal por facto insignificante.

(¹⁰⁹²) Apenas ao ingressar em um contexto de acumulação poderá o comportamento contributivo concorrer para afetar uma das componentes integrantes do bem jurídico ecológico.

(¹⁰⁹³) E, também, evidentemente, no caso dela não se apresentar de todo insignificante.

oportunidade de estudar, não é tão deslassado como pretende aquele autor. Logo, também não fica autorizada uma assaz desmesurada antecipação das barreiras de proteção.

Defendemos, outrossim, impende deixar aqui logo antecipado, que o contexto de acumulação desempenha o importante papel de confirmar no plano fático a prognose criminológica subjacente à norma, prestando-se assim a roborar o cálculo estatístico de reprodução serial do comportamento cumulativamente lesivo a um bem jurídico coletivo de relevo social. Quer-se significar: a prognose (*ex ante*) realística probabilisticamente fundamentável de repetição inumerável de idênticos ou similares aportes deve ser revalidada pela *diagnose* (*ex post*) corroborativa da existência de um contexto de acumulação⁽¹⁰⁹⁴⁾. Isto não sinaliza nem denuncia qualquer desconfiança ou inimizade epistemológica com as contribuições do saber criminológico. Tal fica a dever-se, tão-só à natureza complexa do bem jurídico em disceptação e à sua peculiar “capacidade de resistência”: um bem refratário e insubmisso a condutas isoladas ou episódicas.

Configurado normativamente – com suporte em uma prognose realista de repetição – um delito cumulativo pelo legislador a exigência ora proposta de verificação *ex post* do ingresso da conduta singular em um “território de acumulação”, não apenas não derroga os pretendidos efeitos preventivos *gerais* almejados com a elaboração do tipo de ilícito em causa, como concorre, em boa verdade, para evitar que o comportamento (supostamente massivo) tenha lugar em grande número, obviando-se, destarte, uma formação futura de nocivos contextos de acumulação.

Assentado esse aspecto cabe ainda exprimir que, tal como o entendo, o contexto de acumulação, sob o prisma temporal do comportamento, dialoga já com uma ética da distância – mas não rompe com a ética de proximidade que a noção de ofensividade real transporta. Neste sentido apresenta-se qual barreira dogmática e político-criminal a uma exacerbada eticização do direito penal ambiental (propulsora, quiçá, de uma odiosa responsabilidade coletiva).

⁽¹⁰⁹⁴⁾ Deve dizer-se que assim como no delito de incêndio não há crime se a casa não é habitada, *mutatis mutandis*, também não há delito cumulativo se não existe, no caso concreto, a mais remota possibilidade de dano às funções ambientais à míngua de um contexto de acumulação.

Por outra raia, defendemos que a ingerência na esfera penal do chamado princípio de precaução, com aptidão para legitimar um cuidado-de-perigo acirradamente dependente de um juízo de prognose (ou já inteiramente vassalo do cálculo de prognose antecipada) quanto a situações ainda não perigosas, exige, sempre, para efeitos imputacionais, a convocação do princípio da ofensividade.

Deve gizar-se, finalmente mas não por último, que não obstante estejamos de acordo com aqueles que, em termos de ofensividade para o bem jurídico veem como *inaceitável* a proposta dos delitos cumulativos – nos estritos termos em que KUHLEN deu-a a conhecer –, advogamos que um *conteúdo mínimo de ofensividade* poderá ser recuperado (afastando-se, destarte, injunções normativas completamente divorciadas de um *quantum* material mínimo de realidade empírica e de conteúdo prático) caso:

a) perspectivemos o contributo ou aporte singular do agente à luz de um *contexto de acumulação*; e simultaneamente,

b) concebamos o ambiente natural como um bem jurídico complexo, *i.e.*, um bem-síntese de bens jurídicos parcelares já em si mesmos dignos e necessitados de proteção penal (¹⁰⁹⁵).

Do que ficou dito é mister concluir que a noção de delito cumulativo pode revelar-se, desde que agregados outros aportes teórico-dogmáticos e também de cariz político-criminal – propostos inovadoramente nesta tese –, tanto uma categoria crítica e de análise, como uma ferramenta ou critério (hermenêutico) capaz de permitir uma elegante solução eticamente fundamentada e mundivivencialmente justa para os problemas jurídicos de imputação penal (¹⁰⁹⁶) no microsetor (do moderno direito penal do risco) que se veio a denominar de direito penal ambiental.

(¹⁰⁹⁵) Sobre esta proposta, em detalhe, o ponto 7.3., do Cap. VIII, *infra*.

(¹⁰⁹⁶) Principalmente, mas de modo não exclusivo, dos chamados entes coletivos (pessoas jurídicas).

CAPÍTULO VII

O Problema da Acumulação e a Tutela de Bens Jurídicos Coletivos

1. Considerações prodrômicas; 2. Características mais salientes dos bens jurídicos coletivos; 3. Bens jurídicos coletivos como estruturas autônomas; 4. Bem jurídico coletivo: o paradigmático exemplo da tutela penal do ambiente; 5. Sistematização dos bens coletivos como motor para uma reperspectivação dogmática da categoria do perigo abstrato à luz da ideia de acumulação (HEFENDEHL); 5.1. Ideia de acumulação como um equivalente material à falta de uma causalidade lesiva real; 5.2. Dados criminológicos subjacentes a uma “prognose realista de acumulação” em Hefendehl; 5.3. Acumulação como quarto nível de ofensividade; 6. O enquadramento do delito cumulativo na proposta de ressystematização dos delitos de perigo em WOHLERS; 6.1. Legitimação do delito cumulativo - requisitos preliminares; 6.1.1. Legitimidade geral da acumulação; 6.1.2. Nódulos legitimantes específicos do delito cumulativo; 6.1.2.a) Limitação da ingerência penal a efeitos cumulativos realisticamente prognosticáveis; 6.1.2.b) O critério do peso próprio mínimo; 6.1.2.c) Limitações normativas impostas pelo “dever de cooperação”; 7. O Problema da acumulação sob o crivo crítico da doutrina portuguesa. 7.1. FIGUEIREDO DIAS: delito cumulativo como tutela antecipada das “gerações futuras”; 7.1.1. Delito cumulativo: tutela penal funcionalmente limitada a bens jurídicos coletivos dotados de referente axiológico-constitucional; 7.1.2. O problema da

acumulação e a necessidade de proteção subsidiária do mundo vindouro contra os grandes riscos; 7.1.3. Delito cumulativo e dependência da dogmática da acumulação de uma cláusula de acessoriedade administrativa; 7.1.4. Delito cumulativo como delito estruturalmente de perigo abstrato; 7.2. SILVA DIAS: delito cumulativo como delito de risco; 7.2.1. Fundamentos de teoria da sociedade como chave explicativa da contemporânea relevância axiológica do contributo cumulativo; 7.2.2. Contributo cumulativo: vulneração de uma obrigação social de solidariedade; 7.2.3. Refutação do delito cumulativo à luz das estruturas do “mundo da vida”; 8. Considerações do Capítulo.

*Os mortais devem ter pensamentos mortais e não
pensamentos imortais*

Épicarmo

1. Considerações prodrômicas

Inicialmente cabe articular que a afirmação de que existem bens jurídicos coletivos pressupõe uma compreensão dualista de bem jurídico ⁽¹⁰⁹⁷⁾; exprime, portanto, que a ordem penal alberga e protege não somente bens jurídicos de corte individual, como também precata interesses macrossociais não recondutíveis a um sujeito concreto, porque referíveis tão-somente ao público ou a coletividades indeterminadas.

Antes de prosseguirmos ainda é preciso explicitar que a pesquisa a ser aqui desenvolvida acerca dos bens jurídicos de dimensão coletiva fica a dever-se, nomeadamente, à forte imbricação com o problema da acumulatividade em direito penal. Correlativamente convém exprimir que bens jurídicos personalísticos ou monosubjetivos, em sua generalidade, não são – pela própria natureza das coisas – alvos preferenciais de micro-ofensas de feição ou

⁽¹⁰⁹⁷⁾ V. o ponto 5, do Cap. III, *supra*.

contorno cumulativo, pois os danos aditivos parecem revelar uma natural propensão para serem aliciados ou atraídos pela intensa força gravitacional exercida por objetos de envergadura bem mais vasta e complexa. De modo que a análise do problema da acumulação em direito penal não pode dissociar-se, consoante haverá de demonstrar-se mais adiante, de um estudo, reconhecidamente setorial, da intrínseca estrutura dos bens jurídicos coletivos.

Dito isso faz-se mister, já no próximo passo, extremar ⁽¹⁰⁹⁸⁾ as diferenças mais notáveis entre os tradicionais bens jurídicos individuais e os novos bens jurídicos coletivos e, quanto a estes, estabelecer as características gerais mais insinuantes que a doutrina tem vindo a apontar.

2. Características mais salientes dos bens jurídicos coletivos

Deve logo assentar-se que os bens jurídicos coletivos, diversamente dos bens jurídicos individuais, não reportam a interesses suscetíveis de serem titulados com exclusividade por uma pessoa individual com possibilidade de controle ou domínio sobre eles. Numa aproximação panorâmica inicial é curial deixar logo cravado que em meio às características mais notáveis dos bens jurídicos coletivos – que os demarcam e distinguem de modo bem saliente dos bens jurídicos dotados de referente individual – destaca-se, pode exprimir-se sem receio de incorrer em contradições, a nota da “não-distributividade”, qualidade distintiva esta, de sinal negativo, a permitir solidificar a ideia de que um bem jurídico será coletivo quando não puder ser destinado (ou colocado a serviço) com exclusividade, no todo ou em parte, a um concreto indivíduo ⁽¹⁰⁹⁹⁾.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ Sempre lembrando que uma absoluta e impermeável dicotomia importaria, no limite, em negar a existência do próprio indivíduo, ou, o que também não é uma atitude que mereça louvor ou encômio, negar peremptoriamente que o sistema deve servir, *maxime* em um Estado democrático e social de Direito, prioritariamente, ao bem-estar de todos e de cada sujeito singular.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ No sentido de que um “bem é um bem colectivo de uma classe de indivíduos se conceptual, fáctica, ou juridicamente, é impossível dividi-lo em partes e atribuir estas aos indivíduos. Se assim for, o bem tem um carácter não distributivo. Os bens colectivos são bens não distributivos”, ALEXY, Robert, *Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt:

Logo, tais bens, diga-se em acrescentamento, não são passíveis de assunção, fruição ou mesmo destruição, de modo exclusivo, por um sujeito individual, um determinado grupo de pessoas ou por um específico setor da sociedade, a significar – formulado agora noutros termos – que são bens fruíveis ⁽¹¹⁰⁰⁾ pelo conjunto da sociedade, isto é, por cada um dos membros da comunidade indistintamente ⁽¹¹⁰¹⁾ e sem exclusão de ninguém (princípio da não exclusão) ⁽¹¹⁰²⁾.

Nessa mesma linha de argumentação também é possível subscrever-se esquemática classificação elaborada por HEFENDEHL, que num esforço para estabelecer uma definição de bem jurídico coletivo elenca algumas dessas já mencionadas características que, e está fora de causa, prestam-se, designadamente, a demarcá-lo dos tradicionais bens jurídicos individuais. É conferir ⁽¹¹⁰³⁾:

- a) “não-exclusão” (Nicht-Ausschliessbarkeit) – quanto à potencial utilização do bem por qualquer membro da coletividade ⁽¹¹⁰⁴⁾;

Suhrkamp, 1995, p. 239 e s, citado por DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.*[n.31], p. 306, na nota 7.

⁽¹¹⁰⁰⁾ Vendo na possibilidade de fruição ou de gozo indistinto uma das mais elementares características do bem jurídico coletivo ou universal, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit* [n. 17], p. 150.

⁽¹¹⁰¹⁾ Daí afirmar HEFENDEHL, em forma de exemplo, que da “segurança do comércio monetário, assim como da segurança do interior do Estado se beneficia cada cidadão em igual medida”. V. HEFENDEHL Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n. 674], p. 150.

⁽¹¹⁰²⁾ Princípio segundo o qual os “bens colectivos são aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit* [n. 17], p. 150.

⁽¹¹⁰³⁾ No que segue, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p.111 ss; o mesmo em: “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *cit.* [n. 672], p. 126 e s.; e em “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n. 674], p. 150 ss.

⁽¹¹⁰⁴⁾ Assim os bens jurídicos de titularidade coletiva também se caracterizam pelo facto de o seu uso ou desfrute por um determinado indivíduo não prejudicar ou impedir o seu uso ou desfrute por outro membro da comunidade. E, demais disso “(...) Como o bem jurídico coletivo caracteriza-se em razão de poder ser desfrutado por cada um dos membros da sociedade, é impraticável relacioná-lo a um único setor da vida social”. Mas, é bom registrar, tal não se

b) “não-rivalidade” (Nicht-Rivalität): relativamente ao consumo do bem;

c) “não-distributividade” (Nicht-Distributivität): no que toca à impossibilidade conceitual, real e jurídica de fracionamento do bem em partes e sua atribuição aos indivíduos de forma parcelar.

Um outro importante aspecto que faz-se lícito trazer à colação, e que aparentemente se relaciona à própria estrutura dos bens jurídicos coletivos, reside no maior destaque, no plano típico, para o desvalor do ato (substancialmente maximalizado) quando confrontado com o desvalor do resultado (deveras subalternizado), algo que, segundo estamos em crer, é tributário, em certa medida, ao que alguma doutrina denomina de “capacidade de resistência” – uma especial característica dos bens jurídicos coletivos. A referida singularidade, também parece ficar a dever-se, e dentro do que aqui se nos ocupa também vem a propósito distinguir, à circunstância de os bens jurídicos coletivos (de modo dessemelhante dos individuais) não possuírem – *maxime* se os perspectivarmos em termos globais ou universais – um núcleo personalizável passível de experimentar imediata afetação.

De modo que os bens jurídicos coletivos (sempre que observados como um objeto inteiriço e indecomponível), em aberta dessintonia com os individuais, apresentam uma mais vincada tenacidade, quiçá já uma *relativa intangibilidade*, peculiaridade esta que repercutirá, consoante teremos oportunidade de ver, no marco da técnica de tutela penal a outorgar.

Atente-se, então, que característica prontamente assinalável desses bens jurídicos é que eles normalmente não se mostram capazes de experimentar comoção, turbação, perturbação ou muito menos ainda uma crise, mormente se atingidos por comportamentos insulados e desvestidos de potencial iterativo ou multiplicativo – condutas que não apresentam, pois, sequer competência típica para precipitar uma violação do bem jurídico

passa com todos os bens jurídicos coletivos. É que os bens voltados tanto à organização como à proteção da existência do Estado não são passíveis de fruição em sentido estrito pelos indivíduos. Nesse sentido, HEFENDEHL, Roland: “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n. 674], p. 150.

coletivo⁽¹¹⁰⁵⁾. Dito de outro modo, tem-se vindo a entender que ações individuais isoladas e despidas de propriedades associativas ou acumulativas não os afeta nem profana. Na realidade, também se tem defendido que o efeito de tais ações sobre o bem jurídico coletivo não seria sequer passível de comensurabilidade ⁽¹¹⁰⁶⁾.

Destarte, singularmente consideradas, e já por não apresentarem características acumulativas, tais ações não se revelam nem mesmo abstratamente perigosas para um bem jurídico de dimensão coletiva. Em face delas desfruta o bem jurídico coletivo de uma ontológica imunidade, mostrando-se, pois, insusceptível de registrar qualquer temor ou tremor se desafiado por condutas singulares erráticas e desfechadas – segundo a via que preconizo nesta tese, consoante referir-se-á mais adiante em detalhe – externamente a um território de erosiva acumulação.

Ainda faz-se oportuno fincar que, para um setor da doutrina, os ilícitos típicos destinados à tutela de bens jurídicos individuais ficariam “sobrecarregados quando tivessem, adicionalmente, que assumir funções abrangentes como, e.g., a tutela penal do ambiente”. Ademais, tal segmento doutrinário tem sustentado que os bens jurídicos coletivos também gozam de uma posição privilegiada no confronto com os bens jurídicos de referente individual, como vida e saúde, uma vez que nos primeiros o resultado típico, em certas situações, vem já antecipado (“vorverlagert”) ⁽¹¹⁰⁷⁾. Com efeito, praticamente não existe dissenso doutrinário quanto a sustentar-se que os bens jurídicos coletivos prestam-se a uma pragmática político-criminal

⁽¹¹⁰⁵⁾ Nesse norte, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 163; JÖRG, Martin, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, *ob. cit.* [n. 909], p. 56; SAAL, Martin, *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*, *ob. cit.* [n. 972], p. 96; e WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 305.

⁽¹¹⁰⁶⁾ Também anota esse derradeiro aspecto, ANASTASOPOULOS, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 3.

⁽¹¹⁰⁷⁾ Nesse sentido, René BLOY (“Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 581), quem também reconhece nesse âmbito da criminalidade, *i.e.*, no plano da proteção ambiental, “dificuldades insuperáveis” na determinação do nexa causal, vendo, já em virtude desse aspecto, um virtual fracasso em querer tutelar tais bens como se fossem bens jurídicos individuais.

fortemente orientada à antecipação da tutela penal ⁽¹¹⁰⁸⁾ – já por isso, diz-se, conviveriam bem com a técnica do perigo abstrato.

A par disso não vai demasia alguma assinalar que, pese embora sempre tenha gravitado um certo número de bens jurídicos de coloração coletiva em torno do núcleo mais duro do direito penal de justiça ⁽¹¹⁰⁹⁾ é somente a partir da identificação de novas fontes de perigo – rigorosamente tributável ao progressivo e vertiginoso avanço do conhecimento científico ⁽¹¹¹⁰⁾ –, que a construção de tais superestruturas assumirá, agora nas franjas do direito penal do risco, uma transcendental relevância, tanto mais que uma tutela jurídico-penal assentada quase que exclusivamente na lesão aos tradicionais (“clássicos”) bens jurídicos já não se apresenta como idônea a estancar (ou quando muito só o cumpriria serodidamente) as retroaludidas novas fontes de perigos, não raro recobertas, como já se aludiu, por um opaco véu ⁽¹¹¹¹⁾, cuja propriedade emergente reside em dificultar a identificação dos cursos causais em trânsito.

⁽¹¹⁰⁸⁾ Parece haver uma tendência de incremento da antecipação penal para situações de alta complexidade. Tal também se deve ao superlativo aumento da liberdade (de ação) relacionada principalmente com as novas fronteiras da ciência. Fundamental nesta direção, falando em um incremento das “possibilidades de intervenção”, LÜBBE, Weyma, “Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechungsexpansion”, *cit.* [n. 716], p. 224.

⁽¹¹⁰⁹⁾ Não se deve olvidar que coube a ESER pôr em evidência que BIRNBAUM foi dos primeiros a trabalhar com uma diversidade dual de lesões: a bens jurídicos pessoais e coletivos. V. ESER, Albin, *Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de La Víctima*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 20.

⁽¹¹¹⁰⁾ E estamos aqui, é meridiano, diante de mais uma paradoxia tipicamente tardomoderna.

⁽¹¹¹¹⁾ Mas tal intransparência, segundo é a nossa compreensão desse complexo problema, se eventualmente pode ultrapassar os limites das regras da experiência, não pode simplesmente transcender as fronteiras do próprio conhecimento científico. Deveras, quando as consequências do comportamento se mostram totalmente desconhecidas, ou seja, quando no que toca à sua natureza e ocorrência não podem nem mesmo ser presumidas, também não estará facultado, em casos tais, pretender imputar-lhes responsabilidade penal. Nesse contexto LÜBBE, à guisa de exemplo de uma consequência totalmente imprevista – designadamente para o seu idealizador –, refere aos efeitos fortemente negativos da utilização de *sprays* para o buraco na camada de ozônio. V. LÜBBE, Weyma, “Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechungsexpansion”, *cit.* [n. 716], p. 231.

Realmente, já em contraste com os percursos causais danosos relativamente fáceis de perscrutar – com os quais o direito penal tradicional vê-se predominantemente confrontado –, os processos que ativam os danos com que depara o direito penal ambiental muita vez não se manifestam mercê clara e direta relação de causa e efeito. É com esteio nessa panoramização das coisas que um setor doutrinal tem assinalado que se de facto se quiser que bens jurídicos coletivos sejam protegidos de danos de carácter catastrófico, os contributos cumulativos individuais têm de ser evitados antes que estes se possam “condensar em uma ‘megalesão’” ⁽¹¹¹²⁾.

E, uma vez que venhamos a focalizar o mosaico desses plurifragmentados contributos sob a luneta de uma prognose realística, ou seja, não como uma mera hipótese, mas sim – consoante já o referimos – segundo uma realística hipótese de acumulativa reiteração, quiçá possam eles, pesem singularmente inexpressivos, assumir uma dimensão (futura) inusitada: uma capacidade ou potência para produzir uma lesão de monta ao bem jurídico coletivo. Logo, é também em razão de uma sua propensão à replicação que um setor da doutrina tem defendido dever a conduta individual (contributiva) ser antecipadamente dominada, ou seja, antes que ela possa, por adição ou somação, desencadear uma megadano em um bem jurídico de perfil coletivo.

3. Bens jurídicos coletivos como estruturas autônomas

Por tudo o que já ficou dito em texto pode começar a afirmar-se que os bens jurídicos coletivos apresentam-se relativamente autonomizados dos bens jurídicos dotados de referente individual. Deveras, estabelecidas aquelas características mais marcantes que, efetivamente, nos permitem contemplar uma massa compacta de fundamentos para extremarmos os bens jurídicos individuais dos bens jurídicos coletivos, isso para não mencionarmos que estes últimos possuem contornos bem menos precisos do que aqueles – o que, evidentemente, não significa de modo algum decretar que sejam difusos –, cumpre-nos, neste segmento, sondarmos se se pode objetivamente falar numa autêntica autônoma legitimação dos bens jurídicos de alcance universalizado, ditos coletivos, isto é, se é factível capturar-lhes uma carga axiológica própria.

⁽¹¹¹²⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 308.

Impende, primeiramente, manifestar que assumimos, e deve-se dizê-lo desde logo, que uma concepção dualista exacerbadamente rígida não se apresenta dogmaticamente promissora, porquanto deixa escapar incontáveis distritos da realidade (¹¹¹³). A rigor, o que se pretende comunicar é que o reconhecermos autonomia aos bens jurídicos de dimensão coletiva não outorga-lhes, *ipso facto*, uma hermética estanquicidade (¹¹¹⁴).

Com efeito, partimos de uma compreensão que ao encontrar ressonância nos problemas jurídicos práticos (logo, ela não deixa de ter amparo na realidade jurídica prático-positiva) – em tudo e por tudo vê reforçada a existência de determinados bens jurídicos de color nitidamente supraindividual (¹¹¹⁵). D'outro lado, essa concepção das coisas, apesar de admitir que não se deixam tais bens reconduzir a interesses meramente individuais, não desvalora ou desperspectiva inteiramente esses interesses(¹¹¹⁶). Destarte, consente que eles assumem uma fisionomia um tanto móbil ou plástica e que nos permite ousar falar de um peculiar entrelaçamento (cujas nuances não procede nesta sede entrar em detalhes) entre aquelas esferas de bens, podendo, então, afirmar-se com BLOY, que do ponto de vista de uma correta compreensão do bem jurídico supraindividual a proteção do sujeito não é abandonada: “É que a tutela dos bens jurídicos da coletividade é um pré-requisito que reverterá em proveito do desenvolvimento de sua individualidade. Na esfera do direito penal ambiental isso tem lugar mediante a salvaguarda dos fundamentos naturais da vida, que apresenta uma importância de fundo existencial para cada indivíduo. De modo que os

(¹¹¹³) Assim como se passa com a teoria monista do bem jurídico.

(¹¹¹⁴) Para clarificar essa via de análise convém dizer que ela beneficia de uma reflexão que não se furta em observar a estrutura reticular do pensamento sistêmico.

(¹¹¹⁵) Lembrando que a depender da “prioridade com que determinados bens servem ou ao desenvolvimento da personalidade individual, ou indiscriminadamente a todos os membros da comunidade jurídica, eles serão descritos ou como bens jurídicos individuais ou como bens supraindividuais”, OTTO, Hans, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts“, *cit.* [n. 466], p. 345.

(¹¹¹⁶) FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 150) observa, com perspicuidade, ser possível flagrar-se um interesse individual na salvaguarda e proteção de um bem jurídico coletivo – plenamente justificado – precisamente na chamada possibilidade de gozo.

interesses individuais e coletivos encontram-se intrínseca e inseparavelmente entrelaçados” (1117).

Portanto, segundo cremos – e com isso demarcamo-nos (mas sem assumirmos a defesa de uma impermeável dicotomia) de um modo ainda mais vincado de uma concepção exasperadamente monista (1118/1119) de bem jurídico – os bens jurídicos coletivos, nomeadamente aqueles relacionados à tutela do ambiente, ainda que não possuam referente individual, não deixam de acautelar interesses individuais (1120), mas destes não se tornam vassalos.

No entanto, cumpre giziar que existem bens jurídicos coletivos cuja tutela penal parece encontrar fundamento na proteção diferenciada e reflexa que o legislador propõe-se a outorgar a determinados bens jurídicos individuais, de regra insuscetíveis de serem diretamente afetados pela conduta típica. Para clarificar o discurso faça-se o chamamento do bem jurídico “segurança no tráfego rodado”, que comparece como um emblemático exemplo dessa realidade normativa (1121).

Aqui, é bem de ver, pode falar-se em uma certa funcionalização do bem jurídico coletivo (bem jurídico coletivo “permisto” ou entrecortado) em prol dos

(1117) BLOY, René, “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, *ZstW*, n.100 (1988), Heft 3, p. 485 ss, p. 498.

(1118) Que uma de duas: ou bane do universo jurídico os bens jurídicos de titularidade coletiva ou universais, ou os subordina e instrumentaliza integralmente aos interesses individuais que estiverem em jogo.

(1119) Aliás, para HASSEMER (“*Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*”, *cit.* [n. 447], p.91 e s.) um conceito pessoal de bem jurídico não renega a possibilidade de bens jurídicos da comunidade ou do Estado, todavia entende este autor que tais bens devem comparecer “funcionalizados em razão da pessoa”.

(1120) Em sentido reverso, pode afirmar-se, com SCHMIDHÄUSER, que os “bens da vida individuais também são, indiretamente, bens da vida da sociedade, isso na medida em que uma próspera vida social depende sempre de que cada indivíduo, ou em todo caso que a grande maioria das pessoas, viva em condições suportáveis”. V. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht – AT*, 2ª. ed., Tübingen: J.C.B. MOHR, 1975, p. 37.

(1121) Vendo na condução sob o efeito de substância alcoólica ou de drogas tóxicas a existência de um “delito de perigo concreto para o bem jurídico individual e de lesão para o bem jurídico coletivo”, uma vez que a segurança no tráfico em tais hipóteses vê-se lesionada e não simplesmente posta em perigo, CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*, Granada: Comares, 2001, p. 92.

interesses de proteção de bens jurídicos individuais de primeira grandeza, como saúde, incolumidade física, vida e patrimônio. Sem embargo, é precisamente no elemento ou referente coletivo que recai a tônica, ou seja, nele reside o *quid* que confere ao bem jurídico o seu substrato de identidade, a representar um “igual compromisso na tutela de interesses supraindividuais, como instância de tipo solidarista, que adquiriu a mesma dignidade que possuía a tutela da liberdade do indivíduo em uma estrutura sócio-cultural de pura derivação liberal” (1122).

De outra parte, com os novos riscos surgem os bens jurídicos coletivos ditos “modernos”, ou de “nova geração”, tais como a ordem econômica e o meio ambiente – bens jurídicos “coletivos puros ou impermistos” –, que apresentam um grau mais elevado de autonomia (1123) em relação aos bens jurídicos individuais tradicionais, afastando-se ainda um pouco mais de um tradicional “direito penal de lesão”, vez que neles, de regra, já não se pode estabelecer nem capturar um qualquer substrato personificável (1124).

Os referidos bens, em que pese não possuírem nódulos personalizáveis ou individualizáveis *in concreto*, desnudam-se quer de um ponto de vista

(1122) MOCCIA, Sergio, *El Derecho Penal entre Ser y Valor – Función de la pena y sistemática teleológica*, Montevideo; Buenos Aires: editorial IbdeF, 2003, p. 17.

(1123) Também constata essa transformação, sustentando que a razão para tal só se pode encontrar no “elevado valor que esses interesses devem possuir para a sociedade atual”, CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos Obstáculo*, *ob. cit.* [n. 1121], p. 81 e s.

(1124) É por não assentarem sobre um substrato personificável, logo por não possuírem referente individual – encontrando-se, destarte, inteiramente fora do esquema dos bens jurídicos tradicionais – que CUESTA PASTOR (*Delitos Obstáculo*, *ob. cit.* [n. 1121], p. 90 e s), denominará de “difusa” esta modalidade ou tipologia de bem jurídico. Consoante deixámos indiciado, estimamos tratar-se, sem embargo, de uma enganadora classificação. Não concita aprovação nem é prometedora uma classificação que enseja, ao assumir uma nomenclatura que admite margens indecisas e condescende com a existência de fronteiras imprecisas, uma rendição sem combate à crítica que enxerga “afinidades eletivas” ou um lúrido entrelaçamento entre o suposto caráter difuso do bem jurídico coletivo e o progressivo aniquilamento dessa categoria dogmática. Ora, nem sempre ali onde não transparece o indivíduo, é dizer onde pervive a indeterminação dos sujeitos, é lícito falar-se em caráter difuso do bem jurídico. É que em um bem jurídico coletivo, mormente impermisto, a relação que se estabelece com as pessoas individuais é mesmo difusa, mas isto, por si só, com rigor, não define a natureza do bem jurídico coletivo como sendo difusa.

criminológico, quer axiológico, como bens fortemente penetrados de valor social posto servirem, não raro, de suporte vital transindividual (¹¹²⁵). Costurado com um exemplo capturado na criminalidade que move-se nas caladas da ordem econômica: o crime de sonegação fiscal (¹¹²⁶) encontra-se vincado pela nota da universalidade, porquanto não atinge diretamente uma vítima personalizável. Aqui, cumpre frisar, não há qualquer funcionalização do bem jurídico coletivo em razão de interesses individuais sindicáveis. Mas com isso se não pode, à *outrance*, inferir que as consequências da ação delituosa não se projetem, reflexamente e de modo difuso, sobre vítimas de “carne e osso”.

Donde, se bem vemos as coisas, ao abalar – quando perpetrado cumulativamente por um grande número de pessoas – a capacidade de investimento do Estado em áreas vitais (saúde, segurança pública, educação etc), a conduta desviante acima emoldurada repercute transindividualmente sobre todo o tecido social, que não deve, pelo menos não para fins penais, ser perspectivado como um entidade abstrata, etérea ou metafísica, mas como um ente real.

Dessa compreensão do problema não se distancia FIGUEIREDO DIAS, quando postula a autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos de dimensão individual, e com total propriedade pondera que a referida autonomia “não é afectada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos colectivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos interesses individuais, por muito simples que eles se afigurem, como o mero prazer de contemplar o voo de uma ave marinha. A relevância dos bens jurídicos colectivos – generosos, em nada egoístas – provirá precisamente da potencial

(¹¹²⁵) De outro lado, a ausência de relação direta com o referente individual não torna o bem jurídico coletivo puro inconstitucional. Importante é que haja sempre uma tutela reflexa, indireta, ainda que tênue de interesses individuais. Fundamental então é que seja demonstrável a relevância conflitivo-social do bem jurídico coletivo posto sub tutela penal. No que tange ao meio ambiente tal relevância, tanto na Lei Fundamental portuguesa, como brasileira e também na alemã encontra-se plasmada de modo expresso e explícito, e assenta, inquestionavelmente, nas necessidades da coletividade, daí arrancando o seu critério material de legitimação.

(¹¹²⁶) Crime contra a ordem tributária – na nomenclatura da Lei Federal Brasileira n.º 8.137, de 27.12.90.

multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto” (1127).

Também estamos em que os bens jurídicos coletivos, diversamente do que defendem alguns seguidores da doutrina do direito penal mínimo (sobretudo em Itália) e do direito penal nuclear (mormente em Alemanha), simplesmente não violam a ideia de *ultima ratio* (1128). Concedemos, no entanto, que a crítica ressoa legítima quando escarmenta o abusivo recurso à tutela desses bens; ou quando recrimina uma construção típica estruturada a partir de conceitos vagos e indeterminados, ou ainda quando censura a elaboração de bens *jurídicos coletivos aparentes* – tal como ocorre com o bem jurídico “saúde pública” nos crimes relacionados ao tráfico e ao consumo (1129) de substâncias entorpecentes (1130) – excessos estes que, em alguns casos, ficam a dever-se ao fenómeno que alguma doutrina veio a denominar de bem intencionado, porém nocivo (antiliberal), paternalismo jurídico (1131).

Não obstante, estamos que se não deve assumir uma atitude voltada a anatematizar por sistema todo e qualquer tipo de ilícito que não se sustente em bens de extração individual, s.c., a estigmatizar como aderente ao fenómeno

(1127) DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 10. Também em, *Direito Penal – Parte geral, ob. cit.*, p. 151.

(1128) Que, como se sabe, requer que não apenas a intervenção do direito penal seja a última, como, para além disso, reclama que a pena privativa de liberdade seja, no catálogo de sanções penais, a derradeira a ser implementada. V. LARRAURI PIJUAN, Elena; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Victimología: Presente y Futuro*, Barcelona: Jura-10 Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993, p. 97.

(1129) Aqui pune-se o químico-dependente (algumas legislações ainda o fazem, porém já não é o caso de Portugal) por não ter ele conseguido libertar-se da drogadicção – o que é um escândalo!

(1130) Também partilha dessa compreensão do problema, ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 17. Contrário ao que denomina de hipostasiações dos bens jurídicos coletivos realizadas de modo arbitrário pelo legislador, sugerindo como “máxima pragmática” que, em caso de dúvida quanto ao tipo penal caberá interpretá-lo como um “crime de perigo abstrato destinado à proteção de um bem jurídico concreto e tangível (...) entendido como bem jurídico individual e não como um delito destinado à proteção de um bem jurídico coletivo institucional”, SCHÜNEMANN, Bern, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, *cit.* [n. 453], p. 25 e s.

(1131) Veja-se, por todos, STÄCHELIN, Gregor, “Lässt sich das ‘Untermassverbot’ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?”, *cit.* [n. 26].

da expansão penal (que, é mister reconhecer, tem lugar, sobretudo, nas extensões normativas orientadas à supraindividualização da tutela) tudo o que não reconhecermos prontamente como direcionado a precatar interesses limpidamente individuais. Deve-se, pois, subscrever um parecer intermediário já para não se ver tentado a divisar uma vulneração daquele altaneiro preceito (*ultima ratio*) toda a vez que aflorar um novo tipo voltado à proteção de um interesse coletivo.

4. Bem jurídico coletivo: o paradigmático exemplo da tutela penal do ambiente

Sem qualquer intencionalidade em invertermos a carga da argumentação que estamos a articular, mas tão-só com o objetivo de transportarmo-nos para uma outra dimensão normativa, na qual encontram-se abrigados bens vitais que somente nesta modernidade prolongada deu-se conta o direito penal da necessidade de os precatar, deve sinalizar-se que em doutrina é já dominante o entendimento que advoga uma posição de autonomia do bem jurídico (coletivo) ecológico ⁽¹¹³²⁾, cuja peculiar tutela penal, todavia, não deve, e já o dissemos *en passant*, radicar numa holística proteção da natureza, mas sim prestar-se à conservação das condições de vida, tanto das presentes, como das futuras gerações ⁽¹¹³³⁾. Além disso, também não vai demasia comunicar que uma autônoma relevância legitimante desse bem

⁽¹¹³²⁾ Para maiores detalhes sobre o bem jurídico meio ambiental, vejam-se as considerações cujo teor divulgamos no ponto 1, do Cap. VIII, *infra*.

⁽¹¹³³⁾ Assinalando essa peculiaridade (que, afinal, como se sabe, não fica enclausurada nas fronteiras do pensamento penal germânico), afirmando que os defensores de um ponto de vista puramente ecológico (ecocentristas profundos dizemos nós) contemplam os bens que integram o ambiente já como bens ideais – e que por essa razão devem ser protegidos em si mesmos, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p.153. Donde, para quem não advoga (e em direito penal ninguém sustenta) uma posição ecocêntrica radical, os bens jurídicos ambientais também se voltam à proteção da vida e da saúde do homem. Para KLEINE-COSACK (*Kausalitätsproblem im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 937], p. 7), ainda que em um grau mais tênue, eles também se prestam à proteção da propriedade.

jurídico também vem reforçada, como se sabe, sob o fundante prisma constitucional (¹¹³⁴).

Do que acima ficou dito resta evidenciado que o ambiente (panoramizado com todos os seus assaz heterogêneos elementos) é um bem jurídico de dimensão coletiva, uma vez que inapropriável e não distribuível (insusceptível de divisão em partes para atribuí-lo a sujeitos concretos); um bem de fruição universal e indistinta da qual ninguém pode ver-se excluído (“Nicht-Ausschliessbarkeit”), não possuindo um núcleo personalizável capaz de suportar direta afetação; enfim, um bem macrossocial, que, de regra, não apresenta susceptibilidade para ser *globalmente lesionado* por comportamentos individuais não acumuláveis.

Logo não é lícito deixar de enfatizar que no atual estágio civilizacional, marcado, ninguém controverte, por um intenso desenvolvimento tecnológico, outrossim caracterizado por diferenciadas potencialidades de lesão, pelo vertiginoso sobrepovoamento do planeta e, ainda, pela sobre-exploração dos recursos naturais urge reconhecer a importância fundamental do bem jurídico de cobertura meio-ambiental, sem com isso proclamarmos a existência de direitos autônomos da natureza.

Se, consoante iremos pormenorizadamente estudar, uma visão ecocêntrica radical propende a deslocar o homem do centro das preocupações ecológicas para em seu lugar colocar a natureza inanimada, por outro prisma também há de observar, que na medida em que uma preocupação com a preservação dos fundamentos básicos da vida – com vistas à tutela dos interesses das gerações atuais e futuras – progressivamente vem a precipitar-se no pensamento ético-jurídico das sociedades tardomodernas, tender-se-á, e cada vez com mais intensidade, a desvalorar tanto a concepção ecocêntrica, porque unilateralista, como, e já em razão do mesmo vício de unilateralidade, também um pensamento antropocentrista de raiz utilitária extremado é rejeitado, *maxime* em função do acúmulo de experiência proporcionado pelo convívio com os novos riscos antrópicos.

(¹¹³⁴) Nunca é demais lembrar que os bens jurídicos de envergadura coletiva (direitos sociais, culturais, mas também ecológicos) arrancam expressa legitimação do arcabouço axiológico hospedado na Lei Fundamental.

Tem então lugar um crescente sentido de responsabilidade do homem quer para consigo próprio, quer para com o mundo em que vive (¹¹³⁵), movimento este que propicia a emersão de regras e normas jurídicas penetradas de uma temperada visão ecológico-antropocêntrica, fortemente influenciada por uma ética biocêntrica (que decerto repercute, sempre repercute, no mundo da juridicidade), na qual já não se contempla o ambiente como um fim em si, nem tampouco se o instrumentaliza à precária condição de simples objeto a serviço do bem-estar do homem.

Evidentemente que com isso advogar – e ainda que essa questão aqui só se possa abordar de forma setorial – não se está a afirmar que o bem jurídico coletivo, mormente o bem jurídico ecológico, não goze de plena autonomia(¹¹³⁶) em relação a bens jurídicos individuais (¹¹³⁷) como vida e saúde. CUESTA AGUADO, ao perspectivar os bens jurídicos coletivos como “superestruturas voltadas à proteção de bens jurídicos de caráter pessoal como vida e saúde das pessoas” (¹¹³⁸) adota, contudo, uma posição um tanto diversa daquela aqui sustentada, assumindo-se partidária de um conceito personalista

(¹¹³⁵) Em termos aproximados, BLOY, René, “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, *cit.* [n. 1117], p. 488 e s.

(¹¹³⁶) Por exemplo o tipo do art. 324, *caput*, do StGB, não exige que a ofensa às águas também ocasione lesões a outros bens jurídicos. Lembrando que o tipo de ilícito aqui é preenchido já por quem profana as águas ou de outra maneira “altera prejudicialmente sua qualidade”, ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p.154. Crítico quanto a esta concepção, afirmando que se trata de proteger estados que (ainda) não existem de todo, e como tal não podem ser considerados um bem jurídico, tal como se passa com a pureza da água, isso independentemente de a contaminação produzir efeitos sobre a saúde humana, KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 231.

(¹¹³⁷) Entendendo que alguns dos tipos delitivos contra o meio ambiente encontram-se ancorados em bens jurídicos intermédios, *i.e.*, bens jurídicos que referem-se a interesses tanto relativos à pessoa, como a interesses pertencentes ao âmbito social, porém, reconhecendo que não há nem univocidade quanto à denominação (por vezes são referidos como bens jurídicos de referente individual), nem clareza conceitual, MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada: Editorial Comares, 1997, *Introdução*, p. X.

(¹¹³⁸) DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidade de los delitos contra el medio ambiente*, *ob. cit.* [n.954], p. 15

de bem jurídico (¹¹³⁹), sustentando, portanto, que o fim último da norma penal é a proteção de interesses individuais. É dizer, não vê hipótese para a tutela penal de um bem jurídico coletivo que não esteja sustentada na proteção de tais interesses, forte por entender que um ataque àquelas superestruturas importa já em uma ofensa ou perigo para bens jurídicos individuais. Esclarece a outro tanto a referida autora, que uma tal compreensão do problema não acarretará qualquer perda de autonomia para o bem jurídico coletivo (o que não é verdadeiro), cuja tutela, segundo entende, só se legitima a partir do ponto de vista personalista, o único que vê como capaz de conferir um substrato material ao bem jurídico (¹¹⁴⁰).

Divergimos frontalmente de um tal ponto de vista. Primeiro porque penetrado de uma obsedada compreensão individualista do problema penal. Com efeito, esquece-se, por vezes, que a autonomia do bem jurídico coletivo, mormente ambiental, preza numa camada axiológica ainda mais densa e consistente do que aquela que legitima os bens jurídicos de semblante individual (¹¹⁴¹), porquanto repousa em interesses de espectro mais amplo, interesses transpersonalistas ou transindividuais, interesses que se viram convocados ao primeiro plano da intervenção penal (no marco de um moderno direito penal do risco) em função das profundas mudanças sociais havidas com o ingresso na modernidade tardia. Distanciamo-nos, pois, daquele abalizado parecer em segundo lugar porque entendemos ser indispensável ultrapassar-

(¹¹³⁹) Já numa atitude dogmática de forte oposição a uma orientação do direito penal para as consequências, criticando as modernas tendências do direito penal e o que chama de “liquefação (Verflüssigung) do conceito de bem jurídico” (que não mais se orientaria à “proteção de interesses humanos concretos”, antes tão-somente à “proteção de instituições sociais”) contrário também à categorização do ambiente como um bem jurídico – designadamente por manter-se fiel à teoria pessoal de bem jurídico (monismo personalista), que, aliás, entende fundante de uma compreensão liberal de Estado –, HASSEMER, Winfried, “*Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*”, *cit.* [n. 441], p. 88 ss.

(¹¹⁴⁰) DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidade de los delitos contra el medio ambiente*, *ob. cit.* [n. 954], p. 18, na nota 20.

(¹¹⁴¹) Ora, se bem vemos as coisas, a seguir-se religiosamente uma concepção monista-personalista, todos os bens jurídicos coletivos destinados à proteção do Estado e de suas funções (bens jurídicos coletivos “tradicionais”) – de regra, irrecondutíveis a um concreto interesse individual – restarão transformados, simplesmente, em poeira das estrelas.

se uma concepção exasperadamente personalista, que só é capaz de identificar um qualquer substrato material quando confronta-se com uma vítima “de carne e osso”. A terceiro, deve observar-se, outrossim, que aquela concepção pode, inadvertidamente, contribuir ou concorrer para volatilizar o bem jurídico ecológico (efeito que, paradoxalmente, combate e critica). É que na proporção em que desvia o foco das entidades ou componentes ambientais (concentrando-se, exclusivamente, na superestrutura) afasta-se de uma tutela real e efetiva das funções ecológicas essenciais ao pacífico convívio social. Com isso o objeto jurídico da norma de direito penal ambiental efetivamente perde substrato e ... liquefaz-se.

Nesta quadra da investigação também é curial ponderar que pensar e ver as coisas como nós pensamos e vemos o problema da tutela penal do ambiente não reduz o valor da esfera individual em nada. Se a liberdade individual como valor inquestionável em um Estado democrático e social de direito pode sofrer limitação ou até supressão de longo termo quando confrontada com valores que se podem remeter a uma esfera menos intensamente vital – tal como se passa com o valor propriedade privada –, com mais força, é intuitivo, poderá ter ela de render-se perante a necessidade de proteção penal de interesses coletivos, humanos, vitais e transgeracionais, também eles fundamentais, senão já essenciais ao desenvolvimento pleno das potencialidades concretas de um número difuso, inumerável e inapreensível de indivíduos, tratando-se, então, com rigor, de uma lídima e generosa tutela transindividual contra a superlativização da ação egocêntrica, mas, atente-se bem, em qualquer hipótese, sem destabuização do próprio princípio da liberdade individual; tutela penal esta que se legitima, a todas as luzes, por mor no carácter social do Estado de Direito. Ou seja: “devemos ter em conta que a evolução que sofreu o Estado liberal convertendo-se em Estado social implica novos deveres para este quanto à proteção dos bens jurídicos” ⁽¹¹⁴²⁾. Envolve mais – envolve, quiçá, uma *nova noção de ofensividade*.

⁽¹¹⁴²⁾ CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos Obstáculo*, ob. cit. [n. 1121], p. 86.

Com isso também afasta-se a crítica de que a proteção penal do ambiente teria um fundo exclusivamente sistêmico (¹¹⁴³), censura que timbra em afirmar, ao arrepio da realidade empírico-normativa, que os bens jurídicos coletivos não apresentam qualquer entrosamento dinâmico com os bens jurídicos individuais, mas, tão-somente, com a superestrutura macrossocial do sistema, e que, já por tal razão, voltar-se-iam menos à existência e muito mais ao funcionamento do próprio sistema.

Ocorre que pugnar-se, por princípio e por método, no sentido de um recuo incondicional do direito penal na zona dos novos grandes perigos ao argumento – às vezes simplório, às vezes oportunista, às vezes ingênuo, às vezes, “rectius”, quase sempre, de modo ideologicamente comprometido – de que se estará sempre e sempre a proteger o sistema em detrimento do indivíduo, resulta, segundo pensamos, em uma contradição visceral, a saber: com o recuo irracional do direito penal ficará autorizado ao “sistema dominante” encetar a mais vasta e profunda exploração humanamente possível tanto da natureza, como de incontáveis homens – vítimas sem rosto.

Para encerramos estes argumentos cabe ainda verberar que as características anotadas da “não-distributividade” e da “não-exclusão” não tornam, em sede penal, difuso o bem jurídico coletivo. Estamos em crer que um bem jurídico cujos contornos normativos (¹¹⁴⁴) (daí que a nossa argumentação

(¹¹⁴³) Logo nada afeiçoada a uma concepção atomizada de sociedade, que, rigorosamente, hoje também já não mais se pode sustentar.

(¹¹⁴⁴) Para um aprofundamento do aspecto normativo da proteção do bem jurídico, consulte-se: KORIATH, Heinz, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, *GA* (1999), p. 561 ss., p. 563. De sua vez JAKOBS entende – a nosso pensar de modo unilateralista –, que não cabe ao direito penal dirigir-se a “objetos físicos”. Ao direito penal caberá, pois, segundo este autor, tão-só, “garantir a expectativa de que não se produzam ataques a bens, mas de nenhuma maneira a sua intangibilidade”. V. JAKOBS, Günther, “O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?”, *cit.* [n. 410], p. 40). Ou ainda, seguindo nos passos de JAKOBS, o ultrafuncionalista LESCH, para quem somente por meio da “comunicação entre pessoas é que os bens jurídicos se representam em outras esferas de interesses e com isso forçosamente se expõem a diversos perigos ou ao abandono”. V. LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns, 1999, p.187. (Para um aturado estudo acerca da revisão funcional do conceito de crime proposta por LESCH, veja-se SILVA DIAS, Augusto, “O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch”, *cit.*, p. 323 ss.). Anote-se ainda que Haro OTTO (*Grundkurs Strafrecht, ob. cit.*

crítica não se funda numa concepção puramente fática ou naturalística, mas sim empírico-normativa) não se encontram nitidamente definidos, não pode sequer ser objeto de tutela penal. É que se em direito penal os contornos do bem jurídico não se definem, como se sabe, com o máximo de precisão, torna-se no mínimo enganador, e quiçá instituidor de aporias, o falar-se, acriteriosamente, em bem jurídico difuso.

Para nós, com rigor, somente inautênticos bens jurídicos coletivos (meramente aparentes [¹¹⁴⁵]), cuja expunção do ordenamento jurídico-penal cumpre promover, podem receber uma tal liquidescente e quase gasosa nomenclatura. É que as vítimas de um ataque a um bem jurídico coletivo podem apresentar um caráter disseminado ou difuso, todavia isso não torna difuso o bem jurídico coletivo. De outra parte, um bem jurídico real, mesmo que nem sempre seja possível estabelecer uma coincidência plena com o seu substrato material, também não se transmuda, só por isso, em um bem jurídico difuso.

Prosseguindo nesta panoramização dos bens jurídicos coletivos (e ainda na trilha de um horizonte classificatório), e para uma mais aturada compreensão das tendências antecipativas da tutela que conotam o direito penal moderno – agora pela via do delito cumulativo – necessário se fará, já no próximo ponto, abordarmos o importante contributo de HEFENDEHL para a sistematização de tais bens jurídicos.

[n.75], p. 6) defende que “(...) O bem jurídico como construção intelectual não é, já por isso, materialmente lesado. Ofensa é, pelo contrário, a lesão do bem jurídico pela violação da confiança, elemento essencial para que, dentro de determinadas relações protegidas no âmbito de uma sociedade configurada por normas, as pessoas possam desenvolver-se”. Bem é de ver que numa tal aceção a tutela da confiança emerge já como um objeto de proteção do bem jurídico.

(¹¹⁴⁵) HEFENDEHL chama a atenção para uma constante “relação de tensão” (“Spannungsverhältnis”) entre a tutela de bens jurídicos individuais e coletivos, que mais se agrava em função da existência de bens jurídicos coletivos aparentes, que “cumpre desmascarar e erradicar do ordenamento jurídico já para que se possa sustentar uma legitimidade mais cristalina aos bens jurídicos coletivos reais”. (“Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutbefürworters”, *cit.* [n. 673], p. 287).

5. Sistematização dos bens jurídicos coletivos como motor para uma reperspectivação dogmática da categoria do perigo abstrato à luz da ideia de acumulação (HEFENDEHL)

Primeiramente impende articular que, sem recusar o caráter excepcional dos tipos de ilícito que eventualmente não se sustentam em um qualquer bem jurídico, o autor em epígrafe outorga ao bem jurídico o caráter de “eixo material da norma penal”, e – designadamente ao influxo de utilizar até à extensão máxima as possibilidades desta categoria dogmática – propõe-se a investigar mais amplamente a estrutura delitiva dos tipos de ilícito ⁽¹¹⁴⁶⁾ que salvaguardam os bens jurídicos coletivos (que, segundo estima, “não têm sido objeto de uma discussão mais intensiva pela doutrina”), forte tendo em mira que para um melhor entendimento da algo reduzida capacidade de a ação típica produzir efeitos diretos nessa modalidade de bens caberia proceder a uma aturada “reperspectivação de sua estrutura”, cujas espessura, profundidade e propriedade de resistência, defende o referido autor, deveriam remeter a um plano situado algo “além da referência mais imediata ao perigo abstrato”, precisamente – e no que aqui poderíamos chamar de uma visão mais “geométrica” da normatividade – até ao “ponto de fuga” da acumulatividade em direito penal ⁽¹¹⁴⁷⁾.

Presentes ⁽¹¹⁴⁸⁾ tanto no direito penal nuclear como no direito penal secundário os bens jurídicos coletivos ostentam como um de seus traços característicos um caráter de “tutela generalizadora”, dado este que, todavia, não se apresenta como um critério quer suficiente, quer determinante para uma adequada estruturação e sistematização dessa categoria. Nesse ritmo, deve dizer-se que HEFENDEHL irá sugerir um critério (de sistematização) relacionado com a distinção Estado/Sociedade, em ordem a propiciar uma

⁽¹¹⁴⁶⁾ Cuja análise tópica, deveras extensiva, evidentemente encontra-se fora no âmbito da nossa pesquisa.

⁽¹¹⁴⁷⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 147 ss.; v. também “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, cit. [n. 672], p. 120.

⁽¹¹⁴⁸⁾ No que segue, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 111 ss.; consultar, também, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, cit.[n. 672], p. 121 ss.

bifurcação dos bens jurídicos coletivos em dois grupos bem distintos. No primeiro grupo encontram-se reunidos os bens jurídicos coletivos de estrutura pessoal, *i.e.*, aqueles que geram “esferas de liberdade para os indivíduos” – e que já por isto estariam a exigir uma “menor carga de fundamentação legitimadora” –; bens jurídicos que com a sua “constante presença” margeiam (de modo semelhante aos bens jurídicos individuais) as “esferas de desenvolvimento dos membros da sociedade”, a exemplo do bem jurídico “administração da justiça”; já no segundo grupo, conglomeram-se bens jurídicos destinados a proteger (em diferenciados níveis hierárquicos) um conjunto de fatores (estaduais) tidos por estruturantes (voltados tanto à organização como à proteção da existência do Estado).

Importante destacar que para o autor *sub analyse* os bens jurídicos coletivos só podem servir à coletividade na medida em que apresentem alguma resistência, *maxime* em face a condutas singulares isoladas, isto é, condutas não reproduzidas em grande número. Contudo, uma tal “capacidade de resistência” não deve ser entendida como uma omnicomprensiva blindagem do bem jurídico (coletivo), e sim como uma sua peculiar capacidade de suportar – sem prejuízo ou dano, até uma certa extensão ⁽¹¹⁴⁹⁾ – ataques isolados ⁽¹¹⁵⁰⁾. Dito de outro modo, característica importante dos bens jurídicos coletivos é a sua “natural imunidade” perante uma conduta penal típica e punível isolada. A outro tanto, essa relativa intangibilidade, é bem de observar, auxilia na compreensão da ideia de acumulação ⁽¹¹⁵¹⁾ – precisamente no âmbito dos bens jurídicos de recorte coletivo.

⁽¹¹⁴⁹⁾ De modo que se não pode, à *outrance*, supor que se tratariam de bens indestrutíveis. Daí que o autor *sub studio* não deixa de ressaltar que o bem jurídico coletivo é vulnerável quando submetido a um “consumo contrário ao ordenamento” (*ordnungswidrig Konsum*). V. HEFENDEHL, Roland, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *cit.* [n. 672], p. 126.

⁽¹¹⁵⁰⁾ Comparar com HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p.151.

⁽¹¹⁵¹⁾ Assinalando que no caso do delicto cumulativo já não se cuida de verificar a possibilidade de a conduta afetar um “bem jurídico tradicional”, MAZUELLOS COELLO, Julio F. “Revisión Crítica de la Teoría del Bien Jurídico como segmento del Acomplamiento Estructural entre la Política Criminal y el Derecho Penal Funcional”, *in*: Libro Homenaje a Raul Pena Cabrera, Lima-Peru: Ara editores, 2006, p. 797 ss., p. 804.

Retirando todas as consequências daquela estruturação diferenciadora, bem como das particulares características dos bens jurídicos coletivos acima já esboçadas, por mor sua peculiar “capacidade de resistência” (“Wehrhaftigkeit”), HEFENDEHL argumentará no sentido de uma inadequação da estrutura delitiva do perigo abstrato para uma tutela ótima dos bens jurídicos coletivos, vez que e ao seu modo de perspectivar o problema, estaria a ser manejada pela doutrina majoritária como uma construção dogmática demasiado elástica, “rectius”, como um “reservatório” ⁽¹¹⁵²⁾ para solucionar todos as situações dilemáticas possíveis ⁽¹¹⁵³⁾. Com efeito, e não se pode mesmo deixar de observar, que parcela significativa, senão já a maioria dos tipos de ilícito que só mais recentemente foram introduzidos na legislação penal, recorre – com vistas à tutela de bens jurídicos coletivos (de regra relacionados a determinados setores do direito penal moderno, tais como delitos sócio-econômicos, crimes contra o ambiente etc) – à técnica do perigo abstrato ⁽¹¹⁵⁴⁾.

De facto, o referido autor sustenta a necessidade de elaboração de um “tipo delitivo próprio para cada modalidade de bem jurídico coletivo” ⁽¹¹⁵⁵⁾, isto na defesa do ponto de vista de que não há uma “estrutura-paradigma de delito que se possa adequar a todos os bens jurídicos coletivos” ⁽¹¹⁵⁶⁾, vindo, destarte, a reforçar um pouco mais a prefalada inadequação do perigo abstrato

⁽¹¹⁵²⁾ HEFENDEHL, Roland, “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur“, *cit.* [n.646], p. 28; também em *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p. 383;

⁽¹¹⁵³⁾ também realça esse aspecto, SUSANA SOUSA (*Os Crimes Fiscais, ob. cit.* [n. 113], p.230) ao assinalar que HEFENDEHL revela “algumas reservas quanto à inserção dos danos cumulativos na estrutura típica dos crimes de perigo abstrato”, pois teme com isso que se faça desta categoria “uma espécie de vala comum”.

⁽¹¹⁵⁴⁾ Assim, GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel, *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 37. Esta autora, noutro texto, também considera que o perigo abstrato representa, na prática, “o instrumento principal através do qual se realiza uma tutela antecipada”, v. “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, in: *El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Fermín Morales Prats e Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001, p. 685 ss., p. 693.

⁽¹¹⁵⁵⁾ HEFENDEHL, Roland, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *cit.*[n.672], p.129.

⁽¹¹⁵⁶⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p. 147 e s.; e em “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, *cit.* [n. 646], p. 27.

para realizar uma adequada tutela do multifário conjunto de bens jurídicos coletivos.

No prosseguimento da concepção ora em estudo cabe referir que a própria ofensa de perigo abstrato também estaria a reclamar uma mais adequada sistematização, a *fortiori* porque a depender do tipo de ilícito ⁽¹¹⁵⁷⁾ – pode manifestar-se um “diferenciado potencial de perigo” (abstrato); daí propor-se ele a defender que a utilização desta técnica deveria limitar-se a situações de risco ou perigo massivo, ou seja, aos casos que envolvam uma “multiplicidade indeterminada de indivíduos”, circunscrevendo-se, portanto, tão-só, àquelas constelações bem típicas da atual sociedade industrial (do risco)⁽¹¹⁵⁸⁾, situações relacionadas à proteção de bens jurídicos cuja lesão encontre-se, na terminologia do autor em tela: submetida ao “domínio do azar” (“Zufallsbeherrschung”) ⁽¹¹⁵⁹⁾.

Bem, se as coisas são assim, se o perigo abstrato não se ajusta muito bem à proteção universal ou geral, enfim, abrangente de todos os bens jurídicos coletivos – e se a própria categoria do perigo abstrato careceria de uma “(re)sistematização mais precisa” –, propõe-se HEFENDEHL, coerente com a ideia de que se não pode abdicar em “intensificar a investigação da conexão entre conduta típica e o bem jurídico protegido, porquanto do contrário permaneceria sem sentido a procura deste último”, a sustentar que, à falta (nos bens jurídicos coletivos) de uma “causalidade lesiva real” ⁽¹¹⁶⁰⁾ (faltando-lhes,

⁽¹¹⁵⁷⁾ À guisa de exemplos HEFENDEHL cita a condução de veículo sob efeito de bebida alcoólica, a comercialização de substâncias entorpecentes ilícitas e o crime de falsificação de moeda.

⁽¹¹⁵⁸⁾ HEFENDEHL, Roland, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *cit.*[n.672], p. 129 e s.

⁽¹¹⁵⁹⁾ Tal como, por exemplo, o “âmbito da segurança alimentar dos consumidores”. V. HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n. 674], p.153.

⁽¹¹⁶⁰⁾ HEFENDEHL acompanha JÄGER (*Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikte*, 1957, p. 17) quando este argumenta que a questão do bem jurídico demanda uma aturada análise dos perigos e das reais possibilidades de dano, pois a ideia de bem jurídico não pode simplesmente “in der Luft schweben”; exige, pois, para que possa passar a fazer sentido, que se estabeleça uma “referência a uma causalidade lesiva real”. V.

pois, inclusivamente, às mais das vezes, uma vítima concreta), caberá, para efeitos de legitimação e também de limitação, buscar-se “equivalentes materiais”, os quais devem, necessariamente, reportar-se ao “plano da criminalização” (“Kriminalisierungsebene”).

5.1. A Ideia de acumulação como um equivalente material à falta de uma causalidade lesiva real

Cabe agora articular que é exatamente a ideia de acumulação, aliás, já trabalhada por LOOS⁽¹¹⁶¹⁾ (quanto aos crimes de corrupção) e posteriormente desenvolvida por KUHLEN⁽¹¹⁶²⁾ (no âmbito dos delitos ambientais), que irá assumir – no esquema proposto por HEFENDEHL – o papel de portadora de tal equivalência⁽¹¹⁶³⁾. Nas próprias palavras do autor: “A acumulação toca com a demonstração de um equivalente material a uma causalidade lesiva real, não ao nível do tipo, mas ao nível da criminalização”⁽¹¹⁶⁴⁾.

Para HEFENDEHL, acabámos de ver, a acumulação, na compartimentada moldura dos bens jurídicos coletivos (forte em razão da aptidão que certas condutas apresentam para afetar as funções postas sob tutela penal, isso desde que reiteradas em grande número), funciona, no que toca não a todos, mas a certos bem jurídicos coletivos – tendo em consideração a falta de uma (tradicional) causalidade lesiva real (“Verletzungskausalität”) entre o contributo ou aporte singular e o respectivo bem jurídico – como um “equivalente material”⁽¹¹⁶⁵⁾ entre a ação e o objeto de proteção jurídica da norma, papel este a que não se acomodaria, volte-se a frisar, o instrumental do perigo abstrato, que ele reputa por demais “vago e impreciso”. Uma tal equivalência, sublinha a traço grosso, seria necessária “posto que, uma vez afirmada a condição de objeto do mundo real submetido

HEFENDEHL, Roland, “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, *cit.* [n. 672], p. 131, na nota 69.

⁽¹¹⁶¹⁾ V. o ponto 2, do Cap. VI, *infra*.

⁽¹¹⁶²⁾ V. o ponto 5, do Cap. VI, *infra*.

⁽¹¹⁶³⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 182.

⁽¹¹⁶⁴⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 188.

⁽¹¹⁶⁵⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 182 e 184.

às leis físicas, o bem jurídico há de sofrer uma modificação em consequência de uma conduta humana” (1166).

De modo que, nessa acepção, o bem jurídico é já um objeto do mundo real que se sujeita às leis físicas, e não um bem ideal completamente intangível ou insusceptível de sofrer qualquer modificação derivada de uma conduta humana. Faz-se bem oportuno frisar que HEFENDEHL não deixa logo de esclarecer que a “alternativa a ‘ideal’ não é ‘material’ (físico), mas ‘real’”; deveras, pode concordar-se com HEFENDEHL quando ele asserioa que a realidade “não se constitui apenas de objetos físicos”, como também é “estruturada por fenômenos psíquicos e intelectuais que não se subtraem de modo algum à influência causal, tal como se passa com as construções ideais”. Trata-se, noutros termos, de circunstâncias que podem ser lesionadas, pois “tantos os objetos físicos como os espiritualizados integram a realidade”. Em seguida arremata: “Cabe direcionar a crítica contra a idealização do conceito de bem jurídico e não contra sua espiritualização”. Também sustenta, e não há aqui qualquer paradoxia, vez que se não deve confundir “material” com “real”, que “um conceito material de bem jurídico representaria uma recaída a um estado arcaico da questão” (1167).

No que concerne especificamente à configuração da noção de acumulação como equivalente material a uma causalidade lesiva real, cabe exprimir que HEFENDEHL irá valer-se da diferenciação realizada por LOOS entre tipos em que uma concreta ação perigosa já pode conduzir a uma lesão, e tipos penais em que somente uma soma de ações perigosas resultará numa ofensa, para em seguida concluir que há pelo menos “duas distintas estruturas lógico-objetivas” inerentes à predita equivalência material: uma relacionada aos crimes de corrupção – que se bastariam com um “momento comunicativo”(1168);

(1166) HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n.674], p.156.

(1167) HEFENDEHL, Roland, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutbefürworters”, *cit.* [n. 673], p. 287. Itálicos nossos.

(1168) A estrutura social da ação e suas configurações constitutivas somente são afetadas através de violações contínuas quando elas não estão isoladas uma da outra, mas se interligam na forma de comunicação. Exatamente nestes termos, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, ob. cit.* [n. 76], p. 184.

a outra, e que aqui nos interessa mais de perto, referida às ofensas ao meio ambiente – situações estas em que a acumulação conduziria, sempre, a uma lesão ou a um perigo.

É conseqüente chamar aqui a atenção para a circunstância que se prende com o facto de que se a ideia de acumulação irá (ao sugerir ou impulsionar uma qualquer elaboração típica orientada à proteção de bem específicos bens jurídicos coletivos), já na qualidade de “equivalente material” incidir não ao nível do tipo, mas sim ao nível da criminalização conforme propõe HEFENDEHL, então é evidente que é ao legislador penal que competirá, tendo em mira o problema dos “grandes números” – e sem descurar dos requisitos constitucionais necessários a uma legítima criminalização –, proceder, não a uma análise de fundo teórico, mas a uma “prognose realista” de base criminológica.

5.2. Dados criminológicos subjacentes à chamada “prognose realista de acumulação” em HEFENDEHL

Um prognóstico de que importantes e realistas efeitos de acumulação efetivamente terão lugar reclama que o legislador investigue, fundamentalmente, a presença das chamadas “circunstâncias motivacionais” (*i.e.*, não “simples automatismos”), que apresentem como característica medular um carácter massivo, circunstâncias estas de carácter atual, não contingente ou meramente ocasional, circunstâncias que revelem uma certa aptidão para desencadear – sobretudo ali onde o agente “não consegue perceber a existência de uma vítima”, isto é, onde a vítima “não é visível, mas somente intelectualmente construível” ⁽¹¹⁶⁹⁾ – uma prática tanto progressiva, como exponencial da conduta ⁽¹¹⁷⁰⁾, vindo HEFENDEHL a elencar, como realisticamente admissíveis, as seguintes condicionalidades:

⁽¹¹⁶⁹⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 186.

⁽¹¹⁷⁰⁾ Assim, afasta HEFENDEHL os ataques intencionais a bens jurídicos (coletivos) orientados à proteção do Estado ou de suas funções, porquanto muito embora possa aqui o perigo ter um carácter “virulento”, uma vez que a “maioria silenciosa da população também poderia manter-se silenciosa quanto às maquinações subversivas”, também parece altamente improvável que ditas atividades subversivas – se se tem em conta que a “grande maioria da população

a) situações em que condutas em si mesmas não ofensivas a bem jurídicos e comportamentos relacionados à vida cotidiana e à vida profissional podem entrar em conflito;

b) situações em que efeitos realistas de acumulação na órbita de bens jurídicos individuais, necessariamente, repercutem na esfera dos bens jurídicos coletivos ⁽¹¹⁷¹⁾.

Como âmbitos de incidência subsumíveis à alínea “a” aglutina o referido autor os delitos de trânsito rodado e os delitos ambientais. E, relativamente a estes, entende ser possível descrever-se em “termos retrospectivos” o preciso estágio em que o comportamento começa a ter relevância para o bem jurídico: “tão logo os recursos ambientais funcionalmente relacionados ao homem possam ser afetados” ⁽¹¹⁷²⁾. Donde, rigorosamente, HEFENDEHL não considera o meio ambiente como um bem jurídico em si, entendendo que ele só adquire sua “condição de bem jurídico pela função que exerce para a pessoa, cuja autorrealização torna-se dificultosa sem a proteção direta e imediata do ambiente em que se encontra” ⁽¹¹⁷³⁾.

5.3. Acumulação como quarto nível de ofensividade?

Convém agora explicitar que uma perspectivação do delito cumulativo como categoria dogmática autônoma – como sem dúvida pretende HEFENDEHL – só se mostraria plausível mediante vinculação de tais delitos a uma específica tipologia de bens jurídicos, que denomina de “bens jurídicos

permanece fiel ao Estado constitucional” – venham a desempenhar uma “função de exemplo, de que possa resultar um perigo para o bem jurídico”. V. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 186.

⁽¹¹⁷¹⁾ Logo, “(...) Quem contrafaz moeda aspira com isso obter enriquecimento pessoal às custas do bem jurídico coletivo da confiança na segurança das transações monetárias”. V. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 186 e s.

⁽¹¹⁷²⁾ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 200.

⁽¹¹⁷³⁾ HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, cit. [n.674], p.154.

coletivos de estrutura pessoal”, ou seja, bens jurídicos que com a “sua constante presença margeiam, de modo semelhante aos bens jurídicos individuais, as esferas de desenvolvimento dos membros da sociedade”; ainda aqui, admite, bens jurídicos que não se mostram susceptíveis de dano/violação, de um concreto pôr-em-perigo, ou mesmo ainda de uma ofensa de cuidado-de-perigo, porquanto gozam eles de uma “relativa intangibilidade” ao impacto do contributo singular ⁽¹¹⁷⁴⁾.

Nessa linha argumentativa deve-se agora encaminhar que, pese não o articular expressamente, o citado autor termina por assumir que a acumulação pode comparecer como um quarto nível de ofensividade, isto é, como uma “nova categoria-limite da noção jurídico-penal de ofensividade”, alargamento ou elasticização que, refere ainda o autor, já encontrou “predominante consenso” na doutrina – nomeadamente no que tangencia os chamados delitos de perigo abstrato-concreto – também denominados pela doutrina especializada, como se sabe, de delitos de aptidão. Partindo desta reflexão aduz que uma detida análise respeitante à estrutura da acumulação é já uma “segunda tentativa de rompimento” com a estrutura triádica do delito (delito de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato) ⁽¹¹⁷⁵⁾.

Para HEFENDEHL a ideia de acumulação, independentemente de outras precisões, não constitui, de modo algum, uma “concepção supérflua frente à proposta dos delitos de aptidão”, posto que estes, e nada disso se nega, ao contrário dos delitos cumulativos, “não se reportam diretamente aos bens jurídicos coletivos”, mas sim (dês que vistos bem de perto) aos bens

⁽¹¹⁷⁴⁾ Para HEFENDEHL a dificuldade de o contributo típico singular produzir um ofensa ao ambiente é bem evidente, verberando que se “a partir de uma indústria situada na costa os dejetos produzidos são arrojados ao mar, na maioria dos casos os efeitos contaminantes não terão lugar no mesmo momento da descarga, posto que os dejetos industriais poderão ser relativamente assimilados pela água sem causar um grave prejuízo. O verdadeiro problema terá lugar no futuro, é dizer, no caso hipotético de que todas ou a maioria das instalações ou fábricas próximas façam o mesmo, ou quando esta conduta converter-se em regra para a indústria costeira de uma zona”. V. HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, cit. [n. 674], p. 151.

⁽¹¹⁷⁵⁾ A primeira tentativa deu-se, ninguém desconhece, com os delitos de aptidão (“Eignungsdelikte”). V. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n.76], p.147 ss.

jurídicos individuais, tratando-se, então, não mais do que uma questão de proteção antecipada dos últimos. Numa outra linha de apreensão – diretamente vinculada às críticas formuladas ao delito cumulativo – ele sustenta que se apenas forem considerados aptos à acumulação os “efeitos aditivos realistas e sem desatenção ao princípio de bagatela já se eliminaria uma boa parte das objeções formuladas pela doutrina”. Outrossim, pese embora revelar-se algo cético quanto à proposta de STRATENWERTH (de construir os delitos ambientais a partir de meras normas de comportamento [¹¹⁷⁶]), ao defender a figura da acumulação (já como equivalente material à falta de uma lesividade real) HEFENDEHL responde de modo afirmativo à questão de saber se deve o direito penal realmente ocupar-se de riscos futuros (isso enquanto se não perca a referibilidade a bens jurídicos [¹¹⁷⁷]), advogando a necessidade de “encontrar-se normas para o futuro (...) segundo determinados prognósticos” (¹¹⁷⁸), algo que valora como mais acertado do que reagir-se *a posteriori*, filiando-se, destarte, é bem de ver, à corrente da prevenção geral positiva.

D’outra margem, o autor em estudo também sustenta que a objeção de violação do princípio da culpa levantada por um expressivo segmento doutrinário deve ser rejeitada já com base na “diferenciação entre criminalização e tipo de ilícito”, comungando, portanto, do entendimento de que não se trata de responsabilidade *ex injuria tertii*, vez que o problema dos “grandes números” diz respeito a uma “prognose no plano da criminalização”(¹¹⁷⁹).

(¹¹⁷⁶) HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 54.

(¹¹⁷⁷) Como já se afirmou, bens de dimensão coletiva, uma vez que os delitos cumulativos, segundo ajuíza HEFENDEHL, só podem ser considerados como expressão de uma *imputação justa*, caso se tenha estabelecido de modo preciso o correspondente bem jurídico protegido.

(¹¹⁷⁸) Forte porque em conta deve ter-se que a “ameaça de pena supõe um meio de repressão e desaprovação vinculada a um juízo de desvalor”. Para em seguida argumentar: “Nesse sentido nossa tarefa deve ser a de ponderar e selecionar entre as condutas sociais aquelas que contenham maior negatividade no juízo de desvalor frente aos bens jurídicos protegidos”. V. HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n. 674], p. 151.

(¹¹⁷⁹) Assim, uma vez tomada a decisão pelo legislador de criminalizar o comportamento cumulativo dependerá apenas da “configuração típica concreta” se o contributo individual realiza (ou não) o injusto típico, argumentando, outrossim, que uma “punição por facto de

Ou seja, o autor *sub studio* entende que é preciso ter bem presente os distintos âmbitos (ou momentos) da criminalização e do tipo, uma vez que eles estariam a exigir uma análise de duplo estágio, a saber ⁽¹¹⁸⁰⁾:

a) a um, que a questão da direta relevância da concreta ação (típica) para o bem jurídico (coletivo) não joga aqui qualquer papel (pois não haveria base razoável evidente por onde alguém pudesse pretender justificar uma ação típica especialmente desvaliosa, com amparo no fundamento de que a conduta em questão é, quando isoladamente considerada, inócua para o bem jurídico);

b) a dois, que no plano da legitimação (“somente para o legislador relevante”, logo indiferente para o caso concreto) mostra-se indispensável a identificação dos chamados “equivalentes materiais a uma causalidade lesiva real” e, se inviabilizada for uma tal prognose empiricamente fundamentável, a criminalização da conduta, também sob o aspecto constitucional, revelar-se-á insustentável e o próprio tipo penal não mais será apto à tutela do bem jurídico.

Primeiramente devemos sublinhar os esforços desse autor tanto em buscar elaborar uma aturada sistematização dos bens jurídicos coletivos ⁽¹¹⁸¹⁾ – pondo em destaque sua singular “capacidade de resistência” perante ataques

outrem só teria lugar caso figurasse no tipo incriminador, em ordem a assentar a responsabilidade típica, uma referência explícita ao contributo de terceiro”. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 189.

⁽¹¹⁸⁰⁾ Comparar, no que se segue, com HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, ob. cit. [n. 76], p. 182 e s.

⁽¹¹⁸¹⁾ Gize-se que diferentemente de STRATENWERTH pretende HEFENDEHL fazer utilização máxima das possibilidades do bem jurídico. De modo que também pode interpretar-se a proposta que deu à estampa como uma tentativa de demonstração da capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico.

isolados –, como também, e não menos importante, em lançar luzes (em clara oposição à doutrina majoritária) para o problema da inadequação da técnica do perigo abstrato como técnica de tutela paradigma ou *standard* desses bens que, aliás, segundo veio a propor, deveria manter-se limitada àquelas situações da vida que não permitam a elaboração de qualquer prognóstico realista, ou seja, situações postas sob o “domínio do azar”.

Contudo, divergimos da forma generalizante e definitiva com que HEFENDEHL assevera que nos bens jurídicos coletivos não se desenvolve uma causalidade lesiva, como também estamos em desacordo com o argumento que voga no sentido de que os chamados “equivalentes materiais”, à falta de uma tal causalidade lesiva, se tenham de ir buscar, exclusivamente, no plano da criminalização, e – precisamente aqui o principal nóculo de irrisignação que ora pomos em evidência –, que só com isso fique resolvido, *tout court*, o problema da suposta falta de uma causalidade lesiva real.

Queremos significar que não subscrevemos o ponto de vista que sustenta que a ideia de acumulação em direito penal possa assumir, sozinha, a missão de portadora de uma tal equivalência (material). É que não vemos por onde a chamada prognose realista de acumulação poderá, sem mais, comunicar conteúdos de ofensividade (ainda que real ou normativa) a uma conduta, quando em si mesma perspectivada, tendencialmente inepta para afetar o bem jurídico coletivo penalmente tutelado. Se bem vemos as coisas, HEFENDEHL termina por jogar todo o juízo de desvalor (de resultado) no prognóstico, e isso evidentemente conduz a uma superlativização do desvalor da ação em prejuízo (ou pura eliminação) do próprio desvalor de resultado, vez que este se surpreenderá reenviado para a realidade paralela dos juízos de probabilidade – e, evidentemente, com tal solução nós não congraçamos.

Se o bem jurídico é – consoante ele afirma, e com inegável acerto – um objeto do mundo real (que também se submete a leis físicas), e não um bem ideal insusceptível de sofrer qualquer modificação, não poderá, segundo é o nosso juízo, vingar uma intencionalidade em circunscrever completamente o real ao plano estritamente normativo (plano da criminalização) como o citado autor, afinal, queda-se por fazer, posto que deste modo, inadvertidamente, fica afastada qualquer possibilidade de interferência ôntica na determinação do conteúdo de ofensividade real do comportamento acumulativo. (E com tal

inteligir, advirta-se, não se está de modo nenhum a propugnar ou defender um conceito material de bem jurídico, tão só a sustentar a inadmissibilidade de uma ofensividade completamente livre de empirismo).

Numa tal acepção, vistas as coisas portanto de forma inteiramente divorciada do “chão sujo da realidade”, ofensivo será já o contributo individual que realize tão-só formalmente o tipo, *i.e.*, ainda quando o aporte singular do agente venha a revelar-se completamente falto de uma qualquer lesividade relevante. Um tal direcionamento também poderá ensejar que se conceba uma tutela fundada não em um qualquer perigo abstrato, mas já num perigo abstrato qualificado ou um mero perigo de acumulação (que outra coisa não é senão um “perigo de perigo”), fazendo assim com que o delito cumulativo deslize para um mero delito de comportamento (fundado, de regra, na desobediência à norma extrapenal de colmatação típica).

A ideia de acumulação cunhada em abstrato no alçapremado plano da norma – norma que dá substrato lógico a um delito cumulativo – participa, sem dúvida, na solidificação de uma robusta consciência antecipatória, todavia, não pode – contrariamente ao que pensa HEFENDEHL – constituir, isoladamente, um equivalente material à falta de uma lesividade real.

Tal proposta, caso prosperasse e florescesse, poderia conduzir-nos a um perigoso *normativismo*, senão já a um radical funcionalismo ⁽¹¹⁸²⁾ (a significar, é onipotente, um severo revés para as categorias ontológicas da culpa e da causalidade). Um “equivalente material” que restasse confinado ao “nível da criminalização”, é nosso firme convencimento, subtrairia o mundo da vida e a movente realidade (o facto concreto) da equação penal.

De modo distinto de HEFENDEHL pensamos que a prognose realista de base criminológica, conquanto fundamental para a legitimação de um delito cumulativo, não vence todos os obstáculos postos pelo problema da acumulação, designadamente aqueles relacionados à imputação do resultado à conduta. Defendemos, então, o entendimento de que a acumulação só vingará como categoria dogmática (circunscrita à interpretação de determinados tipos penais que gravitam no microsistema penal do ambiente) quando filtrada – e

⁽¹¹⁸²⁾ V. o ponto 3, do Cap. II, *supra*.

sobre isto se discutirá em pormenor mais adiante – pelo crivo do chamado “contexto instável de acumulação”.

6. O enquadramento do delito cumulativo na proposta de ressystematização dos delitos de perigo em WOLEHRS.

WOHLERS, em trabalho de fôlego (¹¹⁸³), em que investiga as fronteiras possíveis da legitimidade do direito penal de prevenção do perigo, defende logo à partida, que a distinção entre delitos de lesão e delitos de perigo (concreto e abstrato) – na qualidade de tipos de antecipação da tutela – é por demais generalizante para fixar (no que pertine especificamente a certos problemas atuais de acentuado relevo, como o é a própria acumulação) a exata esfera ou zona de cobertura do direito penal e, à vista disso, preconiza que a *legitimidade* do direito penal moderno somente se torna pensável a partir da elaboração de um (prévio) “rearranjo sutilmente diferenciado” do modelo tradicional do perigo, a proceder nos ilícitos típicos que já se encontram compilados, *de lege lata*, na legislação penal (¹¹⁸⁴).

Com esteio nessas observações sustenta que é precisamente a categoria do delito de perigo abstrato, em si fundamental para a exata cognição da estrutura delitiva típica do direito penal moderno que estaria a reclamar uma adequada sistematização, uma vez que à luz do atual estadió da doutrina, não seria sequer autorizado afirmar-se que se está diante de algo como uma tipologia delitiva minimamente homogênea, pois, e tudo parece indiciar, cuidar-se-ia antes de um conceito assaz abrangente a agregar uma “massa amorfa” de tipos heterogêneos que se notabilizam por apresentarem, quando singularmente perspectivados, potenciais de risco bastante diferenciados (¹¹⁸⁵), vindo então a propor (¹¹⁸⁶), e sempre com arrimo na legislação penal positiva,

(¹¹⁸³) Já citado em várias passagens (*Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91]).

(¹¹⁸⁴) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 25.

(¹¹⁸⁵) Com efeito, para WOHLERS não se trata de um tipo de ilícito de caráter unitário, mas um aglomerado heterogêneo de tipos de ilícito que descrevem condutas com potencial de criação de risco completamente diferenciado. V. WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 305 ss.

(¹¹⁸⁶) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 28 e 305 ss.

uma nova categorização (de caráter eminentemente descritivo [¹¹⁸⁷]), em que os delitos cumulativos – e este é o aspecto que mais nos interessa salientar – emergirão, no quadro mais amplo do perigo resistemizado, como uma bem específica subcategoria da perigosidade.

Deveras, partindo de uma análise indutiva e objetivo-diferenciadora dos tipos repertoriados na legislação WOHLERS irá introduzir uma classificação triádica dos delitos de perigo abstrato (¹¹⁸⁸) orientados a rechaçar a criação de riscos (“Risikoschaffung”), a saber: delitos preparatórios (“Vorbereitungsdelikte”) (¹¹⁸⁹); delitos de concreta perigosidade (“Konkrete

(¹¹⁸⁷) Mas que ofereceria “o fundamento para desenvolver critérios que são mais substanciais e portanto mais definitórios que a consideração sobre se um bem jurídico determinado é mais ou menos valioso e portanto mais ou menos digno de proteção”. V. WOLFGANG, Wohlers, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers”, in: *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl et al. (ed), Baden Baden: Nomos, 2003, p. 281 ss., p. 282 s.

(¹¹⁸⁸) Deve vincar-se que “denominador comum dos tipos penais reunidos pela locução delitos de perigo abstrato” (que deve então agora ser vista como uma macrocategoria, agregadora de subespécies), consoante sublinha o autor, não é propriamente o perigo abstrato a um bem jurídico, mas sim a “perigosidade geral”, imanente às respectivas condutas individuais eventualmente em questão. Assim, a rigor, para WOHLERS não cabe falar em delitos de perigo abstrato, mas sim em delitos de risco ou de perigosidade (*Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 168 e 305 e s.), assumindo, destarte, como correta a concepção de HIRSCH (“Gefahr und Gefährlichkeit”, in: *Fest. Für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Fritjof Haft et al. (ed.), Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 545 ss.), como também de MEYER, de que os delitos de perigo abstrato não constituem de modo algum delitos de perigo, mas sim, fundamentalmente, “delitos de risco” ou de “perigosidade”.

(¹¹⁸⁹) Isto é, aquelas condutas cujo potencial de risco pode encontrar suporte no resultado da conduta prévia (“preparatória”) – *per se* inócua –, mas que, ainda assim, pode servir de base para reforçar ulteriores condutas lesivas a bens jurídicos. O autor em tela menciona como exemplos a posse de armas e de substâncias entorpecentes, posto que em si mesmas incapazes de produzir qualquer efeito nocivo. V. WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 328 ss.; v. também WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: Roland Hefendehl et al. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 196 ss., p. 198 ss.

Gefährlichkeitsdelikte”) (¹¹⁹⁰); e, finalmente, os delitos cumulativos (“Kumulationsdelikte”) (¹¹⁹¹).

Ao subcategorizar o delitos cumulativo no quadro mais largo da perigosidade geral fica evidenciado que o citado autor não se propõe a fundar uma nova categoria – portadora de um autonomizado estatuto – trilhando, portanto, uma via diferenciada daquela sugerida (é verdade que sem muita convicção) por KUHLEN (¹¹⁹²). WOHLERS também não classifica o delito cumulativo – em termos de antecipação da proteção penal – numa posição mais avançada quanto às demais subcategorias da perigosidade penal. De observar, a outro tanto, que o esquema por ele proposto não pode ser considerado uma compartimentação fraturada por uma redutora estanquicidade, vez que sugere a existência de uma certa flexibilidade que irá permitir eventuais combinações (¹¹⁹³) entre os elementos integrantes destas. Aliás, não apenas as referidas subcategorias da perigosidade – ela uma macrocategoria onde encontram-se agrupados os “delitos usualmente reunidos

(¹¹⁹⁰) Essa categoria, segundo WOLHERS, cobre aquelas condutas em que um concreto perigo ou um dano só ficam afastados porque o objeto material não se encontra na esfera de atuação do autor, cuidando-se assim de condutas potencialmente perigosas; demais disso, a perigosidade reside precipuamente no facto de o comportamento do autor conduzir a situações que ele já não poderá controlar. WOHLERS também anota que uma vez que se penaliza a conduta como tal, ou seja, com independência dela haver produzido uma colocação em perigo ou um dano, não seria de modo algum ilógico visualizar-se aí uma hipótese de perigo abstrato. Porém, na dimensão em que o conceito de delito de perigo tradicionalmente abrange os delitos em que falta um perigo concreto ou uma ofensa de dano ao bem jurídico, algo que – conforme observa – também se aplica aos delitos preparatórios e ao delito cumulativo, prefere optar em denominar este tipo de delito como delito de perigosidade concreta, arrolando como exemplos o incêndio grave (§ 306a StGB) e a condução em estado de embriaguez (§ 316 StGB, § 24a StVG – Strassenverkehrsgesetz). V. WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 311-318; v. também WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, *cit.* [n.1189], p. 211 ss.

(¹¹⁹¹) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 318 ss.

(¹¹⁹²) Que, em ocasiões, parece sustentar que o delito cumulativo apresenta um potencial de perigo ainda mais reduzido do que os delitos de perigo abstrato.

(¹¹⁹³) Entendendo, então, que uma combinação entre aspectos preparatórios e cumulativos tem lugar, e.g., no delito de falsificação de moeda (§146, StGB), WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 310.

sob o nome genérico de crimes de perigo abstrato” – podem combinar-se e recombinar-se como, a depender do bem jurídico protegido, também poderá ocorrer uma permuta. Nesse sentido sustenta que nos delitos ambientais à medida em que se “focalize o interesse protegido no asseguramento da integridade física das pessoas eles apresentam-se como delitos de concreta perigosidade; no entanto, se pelo contrário colocar-se em alça de mira o interesse coletivo na preservação do meio ambiente tratar-se-á já de um delito cumulativo” (1194).

Mas, e é relevante assinalar, tal sistematização, em si mesma, não legitima nada e sequer outorga dignidade penal ao contributo individual. Sem embargo, é mister reconhecer, guarda harmonia com a concepção defendida por WOHLERS, ou seja, de que “a real problemática dos ilícitos-típicos do ‘moderno’ direito penal do ambiente não repousa no bem jurídico, mas sim na estrutura do delito em que os respectivos tipos encontram-se ancorados” (1195). Ainda assim o autor em estudo não deixará de empenhar-se em encontrar nódulos legitimantes para o delito cumulativo.

6.1. Legitimação do delito cumulativo – requisitos preliminares

Apresentada aquela proposta de índole ressystematizadora e definida a categorização do delito cumulativo como subcategoria da perigosidade geral, é com o intuito de discutir as suas matrizes legitimantes, em ordem portanto a alcançar uma legitimação material conciliável com os pressupostos de uma imputação justa (e não conflitante com o princípio da responsabilidade pessoal) que WOHLERS passará a advogar que os tipos cumulativos destinam-se, fundamentalmente, à proteção de interesses supraindividuais, vindo então a associá-los aos bens jurídicos coletivos (1196); todavia, e não vai aqui demasia ressaltar – não a todo e qualquer bem jurídico coletivo –, uma vez que, afiança

(1194) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 310.

(1195) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 145.

(1196) Este autor, entende, aliás, que não se trata de um tipo de delito necessariamente vinculado à “moderna” legislação penal, mas sim de um delito que se encontra, “de modo geral, ligado à proteção de interesses coletivos”. V. WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob.cit. [n. 91], p. 318.

o referido autor, somente bens especialmente valiosos e de grande relevo ⁽¹¹⁹⁷⁾ podem recepcionar legitimamente a “tutela da acumulação”, dado que se estará, sempre, perante situações que só podem produzir danos juridicamente relevantes (lesividade social) se se verificar uma sucessão aditiva de ações.

Sem embargo, a só vinculação a bens jurídicos coletivos (ainda que especialmente valiosos e de grande relevo) também não parece revelar-se bastante a conferir o timbre de injusto penal ao contributo singular, forte porque a “responsabilidade penal do indivíduo não poderia, sem mais, ser deduzida da mera cocausação do dano total” ⁽¹¹⁹⁸⁾. Daí, como veremos em continuidade, recorrer WOHLERS a critérios outros, que se mostrem capazes de legitimar uma punição da conduta ainda quando esta revelar-se inepta a suscitar uma colocação em perigo ou um dano ao bem jurídico protegido.

6.1.1. Legitimidade geral da acumulação

No propósito de encontrar uma fundamentação (normativa) legitimante para o delito cumulativo – cujo traço saliente seja a ausência de qualquer matiz ou nuance funcionalista – o autor *sub studio* começa por indagar se a figura do “Trittbretfahrer” ou “Freeloader” ⁽¹¹⁹⁹⁾ justificaria uma imputação penal fundamentada na recusa do agente em abster-se em desenvolver condutas capazes de, *in totum*, contribuírem para a destruição de um bem de coloração social.

⁽¹¹⁹⁷⁾ Citando como protótipo de delito cumulativo – decorrente da necessidade de tutela penal (tendo em vista o asseguramento da continuidade existencial da espécie humana) perante comportamentos perigosos massivamente prosseguidos – os tipos que tutelam o meio ambiente e as suas componentes, bem como ainda os delitos voltados à proteção de instituições estaduais ou de funções sociais, WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, *cit.* [n. 1189], p.197.

⁽¹¹⁹⁸⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 143.

⁽¹¹⁹⁹⁾ “Viajante sem bilhete”, *i.e.*, aquele que de modo injusto busca colher (vantajosamente) os frutos do esforço social, pondo em uma situação de estresse um bem ou interesse coletivo.

Bem, de acordo com WOHLERS todos encontram-se normativamente obrigados a omitir ações que, de qualquer modo (¹²⁰⁰), possam cooperar para a produção de efeitos socialmente insuportáveis, esclarecendo que uma tal obrigação remonta a “deveres de colaboração” – deveres que repercutem sobre todos de forma isonômica – necessariamente vinculados ao ingresso do indivíduo no mundo social. Donde, acentuemo-lo também, a mais da dimensão ou âmbito puramente moral (interno), desnuda-se já como censurável a prática egoística de condutas a todos vetada, precisamente porque transmissoras de um potencial crítico de repercussão negativa sobre o bem-estar de todos os indivíduos: no limite com consequências danosas também para aquele que dela recolhe os primeiros frutos (¹²⁰¹). Portanto, quanto à questão de saber se a imputação do contributo cumulativo pode, legitimamente, derivar da recusa do “freeloader” em colaborar para a conservação de um bem jurídico coletivo, a resposta que WOHLERS apresentará é, desenganadamente, afirmativa, mormente por defender que aos membros de uma sociedade organizada em Estado, os deveres jurídicos individuais não se limitam ao mero respeito ao *neminem laede*, pois também alcançam a obrigação de concorrerem para garantir que “cada um possa receber o que é seu (“*suum cuique tribuere*”). Em síntese, haveria um verdadeiro “dever geral de cooperação e de colaboração para o manutenção e garantia dos bens coletivos necessários à existência da sociedade” (¹²⁰²), cabendo então aos indivíduos submeterem-se às limitações normativas irradiantes deste (¹²⁰³). Numa tal acepção, bem é de ver, todos

(¹²⁰⁰) Mesmo que individualmente de pouca significação, no entanto, teoricamente passíveis de realização cumulativa por uma pluralidade inumerável de pessoas e, só então, danosas.

(¹²⁰¹) Daí que a ninguém seria dado assumir o egoístico papel de “free-loader” e conduzir-se de modo tal que os seus concidadãos se vissem compelidos a impor uma proibição cominada com sanção se quisessem poder evitar catastróficas consequências decorrentes da reprodução em grande número daquele egoístico comportamento.

(¹²⁰²) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 319 ss.

(¹²⁰³) Posição que passa a defender com mais ênfase ao associar-se ao pensamento de HIRSCH (jurista este que, a sua vez, não se distancia da doutrina de FEINBERG). V. WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, *cit.* [n. 1189], p. 207 ss. Também ver, HIRSCH, Andrew, “Extending the Harm Principle”, *cit.* [n. 725], p. 268 ss.

assumem o papel ou a missão de *garantes* da incolumidade dos bens coletivos de interesse fundamental da sociedade.

6.1.2. Nódulos legitimantes específicos do delito cumulativo

Para WOHLERS a imputação penal de aportes singularmente inócuos – à luz do dever geral de colaboração de cada cidadão –, não se revela problemática. A pergunta que permanece em aberto reporta-se, fundamentalmente, à seleção das condutas que se pode legitimamente criminalizar (procedimento este que também encontra-se associado aos limites externos que se deve incorporar à teoria do bem jurídico). Logo, é no desiderato de proporcionar um critério para a identificação das condutas acumulativas criminalizáveis, que o citado autor infere que a instituição de concretos tipos penais encontra-se necessitada de uma dupla legitimação:

a) que a sanção penal possa atuar como mecanismo restaurador da igualdade jurídica vulnerada pelo contributo cumulativo;

b) que tanto a ameaça de pena como a correspondente sanção penal se possam fundamentar como uma limitação da esfera de liberdade do agente a um só tempo proporcional à conduta e socialmente plena de sentido (¹²⁰⁴).

Já quanto à penalização do contributo singular WOHLERS (¹²⁰⁵) também divisa duas relevantes condicionantes, a saber:

a) que o contributo cumulativo só poderá reputar-se impregnado de alguma danosidade social

(¹²⁰⁴) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 54 e 322.

(¹²⁰⁵) Comparar com WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n.91], p.322 e s; e 324 e s.

quando os efeitos cumulativos prováveis fundarem-se numa hipótese suficientemente realista;

b) que o contributo aditivo deverá manifestar um certo atributo – um peso próprio mínimo – em ordem a poder, do ponto de vista normativo, ser considerado como digno de pena.

6.1.2.a) Limitação da ingerência penal a efeitos cumulativos realisticamente prognosticáveis

Na linha de FEINBERG ⁽¹²⁰⁶⁾ e de KUHLEN, também WOHLERS argumenta que a imposição de uma sanção penal ao contributo cumulativo deverá restringir-se ⁽¹²⁰⁷⁾ àquelas situações em que, de um modo bastante realista, possa prognosticar-se a produção de efeitos sumativos com capacidade para gerar danos sociais inaceitáveis, tendo como origem a repetição inumerável de uma determinada conduta. Todavia, ele próprio concede que a definição de critérios objetivos que a uma só vez mostrem-se susceptíveis de aplicação prática é assaz dificultosa, para depois acentuar a necessidade de distinguir-se a existência de pelo menos duas diferenciadas categorias de prognósticos ⁽¹²⁰⁸⁾, a conferir:

a) “prognósticos em que os efeitos (cumulativos) derivados das condutas combinadas são conhecidos, em relação aos quais, porém, ainda fica em aberto a questão vinculada ao grau de segurança com que se poderá realizar uma previsão sobre se haverá um número suficiente de contribuições individuais para o desencadeamento destes”;

⁽¹²⁰⁶⁾ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, *ob. cit.* [n. 717], p. 226.

⁽¹²⁰⁷⁾ Há, pois, uma legítima preocupação em estabelecer critérios objetivos limitadores dos prognósticos de acumulação.

⁽¹²⁰⁸⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 323 e s.

b) “prognósticos em que não há sequer segurança acerca dos reais efeitos que as condutas cumulativas desencadearão”.

O autor em tela também pondera que, pesem as dificuldades em elaborar uma classificação que se apresente nítida e clara, ainda assim é possível descobrir concretos tipos penais em que as referidas categorias se mostram já com alguma intensidade. Como exemplo passível de enquadramento na primeira categoria (“a”) menciona os tipos penais estruturados com vista à proteção de certas componentes ou elementos naturais, a exemplo do meio aquífero, porquanto, consoante as ciências empíricas lograram satisfatoriamente demonstrar, o arrojado determinadas substâncias às águas fluviais, marítimas, lacustres etc pode conduzir à modificação de suas propriedades. Já à guisa de exemplos acomodáveis à segunda (“b”) categoria de prognose refere WOHLERS aos tipos penais de fraude em subvenções e estelionato (estafa) em inversões de capital e de crédito (§§ 264, 264 a, 265 b, da StGB); também elenca como um exemplo, ainda mais extremado, mas ainda subsumível nesta categoria, a lei penal alemã de proteção a embriões, posto que o critério utilizado para a legitimação dos respectivos tipos penais “baseia-se exclusivamente na conjectura de que as condutas em questão poderiam apresentar como consequência uma ‘ruptura dos diques de contenção’ que, ao final e ao cabo, conduziria a resultados catastróficos”, como, e.g., a reprodução de exemplares humanos⁽¹²⁰⁹⁾.

Não obstante tais considerações, a questão continua a ser, fundamentalmente – e reconhece-o o próprio WOHLERS – a de saber se se pode realmente contar, de modo verossímil, com um número de contributos individuais, de pouca entidade, que, uma vez conglobados, lesionarão o bem coletivo. Uma observação mais: ao intento de apresentar resposta a esta questão traz à colação dois preceitos norteadores: a) de uma margem, a prerrogativa para a avaliação reúne-a, exclusivamente, o legislador; b) de

⁽¹²⁰⁹⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 323 e s.

outra, ele não detém um poder discricionário amplo, senão que limitado pelo dever de verificação do conhecimento científico (¹²¹⁰).

6.1.2.b) O critério do peso próprio mínimo

É mister logo sublinhar que uma franja importante dos danos (sobretudo ambientais) é provocada por condutas em série (comportamentos habituais) que, de resto, quando individualmente consideradas – apresentam uma factualidade de reduzido potencial ofensivo. Dito isso, cumpre agora gizar que, de acordo com WOHLERS, o contributo singular, ainda que mínimo, deve apresentar um certo peso próprio (¹²¹¹), posto que, somente assim, poderá alcançar o chamado limiar de relevância e tornar-se objeto de uma imputação jurídico-penal.

6.1.2.c) Limitações normativas impostas pelo “dever de cooperação”

Há de ter-se presente (¹²¹²) que, conquanto possa levar-se a efeito uma prognose realista de que sobrevirão danos cumulativos relevantes, nem sempre será autorizado estimar-se o facto delituoso como – digno de pena. É que o dever jurídico de colaborar para assegurar que “cada um possa receber o que é seu” não comparece associado a toda e qualquer conduta. Deveras, o já referido “dever de cooperação juridicamente relevante” só atua – no modelo de WOHLERS (e também de HIRSCH) – para proteger um bem coletivo cuja preservação constitua um interesse fundamental da sociedade (¹²¹³).

Por outro lado, e complementarmente, também tem-se argumentado que as limitações e os gravames relacionados à observância do dever de cooperação não são iguais para todas as pessoas, e que em vista disso o

(¹²¹⁰) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 323.

(¹²¹¹) WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, ob. cit. [n. 91], p. 323 e ss.

(¹²¹²) No sentido do que se segue, WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, cit. [n. 1189], p. 209 ss.

(¹²¹³) A preservação do meio ambiente e das entidades que o compõem – de que depende a própria sobrevivência da humanidade – exsurge então como um desses interesses superiores.

legislador estabelece uma valoração diferenciada em função do papel social de cada agente. Realmente, de um modo geral as ordens jurídicas favorecem, pela própria natureza das coisas, mercê concessão de autorizações e permissões ⁽¹²¹⁴⁾, aqueles que desempenham uma certa atividade ou profissão, isto pese as gravosas consequências ambientais que possam advir do respectivo exercício. Agregue-se, outrossim, que uma significativa parcela das desordens e degradações ambientais são atribuíveis a atividades empresariais. De modo que, segundo WOLHERS e HIRSCH, tudo impõe que a conduta seja apreciada à luz não apenas das consequências mas, sobretudo, das razões que podem conduzir à efetivação do ato autorizativo, em ordem a poder-se verificar a legitimidade deste, timbrando ainda em assinalar que o cidadão comum (ao atuar fora de um âmbito profissional ou empresarial) parece encontrar-se, no que toca especificamente ao problema da acumulação, em tese, “numa situação de aparente desvantagem” ⁽¹²¹⁵⁾.

O eixo da investigação desenvolvida por WOHLERS, cumpre agora esclarecer, ao retomar a discussão iniciada por STRATENWERTH, e também por PRITTWITZ, acerca da legitimidade ou ilegitimidade do moderno direito penal para, “a partir do instrumentário do bem jurídico, ampliar a eficácia preventiva das normas penais perante os novos riscos”, centra-se no duplo propósito, aparentemente antitético, de clarificar que a teoria tradicional ancorada no dogma do bem jurídico “não pode cumprir a tarefa de demarcar, satisfatoriamente, o legítimo âmbito de cobertura da norma penal” e, simultaneamente, tendo como referente primordial o paradigma do bem

⁽¹²¹⁴⁾ No marco da chamada acessoriedade administrativa – fortemente presente no direito penal ambiental. Sobre isso, em detalhe, o ponto 6, do Cap. VIII, *infra*.

⁽¹²¹⁵⁾ Enfim, distintamente do que se passa nos chamados “delitos de preparação”, no âmbito dos delitos ambientais, não se cuida, esgrimam WOHLERS e HIRSCH, de uma “questão de co-responsabilidade pela conduta de outras pessoas mas antes da justa divisão das limitações da liberdade de ação individual”. Advertem os citados autores, porém, que se se tem presente que o cidadão comum já está exposto a numerosas e variadas restrições de sua liberdade de ação, “poderá duvidar-se, também, da adequação desta solução”. V. WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, *cit.* [n. 1189], p. 211.

jurídico, indagar acerca do “significado das estruturas constituintes das normas incriminadoras relativamente à legitimidade da coercibilidade penal” ⁽¹²¹⁶⁾.

Deve acentuar-se, por outro lado, que a dogmática doutrinal de WOHLERS mostra-se acessível, para além das questões de pormenor, às modernas estruturas de controle, cujos critérios de legitimidade podem vir a prescindir do recurso ao instrumental da teoria do bem jurídico: conceito cujo rendimento este autor considera como “excessivamente sobreestimado” ⁽¹²¹⁷⁾.

Bem, reputamos que suscita alguma perplexidade que de uma parte ele postule uma autônoma legitimação à intervenção penal – desligada do dogma do bem jurídico ⁽¹²¹⁸⁾ – e, de outra, enfatize a necessidade de realizar-se a determinação do bem jurídico normativamente protegido já como ponto de partida de todo exame ou verificação de legitimidade. Ou seja, “não está claro de que modo WOHLERS espera determinar a legitimidade da norma primariamente da sua estrutura dogmática, quando o próprio admite que a classificação dos tipos penais na categoria de delitos por ele sistematizada evidentemente depende da seleção dos bens jurídicos (a servirem de fonte de legitimação dos tipos penais)” ⁽¹²¹⁹⁾.

Entendemos, em espalhada síntese, que se a teoria repertoriada peca por relativizar a importância do conceito de bem jurídico – e é assaz difícil supor que o delito cumulativo possa ser concebido como expressão de uma imputação justa quando não se determinou com precisão correspondente o bem jurídico protegido – não se pode, todavia, simplesmente deixar de sublinhar o importante contributo que ela agrega para o debate e compreensão do problema da acumulação em direito penal.

⁽¹²¹⁶⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.*, p. 24 e s.

⁽¹²¹⁷⁾ WOHLERS, Wolfgang, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, *in: GA* (2002), p. 15 ss., p.19.

⁽¹²¹⁸⁾ Assumindo assim uma posição bem matizada daquela esposada por HEFENDEHL, que consente, como vimos, que o Legislador, somente de “modo excepcional”, poderá valer-se de tipos de ilícito não sustentados em bens jurídicos.

⁽¹²¹⁹⁾ Sufragamos aqui, pois, *in totum*, o parecer de ANASTOSOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 170.

7. O problema da acumulação sob o crivo crítico da doutrina portuguesa

Jamais alheia aos novos problemas penais e ela própria personagem importante da trama em torno da qual se constrói o direito penal moderno, a doutrina penal portuguesa tem vindo a debruçar-se com alguma detença sobre a “dogmática da acumulação”, não se podendo, todavia, afiançar que exista um pacífico e uniforme entendimento acerca de um tema que ainda encontra-se, como se sabe, inçado de algumas sombras e desvãos – um *topos*, indubitavelmente, algo inclinado à controvérsia. Também cabe explicitar que uma aturada investigação acerca do problema da acumulação em direito penal reclama que se leve a efeito uma ampliação do círculo dialógico para incluir o aporte dos autores (¹²²⁰) que já se debruçaram com inegável rigor intelectual sobre este tema.

7.1. FIGUEIREDO DIAS: delito cumulativo como tutela antecipada das “gerações futuras”

Como um dos primeiros penalistas a chamar a atenção para os complexos problemas ambientais deve dizer-se que a FIGUEIREDO DIAS não repugna a introdução no discurso punitivo dos chamados “tipos aditivos”. Realmente, este renomado jurista português vê no delito cumulativo, que também denomina de “delito coletivo”, uma possibilidade de acautelar as “condições da vida social atual e futura” perante grandes riscos, cuja necessidade de contenção, quando indispensável, legitimará o legislador a elaborar “incriminações acumulativas, protectoras de bens jurídicos colectivos”(¹²²¹). Propugna o referido autor, então, por uma criminalização de condutas que – embora quando reconduzidas ao plano individual aparentem

(¹²²⁰) Entretanto, é mister articular que a pesquisa concentrou-se sobre um bem reduzido número de doutrinadores (isto sem prejuízo de referências laterais a um universo de maior amplitude), tendo-nos servido como critério de seleção, nomeadamente, a detida atenção que dedicaram ao problema sob investigação.

(¹²²¹) DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, *ob. cit.* [n. 17], p. 154. Itálico nosso (em negrito, no original).

ser portadoras de uma intrínseca irrelevância social –, ainda assim devem ser proibidas em função dos “perigos, que, da sua realização, sobretudo aditiva, podem derivar” ⁽¹²²²⁾.

Esse argumento também vem reforçado por uma necessidade de proteção não apenas das gerações atuais como, sobremor, das gerações que sobrevirão ⁽¹²²³⁾. Aliás, o autor em epígrafe de algum modo “flerta” com (a tese de) STRATENWERTH, para quem, consoante já estudámos ⁽¹²²⁴⁾, a tutela do “mundo vindouro” (Nachwelt) justifica a formulação de um direito penal do comportamento: um direito penal que se arvora portador de uma promessa de modificação de estilos de vida ⁽¹²²⁵⁾.

Sem embargo, e não se pode deixar aqui de timbrar, dessa proposta o autor em foco distancia-se num aspecto medular: ele não se deixa seduzir pela perigosa ideia de renúncia (ou mesmo de flexibilização) do direito penal do bem jurídico (como “padrão crítico de incriminação”), entendendo que mesmo no âmbito de uma “sociedade de risco” se não pode abdicar desta importante âncora conceitual da ciência penal – já historicamente consolidada. Logo, e não padece dúvida nem entredúvida, não irá postular uma mudança de paradigma.

7.1.1. Delito cumulativo: tutela penal funcionalmente limitada a bens jurídicos coletivos dotados de referente axiológico-constitucional.

No específico terreno (já bastante espaçoso) do risco FIGUEIREDO DIAS concede um certo protagonismo – “sem prejuízo do axioma

⁽¹²²²⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 321.

⁽¹²²³⁾ É preciso reconhecer a importância que FIGUEIREDO DIAS concede à proteção das *futuras gerações*, uma vez que advoga que “ela se tornou bruscamente numa ‘questão do destino’ do direito penal (...)”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 1.

⁽¹²²⁴⁾ Ver o ponto 2, do Cap. IV, *supra*.

⁽¹²²⁵⁾ Porém, muito embora sem realizar concessões a propostas de relativização do dogma do bem jurídico, sustentará que o “conteúdo integral do ilícito dos delitos colectivos”, na seara da normatividade do risco, seja cunhado mercê normas extrapenais, subscrevendo, destarte, nesse específico território, a necessidade de uma pontual acessoriedade administrativa. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 151 ss.

ontoantropológico” – aos bens jurídicos coletivos, cuja específica exigência de tutela penal também prestar-se-á a reforçar a contenção de comportamentos massivamente reproduzidos, sempre com intencionalidade de “contenção dos megarriscos da sociedade pós-industrial e na função tutelar dos interesses também das gerações futuras” (1226). Ainda de acordo com o parecer que elabora, encontra-se o legislador plenamente autorizado a instituir delitos cumulativos – quando imprescindível mostrar-se à salvaguarda da coletividade contra os grandes perigos de nosso tempo –, designadamente quando consagrados a preservar certos bens jurídicos (coletivos) dotados de referente axiológico-constitucional (1227).

Neste ritmo exemplifica que o legislador está plenamente legitimado a instituir um delito cumulativo (1228) para o efeito de criminalizar a produção, a comercialização e até mesmo a utilização de produtos, tais como perfumes ou desodorizantes, quando estiver evidenciado (mercê dos conhecimentos científicos disponíveis) que o uso maciço destes, em formato de *spray*, ocasiona um agravamento dos danos à camada de ozono (1229). Parafraseando o autor: “(...) se, ademais, os aludidos dados das ciências empíricas revelarem a necessidade da sua proteção, nada mais será necessário para a validade/legitimidade da incriminação. Tanto basta no presente contexto. Outra coisa – e subordinada, e posterior – serão os problemas dogmáticos que porventura se torne ainda necessário resolver” (1230).

(1226) DIAS, Jorge de, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 154.

(1227) Sobre isso, veja-se também Susana SOUSA (*Os Crimes Fiscais, ob. cit.* [n. 113], p. 226), para quem: “O reconhecimento de bens jurídicos colectivos autónomos insusceptíveis de serem lesados por uma acção individual levou parte da doutrina (...)” a sustentar “a possibilidade de sancionar penalmente uma conduta individual, mesmo que esta por si só não se mostre adequada a lesar o bem jurídico ou a colocá-lo em perigo, desde que se verifique a forte possibilidade de que a mesma conduta seja também realizada por outros sujeitos, o que no conjunto corresponderia a uma grave lesão do bem jurídico.”

(1228) Que entende como de modo nenhum inane de dignidade penal, posto que sustentado em um bem jurídico constitucionalmente aclamado: o meio ambiente.

(1229) DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 153.

(1230) FIGUEIREDO DIAS sustenta (“O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 13), a propósito, que as proposições dogmáticas encontram-se político-criminalmente “subordinadas”. Assim, quanto à questão de saber se o direito penal ao abrir-se

às incriminações acumulativas não estaria a fugir do controle da dogmática, responde que não é o legislador, “*rectius*”, que “não são as valorações político-criminais que devem subordinar-se ao labor (e às dificuldades, e às limitações em cada momento histórico) da dogmática e ser por ela condicionadas, antes sim é a dogmática, como puro meio construtivo-instrumental, que tem de servir as proposições político-criminais e a elas se adequar”. Este entendimento também vem reforçado em seu prestigiado Manual, onde, em adminículo ao que já está no texto, afirma: “Mas mal iria ao direito penal se os propósitos político-criminais fundamentais tivessem de esperar a estabilização do trabalho dogmático sobre eles para só então se poderem impor; a história do direito penal mostra felizmente ser o contrário aquilo que sempre tem sucedido”. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 154. Bem, estimamos que quando FIGUEIREDO DIAS estabelece que tendo o legislador valido-se dos dados das ciências empíricas para criminalizar a conduta já não caberá mais discutir a validade-legitimidade da incriminação, evidentemente que ele não está a reportar a uma hipotética divergência aferível *ex post* entre tipicidade e não perigosidade ou lesividade *in concreto* da conduta. Está sim é a afirmar que ao intérprete não cabe questionar o substrato empírico-criminológico que subjaz à criminalização da conduta para assim pôr em causa a razoabilidade da opção legislativa. De observar que também para HASSEMER (*Critica al Derecho Penal de Hoy, ob. cit.* [n. 116], p. 29) as “(...) manifestações da dogmática estão sujeitas à lei vigente, se sustentam e caem com ela”. De sua vez FARIA COSTA (*O Perigo em Direito Penal, ob. cit.*[n.53], p.591) doutrina que “o pensamento teórico que muitas vezes emerge do direito penal – por exemplo, pela enunciação de grandes princípios – ao ser chamado à concretude – expressa no caso que se analisa para julgar – encontra a resistência do real normativo e a este se submete”. Indiscutivelmente é a legislação (como resultado da política criminal prosseguida pelo parlamento) que irá definir o objecto do labor dogmático. Sem embargo, tal assertiva necessita de temperamentos. É que se não pode deixar de acentuar, com KINDHÄUSER, que a dogmática científica (não a *opinio doctoris* ou dogmática doutrinal), já em função de sua intrínseca coerência e rigor de cientificidade – veja-se a este respeito sobretudo a lógica imanente à teoria do crime com suas virtudes analíticas – tem força, deve ter força obrigatória tanto para o legislador como para a jurisprudência dos tribunais. Por outra banda, a teoria (estruturante) do crime independe da forma contingente da lei, tanto isso é assim que ela não se prende a um específico direito penal nacional, mas alcança uma pluralidade de ordens jurídicas (é quase uma linguagem única pré-babélica). Ergo, conquanto as proposições dogmáticas encontrem-se político-criminalmente “subordinadas”, tal subordinação não pode simplesmente conduzir a uma fratura da lógica interna (sustentada em princípios) e também do rigor científico da dogmática. Há, pois, segundo cremos, uma relação de recíproca subordinação, devendo também não esquecer-se que o legislador não é livre para criar estruturas típicas que possam resultar em maltrato a princípios penais fundamentais ancorados na plataforma constitucional. Sobre o tema, desenvolvidamente, KINDÄUSER, Urs, “Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?”, *in: ZStW* (2010), p. 954 ss., esp. p. 958 e s.

Donde, é sob o argumento da necessidade de proteção ou tutela funcional (¹²³¹) (“minimamente eficaz”) de certos bens jurídicos de feição social – bens constitucionalmente agasalhados –, em atenção a um cuidado tanto com interesses geracionais, como também transgeracionais, que o autor em tela defenderá a necessidade de punir-se condutas inócuas em sua singularidade, sob o fundamento de uma sua provável acumulação (¹²³²). Significa dizer, em lapidar síntese: propõe um direito penal do risco funcionalmente limitado ou circunscrito à salvaguarda de bens jurídicos coletivos de casta constitucional, s.c., bem jurídicos ornados por um referente axiológico engastado na Carta Fundamental.

7.1.2. O problema da acumulação e a necessidade de proteção subsidiária do mundo vindouro contra os grandes riscos

Ao desdobrarmos um pouco mais a análise do pensamento que FIGUEIREDO DIAS desenvolve para finalmente firmar argumentativamente a importância político-criminal em o legislador valer-se do delito cumulativo com o desiderato de reforçar a proteção do futuro iremos constatar que ele partirá da convicção de que o direito penal tem algo a dizer – se bem que de forma modesta e algo limitada – na defesa social perante os “megarriscos” de nosso tempo histórico; daí combater, enfaticamente, proposição que sustenta que a solução desta complexa questão caberia ser remetida, precipuamente, à pura autorregulação social, cuja ingerência – pontifica – possui caráter mais retrospectivo (¹²³³) do que prospectivo; de igual modo também censura

(¹²³¹) Convirá timbrar que sob um prisma sistêmico e funcional, é dizer, com base na teoria social dos sistemas, o direito penal pode ser perspectivado como um subsistema especializado volvido à resolução de determinados problemas sociais ou, para ser mais preciso, de um específico problema social. Ou seja: deve mostrar-se capaz de desempenhar a função de elaborar uma adequada resposta ao fenômeno (social) da criminalidade.

(¹²³²) DIAS, Jorge de, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 153.

(¹²³³) Mas não só. Também admoesta que “(...) uma verdadeira autorregulação significaria pedir ao mercado – na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade técnico-industrial – o remédio para a doença que ele próprio inoculou. Uma verdadeira autorregulação implicaria pedir a milhões e milhões de pessoas que se decidissem voluntariamente a renunciar a todo um modelo de vida que fez do consumo o seu próprio motor

propostas de reenvio integral da matéria (contenção dos grandes riscos) às competências do direito civil e do direito administrativo, timbrando em assinalar que a “força conformadora dos comportamentos” que emana dessas províncias da juridicidade é mais débil que a do direito penal, *et pour cause*, também mais tênue é a “força estabilizadora das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada ” (¹²³⁴).

Todavia não se pense que com isso FIGUEIREDO DIAS irá defender uma espécie de “monopólio” da tutela penal para o deveras complexo problema dos megarriscos globais, porquanto leciona, e em timbre bem audível, que o papel da intervenção do direito penal neste âmbito é, inegavelmente, tão-somente de reforço da defesa social, consistindo, em concretos termos, num contributo para que os novos riscos se conservem “dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis (...) e em definitivo não ponham em causa os fundamentos naturais da vida”. Em espartilhada síntese: não avaliza como boa uma tutela de bens jurídicos de naípe coletivo que se queira postular exaustiva e ungida de uma certa primazia, já que tudo que transcenda o carácter fragmentário, lacunoso e subsidiário “ultrapassa o fundamento legitimador da intervenção penal neste domínio” (¹²³⁵).

Portanto, mister reconhecer que o Autor sob comento não sustenta uma visão simplista e ingênua seja quanto às virtualidades da força contrafática da norma penal, seja quanto às potencialidades de uma proteção penal global, sistêmica e prospectiva da humanidade (presente e futura) frente às corrosivas ameaças dos novos grandes riscos, posto deixar estreme de qualquer dúvida

e do aumento da produção o orientador de quase todo o conhecimento”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 3 e s.

(¹²³⁴) DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 5. Vemos aqui, de modo bem transparente, que este autor defende um ponto de vista dogmático e político-criminal que antagoniza frontalmente com aquele defendido por STELLA, que, ao aderir à proposta de LÜDERSSSEN (quem, como se sabe, vincula o expansionismo penal, forte no marco do “subsistema” do risco, ao subdesenvolvimento do direito civil e administrativo) propugna que estas esferas da normatividade sejam reforçadas, e não o inverso. V. STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, *ob. cit.* [n. 28], p. 387 ss., e 414 ss.

(¹²³⁵) DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 6.

possuir fortes reservas quanto aos riscos inerentes a qualquer intervenção penal que se queira panaceia universal para a tutela do mundo social, actual e vindouro, vindo mesmo a estimar que para uma protecção onívora “(...) o direito penal constituiria à partida um meio democraticamente ilegítimo e, ademais, inadequado e disfuncional” ⁽¹²³⁶⁾.

Acresça-se, a outro tanto, que as difíceis questões suscitadas pela teoria do delito cumulativo, *a fortiori* a imbricação deste com a tutela do risco, portanto a estreita ligação, senão já a mútua e recíproca dependência entre o *topos* “dogmática da acumulação” e o problema dos megarriscos (e, coextensivamente, a questão da tutela das gerações futuras), contribuem para revelar que não se cuida de uma diversa focalização do mesmo problema, mas de problemas diversos, porém visceral e indissolúvelmente interligados, daí que também aqui se tenha de perguntar até que ponto o delito cumulativo pode comparecer como mecanismo adequado de salvaguarda penal da liberdade das gerações futuras ⁽¹²³⁷⁾ – sem transformar-se, pois, numa tutela ilegítima e “disfuncional”.

Bem, quanto a isto o autor em apreço reconhece, e bem, que a tutela penal possível das gerações futuras será ela, também, uma tutela subsidiária. Como consequência desse posicionamento advoga que deve diferenciar-se, para o efeito de determinação do “âmbito de protecção da norma”, note-se bem, entre ofensas “admissíveis” e ofensas “inadmissíveis”, postulando, outrossim, que apenas as derradeiras podem ser objeto de criminalização, que, em todo caso, ficará sempre a depender de uma ponderação de interesses, somente realizável em sede de acessoriedade administrativa ⁽¹²³⁸⁾.

⁽¹²³⁶⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹²³⁷⁾ É que se legarmos “espécies e ecossistemas extintos, recursos esgotados ou um grau de biodiversidade escasso, estarão sequestradas a liberdade e a capacidade de decisão das gerações futuras”. V. GARRIDO PEÑA, Francisco, *La Ecología Política como Política del Tiempo*, Granada: Comares, 1996, p. 7.

⁽¹²³⁸⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 6 e s.

7.1.3. Delito cumulativo e dependência da dogmática da acumulação de uma cláusula de acessoriedade administrativa

Diga-se logo à partida que, quanto à objeção (normalmente lançada pela doutrina) no sentido de que a remissão a uma pluralidade inumerável de condutas perigosas à preservação das “condições gerais da vida” introduziria um déficit de determinabilidade a debilitar o “delito coletivo” – a par de tornar o bem jurídico que lhe dá sustentação insondável para os seus destinatários – perante as exigências do princípio da legalidade, argumenta FIGUEIREDO DIAS que, malgrado o ilícito material respectivo tenha de assentar em contribuições inócuas ou insignificantes sob o ângulo singular ou individual, uma vez que o conteúdo integral dos tipos aditivos em que se irão sustentar os delitos cumulativos não raro exprime-se mediante normas extrapenais ⁽¹²³⁹⁾ – subordinando-se, dessarte, em sede de construção típica, a uma cláusula de acessoriedade administrativa –, ficará, segundo crê o citado autor, afastado o aludido óbice ⁽¹²⁴⁰⁾.

Dito de outra forma, o contributo acumulativo dotado de um poder ofensivo mínimo será definido ou explicitado pela norma administrativa de complementação: “O que vale por dizer que o conteúdo integral do ilícito só pode revelar-se, em última análise, também em função de normas sem dignidade penal” ⁽¹²⁴¹⁾. Deve entender-se, portanto, que o delito cumulativo, isto é, o tipo penal voltado à tutela de bens jurídicos coletivos que tenha em mira sancionar o comportamento ou contributo individual hábil a codeterminar (em conjunto com outros contributos) um dano de monta, apresenta-se, na concepção de FIGUEIREDO DIAS, estruturalmente conformado, sob o aspecto

⁽¹²³⁹⁾ Para FIGUEIREDO DIAS (“O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 8) a “cláusula” extrapenal, tendo presente a “complexidade e diversidade dos conflitos”, coopera com uma mais nítida percepção “pelos destinatários da norma, da fronteira que separa neste domínio o ‘admissível’ do ‘inadmissível’ de condutas que são, por sua natureza e pelas condições inevitáveis da vida contemporânea, constantes e diuturnas”.

⁽¹²⁴⁰⁾ DIAS, Jorge de, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 151 e s.

⁽¹²⁴¹⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 13.

formal, como um delito de desobediência ⁽¹²⁴²⁾ às prescrições fixadas – sempre em consonância com a lei – pelas autoridades administrativas competentes.

7.1.4. Delito cumulativo como delito estruturalmente de perigo abstrato

Ainda no que concerne à delineação da arquitetura típica do delito cumulativo, FIGUEIREDO DIAS defende que a significativa e inelutável distância entre condutas inócuas (na sua singularidade) e os bens jurídicos de perfil coletivo, impõem reconhecer que ela deve apresentar, “em sede de construção típica”, natureza material semelhante à dos crimes de perigo abstrato ⁽¹²⁴³⁾.

De outra parte, numa aproximação a uma só vez de teor dogmático e político-criminal, asserioa que não cabe idear novas e atípicas estruturas de imputação quando as estruturas tradicionais, mormente aquelas que se fundam na doutrina da adequação e da criação de um risco não permitido mostram-se aptas a dar uma razoável resposta ao problema ⁽¹²⁴⁴⁾.

O multicitado autor também não desconhece os problemas e as dificuldades de imputação objetiva no território da criminalidade de massa relacionados à “sociedade de risco” – nomeadamente, no campo da criminalidade ambiental –, como também reconhece que a proibição de realizar

⁽¹²⁴²⁾ Com efeito, para o autor em discussão, “(...) A solução estará (...) em construir os delitos ecológicos como delitos de desobediência à entidade estadual encarregada de fiscalizar os agentes poluentes e competente para lhes conceder autorizações ou lhes impor limitações ou proibições de actividade”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, *RDE*, a. 4, n.º. 1 (1978), p. 3 ss., p.17 e s. Este ponto de vista foi reforçado mais recentemente, ao sustentar que “substancialmente *um delito contra bens jurídicos ecológicos, mas formalmente como um delito de desobediência* às prescrições emanadas do direito administrativo e-ou de seus agentes, parece-me continuar a constituir a via talvez menos farisaica de corresponder às valorações político-criminais imanentes ao sistema”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, *in: A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, Studia Juridica 81, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 179 ss., p. 197. Itálicos do autor.

⁽¹²⁴³⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 152.

⁽¹²⁴⁴⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 15 e s.

prestações ou contributos singularmente inócuos fica a dever-se, não a um qualquer potencial ofensivo próprio do aporte individual, antes em função de “previsíveis e muito prováveis” comportamentos alheios que se vêm somar ao do agente ⁽¹²⁴⁵⁾, comungando, quanto a isto, com o modelo proposto por KUHLEN, aliás, por nós já criticado.

FIGUEIREDO DIAS mantém, finalmente, que o delito cumulativo (destinado a obstar uma provável acumulação de certos comportamentos típicos da sociedade pós-industrial de massa) não apenas presta-se a uma tutela “minimamente eficaz” de certos bens jurídicos, como pode ser validadamente configurado pelo legislador ordinário sem que isso se traduza numa responsabilização penal (por facto de outrem) – capaz de vulnerar o princípio da culpa ⁽¹²⁴⁶⁾.

Importa agora fincar que subscrevemos o argumento que o delito aditivo ou cumulativo volta-se (“sem prejuízo do axioma ontoantropológico”) à tutela funcional de bens jurídicos coletivos (guarnecidos de referente axiológico-social) albergados no luxuoso leito constitucional, cuidando-se, pois, de uma especial tutela de bens cuja autonomia e legitimidade arranca, sobremor, da necessidade de oferecer – no vórtice de uma “sociedade de risco” – alguma cobertura a interesses transgeracionais (“uma questão de destino do direito penal”).

Também avalizamos o ponto de vista que o conteúdo integral do ilícito desses “novos” delitos – sem substituição de paradigmas – deverá exprimir-se mediante normas extrapenais (acessoriedade administrativa). Distanciamo-nos, todavia ⁽¹²⁴⁷⁾, de uma proposição que admite uma sustentação do ilícito material em contribuições ou aportes inócuos ou insignificantes (quando tomados individualmente). Quanto a isto ajuizamos que nem mesmo uma hipótese realista de acumulação pode emprestar bastantes conteúdos de

⁽¹²⁴⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 345.

⁽¹²⁴⁶⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *cit.* [n. 766], p. 14 e s.

⁽¹²⁴⁷⁾ Mormente porque, *mutatis mutandis*, também o fazemos no que respeita à proposta tal como originariamente formulada por KUHLEN, de resto não muito diversa daquela que FIGUEIREDO DIAS tem defendido.

ofensividade ao facto em si mesmo inidôneo para afetar ou turbar o bem jurídico penalmente tutelado.

D'outra margem, conquanto não divirjamos que o conteúdo integral dos chamados tipos cumulativos dá-se formalmente a conhecer mercê normas extrapenais (determinabilidade típica), estamos em crer que, evidentemente, não bastará uma cláusula de acessoriedade administrativa para repelir críticas de mitigação ou maltrato do princípio da ofensividade. Haverá, segundo é nossa firme convicção – como única possibilidade de recuperar hermeneuticamente a proposta teórica do delito cumulativo –, de observar o *contexto* em que o comportamento formalmente hostil ou desobediente às prescrições administrativas irá desenvolver-se. É que não há crime sem ilicitude material e esta, no delito cumulativo, ficará invariavelmente a depender da existência de um concreto “contexto de acumulação”. Mais ainda. Somente o contexto poderá reduzir a distância entre a conduta cumulativa singularmente inócua e a afetação de um bem jurídico coletivo.

7.2. SILVA DIAS: delito cumulativo como delito de risco

É conveniente salientar-se a indispensabilidade de chamamento para este importante debate do olhar – a um só tempo panorâmico e crítico – de Augusto SILVA DIAS, para quem os delitos cumulativos podem ser classificados como delitos de risco ⁽¹²⁴⁸⁾, que se ligam aos crimes ambientais.

Agregue-se que no que toca à demarcação das fronteiras conceitual e jurídico-dogmática da acumulação o autor em relevo começa por dizer ⁽¹²⁴⁹⁾ que um certo setor doutrinal estima cuidar-se de um conceito dogmático – cuja relevância estaria a reclamar um *quid* de estabilidade jurídica, mediante consagração normativa na “parte geral” das legislações codificadas ⁽¹²⁵⁰⁾ –, e

⁽¹²⁴⁸⁾ Que também denomina de “modernos delitos de risco”, em que “(...) A responsabilidade criminal está neles associada à ameaça proveniente da actuação conjunta de numerosas acções diárias”. V. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p. 218.

⁽¹²⁴⁹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 305.

⁽¹²⁵⁰⁾ Também nós refutamos uma tal proposta, uma vez que a figura da acumulação, estamos plenamente convencidos, não possui virtualidades dogmáticas operatórias para além dos domínios da criminalidade ambiental, não se podendo, então, nela entrever um componente de

não propriamente de uma técnica legislativa que se elaborasse com o propósito de configurar uma bem específica figura de tipo incriminador ⁽¹²⁵¹⁾.

Nesta linha argumentativa ⁽¹²⁵²⁾ aduz que se está deveras perante um conceito dogmático destinado, precipuamente, e em termos bem esquemáticos, a:

a) auxiliar na interpretação de alguns tipos de ilícito;

b) prestar subsídio à atribuição da responsabilidade (penal) a certas condutas.

Tais aspectos ou características permitem-lhe considerar a acumulação um conceito equiparável ou assemelhável ao conceito de adequação social, uma vez que assim como a “(in) adequação” social a “figura da acumulação apela à concepção da comunidade jurídica acerca dos limites da tipicidade, e por vias disso da imputação jurídico-penal”; e – ainda dentro do paralelismo que busca traçar com a figura da adequação social –, distingue que no caso da acumulação trata-se mais especificamente de dilucidar se, em função da lógica dos grandes números, com assento portanto numa “ideia de ação colectiva”, condutas individualmente não perigosas podem constituir ilícitos-típicos ⁽¹²⁵³⁾. Ou seja, incide aqui a questão de saber, tendo em mira os novos grandes perigos, se é possível fundamentar a punição da conduta singular, aparentemente inócua e insuscetível de revelar hostilidade ao um bem jurídico coletivo, em função de uma “lógica de massas”.

Neste ritmo o autor *sub studio* também salienta que os adeptos da teoria da acumulação a subordinam a duas condicionantes decisivas ⁽¹²⁵⁴⁾, a conferir:

sistematicidade dotado de amplitude tal que merecesse receber consagração no núcleo rígido da parte geral.

⁽¹²⁵¹⁾ Logo, corretamente constata SILVA DIAS, que para um setor da doutrina a acumulação não trabalha ao nível da tipicidade.

⁽¹²⁵²⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 305.

⁽¹²⁵³⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 306.

⁽¹²⁵⁴⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 308 e s.

a) a realização pelo legislador de uma prognose objetivo-realista fundada num juízo discricionário (sempre mitigado pela subordinação aos chamados conhecimentos científicos disponíveis) e que indaga sobre a probabilidade de, a partir da repetição inumerável de certas ações – e na circunstância de não reforçar-se a proibição com sanção penal – eclodir uma macrolesão ao bem jurídico coletivo;

b) a convivência ou compossibilidade entre a acumulação e o princípio da insignificância, a denotar que os contributos singulares devem apresentar uma potencialidade lesiva ainda que mínima, devendo excluir-se (ao nível da tipicidade) os comportamentos considerados como meras bagatelas.

Com o desiderato de decifrar os embasamentos teóricos ⁽¹²⁵⁵⁾ de conteúdo justificador (de uma incriminação do contributo aditivo), e de que habitualmente servem-se os defensores da acumulação SILVA DIAS, sempre com uma preocupação de sistematização, irá referir à existência de pelo menos duas distintas vias de fundamentação ⁽¹²⁵⁶⁾, não mutuamente excludentes ou impossíveis.

Uma primeira via prossegue o propósito de realçar o papel relevante da acumulação no contexto de uma teoria da sociedade, isto é, busca demarcar a relevância do risco imanente à acumulação ao lançar luzes sobre o (mega)problema do dano cumulativo, ou seja: o dano derivado da conduta massiva perigosa emergente “dos novos grandes riscos desencadeados pela

⁽¹²⁵⁵⁾ E, não menos importante, também zeloso em os reencaminhar a um corpo de doutrina melhor ordenado e provido de alguma coerência.

⁽¹²⁵⁶⁾ Também menciona esse aspecto, SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais*, ob. cit. [n. 113], p. 234.

dinâmica da sociedade de risco” (1257); a outra, leva adiante uma concepção de filosofia moral (1258) já no propósito de salientar o desvalor ético que se desprende da vulneração de obrigações sociais de solidariedade. Ocupemo-nos, inicialmente, da análise que SILVA DIAS desenvolve concernentemente à primeira dessas vias de fundamentação.

7.2.1. Fundamentos de teoria da sociedade como chave explicativa da contemporânea relevância axiológica do contributo cumulativo

O autor ora em destaque sustenta que o dístico “sociedade de risco”(1259), bem como as refrações do princípio da precaução (1260) – ambos fortemente entrelaçados ao problema da preservação do futuro – integram um quadro abrangente e comum de teoria da sociedade a desafiar de modo premente o direito penal. De facto, ao discorrer sobre a concepção doutrinária (que denomina de “sistêmica”) que se compromete em fundamentar o delito cumulativo em uma ideia de dano global cumulativamente produzido por um repertório inumerável de contributos individuais (espécie de difusa malha de microlesões), assevera o citado autor que aquele *topos* possui características internas muito peculiares, que auxiliam a compreender “o desvalor das acções cumulativas e a proposta dos delitos cumulativos” (1261).

Depois propõe-se a elencar pelo menos duas das características que em alguma medida reforçam o entendimento de que o delito cumulativo serviria de alternativa à disposição do legislador para fazer frente aos chamados “crimes relacionados ao futuro”, prestando-se já como mecanismo auxiliar para um mais eficaz desempenho da função de gestão de riscos sociais pelo direito penal.

A primeira característica – parcialmente revelada pelas investigações sociológicas desenvolvidas por BECK – remonta à própria origem dos “novos” riscos e reenvia, em certa medida, àquelas ações reproduzidas em grande

(1257) DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 310.

(1258) Ver o Cap. IV, ponto 4, *supra*.

(1259) V. o Cap. I, *supra*.

(1260) Consultar o ponto 6.9., do Cap. 6, *supra*.

(1261) DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 311.

número: ações quase mecânicas ou “cegas” para o risco. Já por isso, cuida-se, não raro, de um risco involuntariamente (¹²⁶²) realizado, cujos efeitos, ditos secundários, mas ainda assim dramáticos só se produzirão em um tempo diferido, *i.e.*, só irão desolcular-se à *la longue*; e, d’outra parte, tal característica é tributária a uma racionalidade calculadora e instrumental, que se deixa guiar por uma “lógica de mercado”, vindo a atrair ou convidar uma maior intervenção penal nos domínios já vastos – e em progressiva expansão – da chamada criminalidade econômica (¹²⁶³). Mas, é precisamente este território da normatividade que ao bater-se contra uma racionalidade típica do “egoísta racional”, ver-se-á subitamente colonizado por uma outra forma de racionalidade, dita sistêmica que, de sua vez, pressionará o “subsistema” (penal), não sem recorrer ao discurso do medo e da insegurança, a valer-se de mecanismos tais como o delito cumulativo (que também poderia ser enquadrado como gênero de “infração sistêmica”), uma racionalidade, pois, propulsora – e já estamos agora a ingressar na segunda característica da sociedade de risco – de uma “sobreatribuição da responsabilidade individual”, que encontrará amparo legitimador na lógica da estabilidade (social).

Cabe salientar, por outro lado, que o autor em comento explicita – com espeque em HABERMAS – de que modo tem lugar o fenômeno da “pressão” expansora sobre o direito penal, vindo a relacioná-la ao procedimento de “colonização do mundo-da-vida” (¹²⁶⁴) por mecanismos sistêmicos interligados à “lógica expansiva da tecnociência” e ao imparável aumento da capacidade econômica de produção, que são conduzidos e impulsionados por um voluntarismo fáustico, que não deveria ser contemplado como aproblemático, porquanto grávido de consequências para o equilíbrio dos sistemas naturais, com repercussões negativas (degenerativas) na qualidade de vida das

(¹²⁶²) Assim uma das principais características da “sociedade de risco” está em que malgrado serem em boa medida consequência de comportamentos humanos conjugados, os *novos riscos* emergem primordialmente de modo “involuntário e irreflectido” e não de forma intencionada ou proposital. Sobre isso, v. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p. 229.

(¹²⁶³) Para SILVA SANCHÉZ (*La Expansión del Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 64], p. 65), o crime por excelência da era global é o crime econômico.

(¹²⁶⁴) Sobre este conceito veja-se a nota n. 846, *supra*, bem como o ponto 7.2.3., *infra*.

gerações atuais (e também das futuras gerações), progressivamente privadas de recursos naturais não renováveis como resultado de um repertório de condutas guiadas por uma racionalidade calculadora e instrumental, contextura ou trama situacional que, segundo estima, provoca nas “representações colectivas uma experiência de dano, de mudança para pior e de descrença nas possibilidades de subsistência dos valores do ambiente” ⁽¹²⁶⁵⁾.

Tal experiência intersubjetiva, a seu turno, é transportada em tempo praticamente real para os sistemas comunicativos moral, ético e jurídico. No que interessa a esta última realidade, SILVA DIAS também observa que condutas que se perspectivavam como axiologicamente neutras, já em razão de seu déficit de solidariedade social e suposto potencial lesivo (de natureza remota), transmudam-se em condutas *axiologicamente relevantes*, agora portadoras de uma (sobre)carga de desvalor intersubjetivamente mundividenciável, bastante a convocar ou pressionar a intervenção jurídico-penal, que irá, ao seu modo, empenhar-se em “traduzir e sistematizar, segundo a sua linguagem codificada, aquelas experiências intersubjetivas de desvalor e de dano, fundando aí materialmente o ilícito e dispensando aos bens ameaçados proteção reforçada” ⁽¹²⁶⁶⁾, contribuindo, dessarte, para o fenômeno de alargamento da responsabilidade, tanto individual como de igual modo para “modalidades” de responsabilização coletivas (uma delas, sem dúvida, aquela encaminhada pelo delito cumulativo – em sua formulação original), com esteio em uma lógica de prevenção temporalmente estendida a resultados remotos, movimento este capaz de devastar a “função integradora das estruturas de responsabilidade moral e jurídico-penal filiadas na experiência normativa do mundo da vida, isto é, baseadas na experiência interna do dano e do desvalor dos comportamentos e na orientação da ação por normas nessa experiências radicadas” ⁽¹²⁶⁷⁾.

⁽¹²⁶⁵⁾ DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 33.

⁽¹²⁶⁶⁾ DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 33.

⁽¹²⁶⁷⁾ DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, ob. cit. [n. 140], p. 34.

Logo, de acordo com essa intelecção dos problemas, maiores índices de insegurança coletiva ou “sistêmica” parecem estar a reivindicar um redobrado reforço na atribuição da culpa como medida liminar e urgente, isto é, orientada a tornar logo inteligível o dano e assim espancar a intranquilidade social. Dito de outro modo, sobreatribuição da responsabilidade individual significa, numa tal moldura, imputação de uma culpa precisamente ali onde falta um juízo de censurabilidade pela conduta singular (pois o desvalor da ação, em si mesma, é mínimo); daí que o juízo de desaprovação ou censura terá de socorrer-se, para o efeito de recuperar um *quid* de desvalor, da imagem compulsiva – de raiz estatística-criminológica – do “grande número”.

7.2.2. Contributo cumulativo: vulneração de uma obrigação social de solidariedade

Consoante deixámos de remissa SILVA DIAS também desoculta fundamentos de filosofia moral (¹²⁶⁸) que estariam a esculpir – na movimentada paisagem do moderno direito penal – um alto relevo à ideia de acumulatividade, chamando então à atenção para o problema relacionado à proteção dos interesses das gerações porvindouras (¹²⁶⁹), devendo-se, contudo, logo explicitar que ele não perfilha o pensamento daqueles que, ao partirem do reconhecimento da ideia de solidariedade intergeracional, sustentam que os porvindouros vejam-se reconhecidos como sujeitos de direito.

Outro tópico de teoria moral cooperante para a fundamentação dogmática da acumulação e a que comumente recorrem os seus apoiadores – designadamente ao influxo de reforçarem o desvalor do contributo singular – assenta-se no desapontamento de fins coletivos e quebra do princípio da

(¹²⁶⁸) DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 27 e s.

(¹²⁶⁹) Cabe enunciar que, contrariamente ao autor ora comentado, entendemos que o problema das futuras gerações transita entre os dois polos ou matrizes explicativas ou fundamentantes do discurso da acumulatividade no território penal. É dizer, move-se tanto na semântica do risco, como também voga no terreno da filosofia moral.

igualdade pelo chamado *freeloader* ou *free-rider* ⁽¹²⁷⁰⁾, ou seja, aquele que, nas exatas palavras de SILVA DIAS “aproveita-se injustamente de uma vantagem na medida em que explora o sentido cooperativo dos outros, isto é, explora em benefício próprio a circunstância de os outros cumprirem as regras que servem para a consecução de um objectivo ou para a preservação de um bem colectivo” ⁽¹²⁷¹⁾.

7.2.3. Refutação do delito cumulativo à luz das estruturas do “mundo da vida”

Pelo que já se expôs acerca do pensamento de SILVA DIAS é de consciencializar-se que este autor interpreta a contemporânea emergência dogmática do delito cumulativo como forma (instigada por uma “racionalidade consequencialista”) de reorientar-se o direito penal para o enfrentamento de problemas que não são meramente situacionais ou conjunturais, mas sim problemas de fundo sistêmico ⁽¹²⁷²⁾; problemas cujo controle e contenção, atizados por uma lógica prevencionista e cautelar, que já não se bastariam com a resposta punitiva tradicional ou canônica (ancorada na noção de ofensividade da conduta punível) e que por isso estariam a demandar um sensível alargamento da responsabilidade criminal. Mas ao assim inteligir evidentemente não pretende SILVA DIAS significar que a regulação penal numa sociedade de risco ⁽¹²⁷³⁾ autoconsciente no que pertine a existência de ameaças existenciais não possa valer-se de mecanismos idôneos de proteção social colimando a preservação de direitos relacionados à higidez ambiental, à saúde, “à segurança e qualidade dos bens de consumo e a garantia da identidade e inalterabilidade do património genético”, isto é, verdadeiros bens

⁽¹²⁷⁰⁾ Para uma visualização bem focada dessa figura, veja-se o item 4.1.2., do Cap. IV, *supra*.

⁽¹²⁷¹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 316.

⁽¹²⁷²⁾ O próprio “desvalor fundamental do contributo singular não é descritível em termos de ofensividade mas apenas em termos de disfuncionalidade”. V. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it”, *cit.* [n. 31], p. 320.

⁽¹²⁷³⁾ Que, evidentemente, só por isso não deixa também de ser uma sociedade democrática, logo uma sociedade aberta ao debate dialógico e formador de uma consciência social e de um vontade coletiva.

jurídicos coletivos ou supraindividuais, que denomina de “escudos protectores” contra os novos grandes riscos ⁽¹²⁷⁴⁾.

Bem, após refutar de modo criticamente fundamentado o postulado sistêmico, SILVA DIAS irá contrapor – com o objetivo de reforçar a tese da *ilegitimidade* do delito cumulativo – uma visão da validade jurídico-penal que assenta no postulado do reconhecimento intersubjetivo, e que ele irá resgatar do conceito de mundo-da-vida, cuja primeira formulação tem, como se sabe, origem na fenomenologia de HUSSERL, e que posteriormente adquiriu um novo impulso com WALDENFELS ⁽¹²⁷⁵⁾, e sobretudo com HABERMAS ⁽¹²⁷⁶⁾.

Com efeito, para SILVA DIAS ⁽¹²⁷⁷⁾ o discurso de validade jurídico-penal sustenta-se em estruturas prático-éticas que o consenso social fundamentado vai construindo mediante permanentes “processos de institucionalização que regulam a respectiva interação”, e que também se vão cristalizando na própria experiência coletiva configuradora da identidade normativa da sociedade. Neste sentido o ilícito penal comparece já como “negação insuportável do reconhecimento recíproco, ou em termos mais concretos, como afetação grave dos bens jurídicos e das normas de comportamento que exprimem esse reconhecimento”. Assim, na concepção que desenvolve, falta ao contributo cumulativo, como facto próprio, um “mínimo de ofensividade” para perturbar aquelas estruturas prático-jurídicas do reconhecimento intersubjetivo, qualificadas de bem jurídico, sendo o aporte ou contributo individual do sujeito insuficiente para comunicar qualquer experiência de ofensa ou de dano, *maxime* porque adota uma concepção de bem jurídico que embora não afaste ou desconheça a relevância dos bens supraindividuais ou coletivos, também

⁽¹²⁷⁴⁾ Reconhece, destarte, a enorme complexidade dos problemas colocados pela “sociedade de risco”, porquanto não se cuidam tão-só de interesses sistêmicos estrategicamente relevantes, e que ao Estado incumbe garantir mediante políticas públicas, posto que em causa também encontra-se a própria dignidade humana em sua expressão colectiva, “que a linguagem dos direitos sociais e da garantia fundamental em causa bem reflecte e traduz”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Protecção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 31 ss.

⁽¹²⁷⁵⁾ WALDENFELS, Bernhard, *In den Netzen der Lebenswelt*, *ob. cit.* [n. 846], p. 129 ss.

⁽¹²⁷⁶⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2^a. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 37 ss.

⁽¹²⁷⁷⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 322 s.

não abdica de um referente pessoal: “Sem a ofensa ou dano a um bem jurídico dotado de referente pessoal não só falece o pressuposto para ameaçar com a restrição do bem jurídico pessoal que é a liberdade, como falta um dos termos de comparação para determinar essa restrição” ⁽¹²⁷⁸⁾.

Daí que para SILVA DIAS o chamado contributo singular constitui não mais do que uma “disfuncionalidade”, posto que somente competente para provocar uma mera trepidação na periferia do bem jurídico coletivo, também vindo aí uma semelhança essencial entre o ilícito contraordenacional e o delito cumulativo ⁽¹²⁷⁹⁾, recusando-lhe, então, legitimidade jurídico-penal, vindo ainda a acentuar que a pena privativa de liberdade não consiste, em casos tais, uma restrição “geometricamente” proporcional à ofensa ao bem jurídico posto sob tutela penal ⁽¹²⁸⁰⁾.

Em espartilhada síntese, insurge-se – por entender desassistido de qualquer amparo no fundamento de validade jurídico-penal – contra o que entende ser um expediente de excessiva e inválida administrativização ⁽¹²⁸¹⁾ do direito penal, levado a efeito por meio do recurso ao “modelo de ilícito de desobediência”, a modo de resposta para o problema dos grandes números, como também sustenta que a punibilidade do delito cumulativo embate-se, frontalmente, com o princípio da culpa, uma vez que nele só é possível visualizar o perigo e recuperar algum resíduo de ofensividade na conduta individual ao integrá-la a um processo cumulativo constituído da plural adição de aportes individuais de terceiros, aderindo, destarte, à doutrina que anatematiza essa modalidade delitiva, atribuindo-lhe carência de sustentação dogmática posto assentar-se, segundo descortina, numa culpa “*ex injuria terti*” ⁽¹²⁸²⁾. Enfim, o autor ora sob comentário sugere a inconstitucionalidade

⁽¹²⁷⁸⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, cit. [n. 31], p. 333.

⁽¹²⁷⁹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, cit. [n. 31], p. 339.

⁽¹²⁸⁰⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, cit. [n. 31], p. 333.

⁽¹²⁸¹⁾ Que remete ao crescente desvanecimento da linha divisória entre bens jurídicos de proteção e “dinâmicos” bens jurídicos fomentadores de funções administrativas. Sobre isso, em detalhe, BARATTA, Alessandro, “Jenseits der Strafe – Rechtsgueterschutz in der Risikogesellschaft”, cit. [n. 37], p. 400 e s.

⁽¹²⁸²⁾ Logo, vislumbra na proposta do delito cumulativo um modelo bem palpável de flexibilização das categorias axiais da imputação jurídico-penal, *maxime* por ela depreciar os

material do delito cumulativo ao argumento de que tais proibições encontram-se fundamentadas num contexto sistêmico-funcional, capaz de conduzir seja a uma indevida administrativização do direito penal, seja a uma perigosa flexibilização das categorias centrais da imputação ⁽¹²⁸³⁾.

Bem, concordamos que a “lógica de massas” que subjaz à ideia de acumulação não pode, sem mais, fundamentar uma imputação por uma conduta apenas em tese acumulativa. Divergimos, no entanto, que a ideia de acumulação, ou que o chamado delito cumulativo, devam sempre conduzir a uma “sobreatribuição da responsabilidade individual”, porquanto a depender do *contexto situacional* em que desenvolvida a ação será possível – ou não – estabelecer um juízo de censurabilidade a adscrever-se ao contributo singular.

De igual sorte também cabe afastar a crítica de que se trataria de uma culpa “*ex injuria terti*”. A primeiro, porque já na configuração típica de um delito cumulativo não poderá figurar qualquer explícita referência ao contributo de terceiros; a segundo, porque na acepção que defendemos de delito cumulativo o agente só responde pelo facto próprio (dano-contributo), *i.e.*, aquele aporte situado além do “limiar ou umbral de significância”, capaz, portanto, de comunicar (normativamente) uma experiência de dano. Com isso diverge-se, é meridiano, que uma “experiência de dano” exija, sempre, que um bem jurídico “dotado de referente pessoal” tenha ingressado no raio de ação da conduta ofensiva.

Deveras, pensamos que as principais críticas lançadas por SILVA DIAS ao delito cumulativo (registre-se: censuras direcionadas àquela já estudada formulação de cepa germânica) podem ser combatidas com alguns ajustes que irão permitir que o desvalor do contributo singular também possa ser descrito em termos de ofensividade. À derradeira, advogamos que a censura de ofensa ao princípio da proporcionalidade também fica afastada já com a exclusão da pena privativa de liberdade do leque de sanções penais imputáveis ao delito cumulativo.

princípios da ofensividade e da culpa. V. DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 337 e 340.

⁽¹²⁸³⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 303.

8.Considerações do Capítulo

Tendo presente os elevados fins do direito penal moderno opomo-nos a uma hierarquização da categoria do bem jurídico que culmine por sotopor os bens jurídicos coletivos aos bens jurídicos de contorno personalista. É que interesses coletivos (de extração social) encontram-se, não raro, de tal modo interlaçados a uma pluralidade inumerável de interesses individuais ⁽¹²⁸⁴⁾ que o pretender fundar-se a legitimidade material de um bem jurídico coletivo num específico interesse individual é tarefa que só consegue justificar-se, e com muita dificuldade, no plano teórico. Fundamental, segundo entendemos, é realizar a direta tutela das componentes ambientais em vista das funções que exercem para a autorrealização e o bem estar de um número indeterminável de indivíduos.

Miremos agora para o “chão sujo da realidade”. Tomemos uma empresa petrolífera proprietária de uma plataforma de prospecção submarina de petróleo que, por negligência grosseira, dá ensejo a um grande vazamento de óleo cru, que irá contaminar vastas águas oceânicas, cujo resultado imediato afere-se na morte de milhares de aves e de peixes, mas sem com isso afetar qualquer atividade econômica específica identificável, sequer a saúde de qualquer concreto indivíduo. Na situação em tela, deveras dificultoso será defender-se o ponto de vista que a conduta descrita – demonstrada a violação às disposições legais e regulamentares e constatada uma concreta degradação da qualidade do meio aquífero – não deva suscitar uma reprimenda penal à míngua de ofensa a um qualquer interesse personalizável, quando comprovado que, força da degradação ou modificação de suas qualidades, as funções ecossistêmicas desempenhadas pela mencionada componente ambiental restaram afetadas.

Sustentar que a degradação das águas não promoveu abalo em um específico interesse humano individualizável no caso concreto, e que já por isso não seria susceptível de reprimenda penal, também não socorreria. No caso em foco restou turbado, sem dúvida, um interesse pluri-individual na

⁽¹²⁸⁴⁾ Porém esses nem sempre revelam-se perscrutáveis e, muita vez, só se deixam enuclear em um momento muito posterior, e.g., à violação da pureza das águas ou do ar.

manutenção de um meio ambiente hígido (orientado ao bem estar das pessoas na fruição da natureza); logo, um interesse coletivo ou macrossocial das atuais gerações, ou, no limite, também das vindouras gerações. A propósito, entendemos que na estreita zona do direito penal do risco é ético-penalmente mais desvaliosa a ação que apresenta elevada probabilidade em atingir um número indeterminado de pessoas ⁽¹²⁸⁵⁾ (sujeito passivo espaço-temporalmente indeterminado) do que o comportamento capaz de comover a esfera existencial de um bem jurídico que possua como referente um interesse singularizável.

Naturalmente que também não duvidamos que um bem jurídico coletivo encontra-se – quase sempre de forma mediata – associado a interesses humanos (e, sob este prisma, sempre se poderá falar na existência de um perigo abstrato). É que a norma não é uma invenção dos deuses, mas um constructo do prodígio que é o homem. Sem embargo, com isso articular, e é de uma evidência solar, não se está a realizar nenhum *plaidoyer* voltado a uma *instrumentalização* dos bens jurídicos de naípe coletivo em prol de um qualquer concreto interesse individual. Já a exigência de “mandamentos de moderação ou de proibição de excesso”, segundo estamos em crer, é válida como crivo crítico político-criminal à consubstanciação de qualquer bem jurídico, s.c., quer individual, quer coletivo.

Os bens jurídicos coletivos, todavia, reclamam, agora sim, como parâmetro indispensável de criminalização, uma vinculação político-criminal mais apertada às pautas axiológicas ⁽¹²⁸⁶⁾ plasmadas na Constituição da República, uma vez que diversamente dos tradicionais bens jurídicos individuais, ressentem-se eles de uma historicidade penal mais densa. De conseguinte, é na Carta Fundamental que os bens jurídicos coletivos irão resgatar conteúdos legitimantes de dignidade penal – mormente o meio

⁽¹²⁸⁵⁾ Timbrar também faz-se necessário que relativamente aos crimes ambientais, partindo de uma leitura pormenorizada de GIORGO MARINUCCI e EMÍLIO DOLCINI, aprendemos que se trata “(...) de delitos caracterizados por uma vitimização de massa”, uma vez que a criminalidade ambiental mina “as condições de sobrevivência, física e econômica, de grupos mais ou menos amplos de pessoas ou de todo o gênero humano”, v. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emílio, “Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad”, *cit.* [n. 449], p.160.

⁽¹²⁸⁶⁾ Pois – e também aqui – tudo está a girar em torno de valores.

ambiente: um bem especialmente valioso e de enorme relevo para o conjunto da espécie. Dessarte, bem é de ver, os bens jurídicos coletivos possuem uma estrutura axiológica toda própria: densificada de *valor social* e que os autonomiza dos bens jurídicos dotados de referente individual.

Também cobra vital importância enfatizar que as particulares características dos bens jurídicos coletivos – marcados pelas salientes notas da indivisibilidade, não-exclusividade (impossibilidade de apropriação individual), não-distributividade e, designadamente, já uma relativa intangibilidade – os aproxima, e de modo bem peculiar, do problema da acumulação, forte no âmbito da tutela penal ambiental.

Para clarificar o discurso deve-se explicitar que o meio ambiente natural constitui um bem jurídico de estrutura macrossocial ou coletiva, usualmente insusceptível de afetação por condutas isoladas e não acumuláveis. Pode então afirmar-se, com rigor, que o bem jurídico ambiental apresenta uma singular capacidade de opor resistência (ou uma *natural tenacidade*) a comportamentos que se não desnudem passíveis de reiteração em massa (por um grande número de pessoas e/ou empresas) apresentando, portanto, uma – e para fazermos agora emprego de uma imagem translata – couraça refratária a ataques isolados.

Urge, outrossim, fincar que não sufragamos uma proposta de subcategorização do comportamento acumulativo no esboço de uma ressystematização do perigo abstrato. Com efeito, defendemos – especificamente para a tutela penal do ambiente – que, no peculiar marco do delito cumulativo, ou o contributo singular ao ingressar em um território de acumulação ocasiona já uma ofensa real, *i.e.*, promove uma perturbação das funções ecológicas desempenhadas pela componente ambiental sob ataque (as águas, o ar, o solo etc), ou ele – à míngua de resultado – simplesmente não preenche o ilícito-típico. Somente assim, segundo entendemos, faz-se possível antecipar, em termos reais (e não abstrativos), a necessária proteção dos contextos de vida a que se ligam as gerações atuais e futuras.

O delito cumulativo também não configura um quarto nível de ofensividade, logo não fica rompida a estrutura triádica do delito (delito de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato). É que ele não se sustenta em um mero “perigo de acumulação”, que – é de uma evidência meridiana – não

constitui de modo algum critério bastante a emprestar qualquer mínima lesividade à conduta em si mesma inócua, *i.e.*, o aporte inepto a tanger ou penetrar o raio ou esfera de atuação do bem jurídico coletivo. Realmente, não se pode pretender que uma ação em si mesma (totalmente) inidônea a causar um dano ou lesão ao bem jurídico possa, *per se*, representar um perigo para este. Estaríamos, se agasalhássemos uma tal proposição, perante uma noção de perigosidade não sufragada nem defendida pela dogmática doutrinal da ofensividade de perigo.

Acresça-se que a prognose antecipada (de acumulação) levada a cabo pelo legislador para urdir o tecido normativo de um delito cumulativo não é, isoladamente, garantia inabalável da lesividade da conduta, logo não lhe comunica, *tout court*, suficiente conteúdo de ofensividade. Para tanto outros requisitos se fazem necessários.

Entendemos, fundamentalmente, que o contributo singular terá ele próprio de apresentar uma *ofensividade real* mínima. E, mesmo ainda bens jurídicos especialmente valiosos (voltados, *e.g.*, à continuidade existencial da espécie), não autorizam a punição por um comportamento sequer abstratamente perigoso.

Nesta linha de desenvolvimento argumentativo fácil é ver-se, forte em função da prefalada “capacidade de resistência” do bem jurídico coletivo a condutas isoladas, que o aporte singular só adquirirá algum potencial lesivo – hábil a provocar um bem delimitado dano-violação – em circunstâncias bem específicas. (A serem estudadas em um outro capítulo).

Por outro lado, uma transgressão a deveres gerais de colaboração e de cooperação (WOHLERS) para a preservação de bens coletivos pode, no limite, fundamentar a aplicação de uma sanção contraordenacional – mas não já uma pena! Quer-se com isso significar que a sanção penal não deve funcionar como “mecanismo restaurador da igualdade jurídica vulnerada” se a conduta, conquanto em tese acumulativa, *in concreto*, não representar nem mesmo um perigo abstrato para o objeto de tutela da norma. Calha vincar que uma sanção penal, ainda que branda ou mitigada, jamais será proporcional quando confrontada com um “comportamento não cooperativo” individualmente insignificante. A admitirmos uma tal hipótese, para alguns socialmente plena de sentido, a pena só poderá ser perspectivada como uma resposta proporcional

se também consentirmos com o retorno a um direito penal arbitrário, ou seja, um direito penal já condescendente com o “chapéu de Gessler”.

Em bem reduzida síntese, e de forma bem esquemática, sustentamos que o contributo acumulativo só poderá reputar-se impregnado de alguma danosidade social quando:

a) os danosos efeitos agregativos fundarem-se numa hipótese realista de acumulação – criminologicamente fundamentada, *i.e.*, subordinada aos conhecimentos científicos disponíveis, pois, a não ser deste modo, abandonaremos o direito penal do risco e ingressaremos em um direito penal do acaso;

b) a conduta acumulativa presente como atributo essencial um “peso próprio mínimo”, em ordem a poder, do ponto de vista normativo, ser considerada digna de pena;

c) a ação cumulativa não inteiramente insignificante ingresse ou apresente um ponto de intersecção com um *território de acumulação*, em ordem a ocasionar uma lesão em uma das componentes ou entidades do bem jurídico coletivo penalmente tutelado (o meio ambiente natural).

Com isso, bem é de ver, não se está de modo algum a propugnar um conceito material de bem jurídico, mas exclusivamente a sustentar que se não pode pretender desocultar uma ofensividade completamente livre de empirismo. Dito de outro modo, o resultado a ser juridicamente valorado (um efeito material ou imaterial) não se despede do aspecto externo-objetivo, mormente porque no âmbito de um “contexto de acumulação” a conduta não-insignificante sempre produz um efeito material.

Por outro lado, cumpre finalmente acentuar, também afastamo-nos de uma concepção de acumulatividade que se satisfaz com a mera formal

subsunção à formatação típica, isto é, mesmo ainda quando o concreto aporte individual venha a revelar-se inteiramente falto de lesividade contextualmente relevante.

CAPÍTULO VIII

DELITO CUMULATIVO E TUTELA PENAL DO AMBIENTE NATURAL

1. O meio ambiente como objeto de proteção penal; 2. Teorias legitimadoras da tutela ambiental; 2.1. Esboço de uma orientação estritamente antropocêntrica; 2.2. Teoria ecocêntrica; 2.3. A Teoria ecológico-antropocêntrica; 2.3.1. Eco-antropocentrismo alargado às “futuras gerações”; 3. O meio ambiente como conceito relacional: defesa de uma concepção estrita para fins de tutela penal; 4. Dignidade penal do bem jurídico ambiental; 5. Direito penal ambiental e o papel do direito administrativo; 6. Direito penal ambiental e acessoriedade administrativa; 7. Meio ambiente: bem jurídico coletivo; 7.1. Meio-ambiente como bem jurídico coletivo complexo dotado de uma tópica tangibilidade; 7.2. Tutela penal do ambiente: necessidade de superação tópica da técnica de tutela do perigo abstrato; 7.3. Proposta de tutela penal fragmentariamente antecipada do ambiente; 8. Direito penal (econômico)-empresarial do ambiente e o problema da acumulação: essencialidade de uma autônoma imputação coletiva; 9. Considerações.

1. O meio ambiente como objeto de proteção penal

A tutela do ambiente é uma das (relativamente novas) zonas da realidade jurídico-normativa ⁽¹²⁸⁷⁾ que têm vindo a receber uma progressiva atenção quer

⁽¹²⁸⁷⁾ Estamos assim perante uma nova zona de incriminação detentora de uma relativa autonomia (aliás, não é demais lembrar que para que surja como disciplina autônoma o direito

do saber criminológico (¹²⁸⁸), quer político-criminal e, portanto, também do legislador penal, o qual, a modo de reconhecimento da pregnância da matéria, a conduziu, um pouco por todo lugar, para a topografia do direito penal nuclear(¹²⁸⁹), pese estarmos em presença de um *topos* claramente pertencente ao direito penal secundário (¹²⁹⁰).

Bem, que as ofensas relevantes ao ambiente natural não têm, de regra, origem na conduta singular e episódica do sujeito individual, posto resultarem quase sempre da ação de vários indivíduos, de empresas ou ainda da ação fragmentada e não concertada de um “grande número” de pessoas a ocasionar efeitos de cumulação e soma nos ecossistemas é algo que, decisivamente, colabora para a consagração dos delitos ambientais como o âmbito normativo preferencial para a proliferação dos “injustos de acumulação”. Logo, o delito

penal do ambiente deverá apresentar metodologia própria, autônomo objeto, bem como regras e princípios próprios), pois uma total independização da teoria clássica do delito a emanar da parte geral do Código Penal não é algo que se possa consentir sem quebra da unidade sistemática da dogmática penal. Também se não pode negar um certo carácter de *novum* problemático, capaz já de postular emancipação, muito embora deva manter-se vinculado ao campo gravitacional do direito penal económico, *maxime* se se vislumbra que “os grandes ataques ao ambiente se fazem, irredutivelmente, através das grandes empresas, das grandes pessoas colectivas nacionais ou internacionais”. V. COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 37. Sobre a problemática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, de forma meramente aproximativa, v. o ponto 8, do Cap. VIII, *infra*.

(¹²⁸⁸) KAISER, Günther, *Kriminologie*, 10ª. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1997, p. 476.

(¹²⁸⁹) Consoante constata-se de uma singela consulta aos códigos penais português (arts. 278º., 279º e 280º.), alemão (§§ 311 d, 311e StGB e § 324 do StGB) e espanhol (arts. 325 ao 331).

(¹²⁹⁰) Sobre o direito penal secundário, v. as considerações lançadas no ponto 4, do Cap. III, *supra*. Deveras, já a forte acessoriedade administrativa a que os tipos penais ambientais têm de se sujeitar coloca bem em evidência a sua concernência ao direito penal secundário. Criticando a inclusão do direito ambiental no Código Penal, já que possui um “estatuto ético autónomo”, e principalmente porque “a sua construção como crimes de desobediência, permitindo, na prática, sobrepor o valor da obediência ao do bem jurídico ambiente deveria antes justificar a sua remissão para o Direito Penal secundário (ou a sua repartição entre este e o Direito de Mera Ordenação Social)”, PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 208.

cumulativo, já como expressão de uma sociedade de massa ⁽¹²⁹¹⁾ – concordemos ou não com a ressonância limitada mas deveras persistente que tem vindo a obter na constelação do chamado direito penal moderno – tem o meio ambiente precisamente como esfera prioritária de manifestação.

De outra raia, também se não pode deixar de vincar, que no território doutrinário português FIGUEIREDO DIAS terá sido dos primeiros a voltar a atenção para as complexas questões jurídico-penais que a degradação meio ambiental veio convocar ⁽¹²⁹²⁾. De facto, em texto urdido há mais de 30 anos⁽¹²⁹³⁾ cuidou o mencionado autor de assinalar, com adequada ênfase, a relevância do ambiente como valor fundamental e, ao mesmo tempo como uma conjuntura imprescindível ao livre desenvolvimento dos indivíduos no seio social, defendendo a legitimidade da intervenção penal, sobretudo em vista do elevado interesse social na preservação – forte “nas sociedades dos nossos dias” –, de um “meio de vida são” ⁽¹²⁹⁴⁾, que alçapremou à categoria de “bem jurídico em sentido próprio e autónomo, que reclama a intervenção protectora do direito penal” ⁽¹²⁹⁵⁾ contra intoleráveis condutas antiambientais.

A outro tanto, e o assinalámos algures, se a ideia de acumulação subjaz em outros âmbitos ⁽¹²⁹⁶⁾, não se constituindo em uma exclusividade do direito penal do ambiente, é imperativo reconhecer que a denominada “dogmática da

⁽¹²⁹¹⁾ E os crimes contra o meio ambiente caracterizam-se precisamente como fenómeno de massa, isto é, delitos em “que o bem só pode ser ameaçado mediante repetição em série de factos individualmente inócuos (microlesões em massa)”. V. GIUSINO, Parodi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, ob. cit. [n. 494], p. 305.

⁽¹²⁹²⁾ Também chamam a atenção para esse aspecto, NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, cit. [n. 91], p. 292 e s; e MOURA, José Souto de, “O Crime de Poluição – A propósito do art. 279º. do Projecto de Reforma do Código Penal”, in *RMP*, a. 13º., 50 (1992), p. 15 ss., p. 20.

⁽¹²⁹³⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, cit.[n. 1242].

⁽¹²⁹⁴⁾ Estimando tratar-se de uma definição hermética e “insusceptível de assumir as refrações ou projecções de vinculações externas”, COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, ob. cit. [n. 53], p. 303, na nota 59.

⁽¹²⁹⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, cit.[n. 1242], p. 9.

⁽¹²⁹⁶⁾ Tais como direito penal do consumo e direito penal tributário, também eles subcategorias do direito penal económico.

acumulação” nasce e se desenvolve precisamente com os problemas suscitados pela tutela penal ambiental (¹²⁹⁷).

Bem, as considerações acima debulhadas impõem-nos já no próximo ponto avançarmos – *maxime* para que se não colha aqui invectivas de que pairaria uma qualquer eiva de superficialidade de análise (¹²⁹⁸) – em direção ao acervo de teorias que comprometem-se em decifrar a relação do homem com o meio ambiente e, simultaneamente, propõem-se a legitimar a intervenção penal neste domínio.

2. Teorias legitimadoras da tutela ambiental

Há pelo menos três (¹²⁹⁹) teorias (ou vertentes ideológicas), que ao tentarem explicar a relação do homem com o ambiente servem de esteio a uma dialogação fundamentadora do ambiente natural como bem jurídico merecedor do reforço da tutela penal: uma teoria antropocêntrica, uma teoria ecocêntrica e uma teoria ecológico-antropocêntrica (¹³⁰⁰) ou teoria compromissária.

2.1. Esboço de uma orientação estritamente antropocêntrica

Pode logo sustentar-se que essa teorização anda de braços com uma profunda e racionalmente injustificada (por mor na atual quadra histórica)

(¹²⁹⁷) Não desborda desse entendimento, sublinhando que os delitos ambientais não são apenas ponto de partida para o desenvolvimento do pensamento referido à acumulação, como também servem de plataforma para inflamar o debate acerca da adequação do dogma do bem jurídico relativamente ao problema dos novos grandes riscos para a humanidade, HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 308 e s.

(¹²⁹⁸) Que, afinal, poderia promover disfuncionais *déficits* de cognição quanto ao poliédrico objeto ora em específica investigação.

(¹²⁹⁹) Mas, a rigor, vistas as coisas com a devida atenção, há, tão-somente, duas vertentes teóricas de claro conteúdo ético empenhadas em explicar a relação do homem com o ambiente. Uma teoria antropocêntrica e sua antípoda, *i.e.*, uma teoria não-antropocêntrica, cada uma delas com várias segmentações, não raro, “significativamente distintas”. Adotando esta compreensão das coisas, BOSSELMAN, Klaus, *When Two Worlds Collide – Society and Ecology*, Auckland: RSVP Publishing Company Limited, 1995, p. 15.

(¹³⁰⁰) Sobre essas teorias, por todos, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 462 ss.

crença na inesgotabilidade da natureza, finalmente reduzida, força de um pensamento fundado em predicados obsedadamente economicistas, “a puro objeto susceptível de apropriação exclusiva e ilimitada” ⁽¹³⁰¹⁾. Por outra raia, repugna-lhe reconhecer direitos à Natureza ou, o que é inegavelmente difícil de sustentar nos dias que correm, impor aos indivíduos deveres para com esta.

A teoria em discepção, bem é de ver, não apenas é orientada de modo quase que exclusivo para os indivíduos, como o é mais especificamente para os interesses personalistas e imediatistas das pessoas que vivem no tempo presente ⁽¹³⁰²⁾ – logo, o seu conteúdo programático mínimo não ostenta qualquer intencionalidade em precatar interesses de pessoas não nascidas.

Já aqueles que seguem os postulados jurídicos da Escola de Frankfurt, e que defendem uma concepção acirradamente pura de bem jurídico (monismo-personalista) bem poderão, e sem muito espanto, autorreconhecerem-se filiados a esta corrente antropocêntrica forte.

É significar: após um rápido autoexame poderão surpreenderem-se vinculados a uma noção antropocêntrica que vislumbra no ambiente nada mais que um bem jurídico dependente de interesses pessoais. E, mesmo uma concepção já algo matizada, porque funcionalizadora do bem jurídico ambiental aos interesses estritamente personalistas, também resvalará, segundo pensamos, na mesma *armadilha antropocêntrica*, porquanto o que se terá, com rigor, não será nada mais do que uma “técnica de tutela antecipada” ⁽¹³⁰³⁾ daqueles interesses.

Temos para nós, portanto, que uma teoria que se proponha a funcionalizar o direito penal ambiental – limitando-o à subalterna função de

⁽¹³⁰¹⁾ Daí haver quem, como BELVER CAPELLA (“El futuro del Derecho al ambiente”, *in*: *Suplemento Humana Jura de derechos humanos*, 1996, n.º. 6, Pamplona: Universidade de Navarra, p. 3 ss., p. 16), apode esse modelo de “tecnocrático”, pois um modelo que se supõe capaz de conduzir ao consumismo, à especulação financeira, ao desperdício, à degradação ambiental, à glorificação de interesses crematísticos, *i.e.*, ao assenhramento, privatização ou destruição de bens coletivos por puro e simples deleite.

⁽¹³⁰²⁾ Entre os minoritários defensores dessa concepção teórica podemos mencionar Olaf HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikt – Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main *et al.*, Lang, 1991, esp. às p. 77 ss.; e p. 179 ss.

⁽¹³⁰³⁾ GUIRÃO, Rafael Alcácer, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 147.

guardião avançado dos bens jurídicos individuais tradicionais (vida, saúde e propriedade) –, e que também postule que os tipos-legais que sancionam as investidas às componentes integrantes das bases da vida só se legitimam, “ao fim e ao cabo, em um inerente ataque indireto à vida e à saúde humanas”⁽¹³⁰⁴⁾, exigindo, ademais, uma causalidade real entre o comportamento típico e a ofensa a tais bens, simplesmente não serve a uma adequada tutela penal que simultaneamente revele-se apta a justificar capazmente a autonomização daquele ramo emergente do direito penal.

A rigor, bem perspectivadas as coisas, uma tal concepção alargada de interesses personalísticos termina, no limite, por negar autonomia aos bens jurídicos coletivos, posto que estes permanecem a girar como meros satélites dos primeiros. E, uma tal subalternidade, vistas as coisas com a sonda da racionalidade teleológica, também não resultará em qualquer mais avançada proteção aos bens jurídicos de linhagem tradicional, posto que uma nesta zona da criminalidade assaz desejável tutela supraindividual (a abarcar interesses de um número difuso ou indeterminável de indivíduos) não se realizará a contento quando a ingerência penal ficar a depender da identificação de um qualquer concreto interesse pessoal a proteger.

De modo que a seguir-se tal resvaladiço traçado teórico não apenas não se terá a pretendida salvaguarda avançada de interesses clássicos, como o bem jurídico coletivo supostamente merecedor de autônoma proteção permanecerá inerme e abandonado à própria sorte: em prejuízo, pois, isso é meridiano, dos já referidos interesses supraindividuais. Onde – e não é preciso aqui estabelecermos um raciocínio que exija mais do que a lógica pode-nos oferecer – tudo com sacrifício de uma miríade insindicável de interesses individuais a que a tutela penal do ambiente encontra-se indissociavelmente vinculada.

Quer-se com isso também significar que se o direito penal do ambiente tiver de arrancar taxativamente a sua razão de ser – já em função de uma equivocada contemplação antropocêntrica – da necessidade de imputação de condutas que revelem-se idôneas a afetar um bem jurídico individual, ou seja, se tiver de ficar na expectativa de obstar um dano ou um concreto perigo para

⁽¹³⁰⁴⁾ HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikt*, ob. cit [n. 1302], p. 195.

os referidos bens jurídicos “clássicos”, a proteção do meio ambiente como legítimo bem jurídico (coletivo) simplesmente não terá lugar ⁽¹³⁰⁵⁾.

Deveras, uma tal unidimensional pré-compreensão do sistema do ambiente delata um vezo ou pendor utilitarista extremado (decerto incompatível com uma ideia de “desenvolvimento sustentado”) e também incapaz de conceder qualquer autônomo significado ou valor próprio ao meio ambiente, negando-lhe qualquer importância transcendental, reconhecendo-o, tão-somente, como um mero valor instrumental: densificado exclusivamente na chamada “capacidade de aproveitamento humano” ⁽¹³⁰⁶⁾.

Com isso afirmar não se pense, todavia, que estejamos nós a patrocinar a defesa de uma teoria ecocêntrica (a seguir estudada). Entendemos, cabe deixar aqui logo anotado, que a tutela jurídico-penal do ambiente, já por voltar-se à preservação de um “ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado” ⁽¹³⁰⁷⁾, se não pode realizar de forma livre de qualquer humana finalidade. Todavia isto nada tem haver com a defesa de uma concepção de bem jurídico ambiental como bem jurídico coletivo famulatório, *i.e.*, necessariamente reconduzível a bens jurídicos individuais.

2.2. Teoria Ecocêntrica

Assumindo um ponto de vista visceralmente adversário do posicionamento antropocêntrico, os que perfilham o pensamento ecocêntrico ⁽¹³⁰⁸⁾ propõem-se a deslocar o Homem daquela posição primordial (eixo gravitacional medular em torno do qual os objetos descrevem órbitas servis) para o substituírem pela Natureza (não propriamente pelo “meio” ambiente), entendida agora como valor superior: totalizante ou holístico. Não ajuízam eles contudo que o Homem, como parte integrante de uma grande entidade

⁽¹³⁰⁵⁾ Segue esta linha de raciocínio, Kristian KÜHL: “Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?”, *cit.* [n. 525], p. 255.

⁽¹³⁰⁶⁾ SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 89.

⁽¹³⁰⁷⁾ Em atenção ao disposto no art. 66º., nº. 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁽¹³⁰⁸⁾ Por todos, NASH, Roderick Frazier, *The Rights of Nature*, *ob. cit.* [n. 796].

orgânica (¹³⁰⁹), periclita ser inteligido ou decifrado como mera “gradação padronizada” (“Schatierung”), devendo a espécie (o todo), então, prevalecer, sempre, sobre o indivíduo.

Deve anotar-se, em acrescentamento, que uma tal fundamentação biologista do bem jurídico-penal outorgaria à Natureza, não nos sobeja qualquer dúvida quanto a isto, uma dimensão tal (um “caráter de entidade viva independente” [¹³¹⁰]) que a converteria em não menos que um vero sujeito de direitos(¹³¹¹), talvez o único verdadeiro sujeito de direitos...

De outra parte, uma noção tendencialmente absolutizante da Natureza desprezaria um *conceito relacional* de ambiente (e de ambiente como realidade social construída) – que entendemos como ajustado – podendo, quiçá, inviabilizar a civilização como hoje a conhecemos, com potencialidade para impossibilitar um sem-número de atividades econômicas, impondo, outrossim, uma radical viragem jurídico-penal, uma vez que qualquer mínimo atentado às componentes do ambiente (perseguir-se-ia, claro, uma pureza “natural” das águas, do ar, dos solos etc) representaria já um dano ao bem jurídico em espeque.

Razão por que – já que não possui viabilidade dogmática – não obteve a teoria ora analisada qualquer ressonância na doutrina penal. A rigor, a seguir-se fielmente os seus postulados, teríamos não apenas de nos mover no mundo

(¹³⁰⁹) Cuida-se, é claro, de uma mundivisão biocêntrica peculiar à denominada “ecologia profunda”. Denunciando traços antropomórficos na proposição sustentada pela “deep ecology” e questionando se não constitui uma rematada contradição “não ter em conta o humanismo dos direitos humanos e pretender ao mesmo tempo ampliá-lo a todas as criaturas abióticas (...)”, OST, François, “Ecología y Derechos del Hombre”, *cit.* [n. 817], p. 205.

(¹³¹⁰) GUIRÃO, Rafael Alcácer, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 145.

(¹³¹¹) Defendendo que a “visão ecocêntrica, levada ao extremo, é tão inoperativa como a perspectiva antropocêntrica – porque é, além de irrealista, tecnicamente impossível (os recursos naturais, não tendo personalidade jurídica, não são sujeitos de Direito)”, bem como que “só um passo firme na direcção de um ecocentrismo moderado – sem pôr em causa, naturalmente, o valor do Homem em face da Natureza – ajudaria a dignificar o Direito do Ambiente e a banir, de uma vez por todas, a visão utilitarista”, GOMES, Carla Amado, “O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *in: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 11-12, Almedina: 1999, p. 43 ss., p. 65.

de uma outra forma: teríamos de reconhecer que a própria presença ou existência (*Dasein*), o procriar (afrito ou não) e o respirar (precário ou não) representariam já por si uma afetação, ainda que mínima, ao ambiente.

Deve, pois, abraçar-se uma teoria que propugne a intervenção penal somente naqueles casos em que um ataque a uma componente do ambiente (v.g.: o ar) também possa repercutir negativamente sobre as funções que o bem (ou um seu elemento representante) desempenhe para a higidez dos fundamentos naturais da vida.

2.3. A Teoria ecológico-antropocêntrica

Segundo o entendimento da doutrina majoritária ⁽¹³¹²⁾ a tutela penal do ambiente não se deve realizar em função de uma perspetivação da Natureza como um valor absoluto, mas como “instrumento do bem-estar do homem”⁽¹³¹³⁾. Todavia, essa teoria, opostamente à vertente antropocêntrica, não visa à proteção dos recursos naturais com vistas a um mais vantajoso aproveitamento econômico destes.

⁽¹³¹²⁾ Na doutrina é francamente dominante uma compreensão do meio ambiente como bem jurídico autônomo, cuja tutela descreve um campo de proteção voltado “à conservação das condições de vida tanto das presentes como das futuras gerações”. V. ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n. 676], p. 153. Veja-se também: BLOY, René, “Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, *cit.* [n. 1117], p. 485 ss; RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 931], p. 33 ss.; KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 697; FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 139, e; LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. ed., München: C. H. Beck, 2004, p. 1324 e s.

⁽¹³¹³⁾ GOMES, Carla Amado, “O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *cit.* [n. 1311], p. 52. Mas uma tal reperspectivação da natureza também está a exigir a promoção de uma ética ambiental que se ponha a serviço da domesticação do animal de rapina que habita o Homem, pois uma racionalidade utilitária levada às últimas consequências (ou seja, de acordo com a regra *maxmin*) não apenas não é propícia ao desenvolvimento do ser-pessoa, como pode, à *outrance*, representar incalculáveis déficits de bem-estar para o conjunto da sociedade.

Trata-se, com rigor, de uma “concepção compromissária” (¹³¹⁴), que alguns preferem ver como uma concepção ecológica moderada, vez que o ambiente já não comparece aqui como um fim em si mesmo; outros a denominam de antropocentrismo débil, mormente em razão do acento que ela põe na não instrumentalização do ambiente à precária condição de simples objeto a serviço do homem. Dentro de uma tal solução de compromisso “(...) O ambiente é (...) simultaneamente um valor autônomo (porém não um valor absoluto) e um valor funcional, relativamente à protecção das condições de existência de cada cidadão” (¹³¹⁵).

Entanto, cabe gizar, não se trata de uma mera funcionalização (¹³¹⁶) legitimante dos bens jurídicos ambientais (de clara dimensão supraindividual) com o escopo de colher proveitos para os bens jurídicos de color individual ou personalista. É que o reconhecimento e a salvaguarda dos bens ambientais simplesmente independem da demonstração de lesão ou ameaça a concretos interesses individuais (¹³¹⁷).

Não se trata, então, e é meridiano, de realizar uma tutela penal prematura ou adiantada de bens jurídicos individuais (¹³¹⁸), mas sim de garantir

(¹³¹⁴) De assinalar que SCHÜNEMANN é um crítico bastante pertinaz desse conceito-compromisso, assinalando que “todas as teorias de compromisso sofrem com a falta de critérios para distinguir entre as suas duas versões extremas”. V. SCHÜNEMANN, Bernd, “Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law”, *cit.* [n. 728], p. 175 ss., p. 182 e s.

(¹³¹⁵) PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 373. Interpolamos.

(¹³¹⁶) Esta é, como se sabe, a proposta de Winfried HASSEMER: “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *cit.* [n. 441], p. 379, afinal já discutida no texto.

(¹³¹⁷) Este entendimento, evidentemente, não é refutado pela existência de tipos-incriminadores que façam depender a materialidade da conduta de uma ofensa a interesses personalísticos (vida, saúde etc). Ocorre que em situações tais não se estará, rigorosamente, em presença de um ilícito típico sustentado em um bem jurídico ambiental; por outro lado, a depender da configuração da estrutura típica, poderão conviver dois bens jurídicos na mesma moldura normativa: um supraindividual; o outro personalístico.

(¹³¹⁸) RUDOLPHI também parece adotar um ponto de vista moderadamente antropocêntrico, pois, para ele “o solo, a água, o ar, juntamente com as condições climáticas (como, por exemplo, temperatura e umidade) e os elementos bióticos (*i.e.*: animais, plantas e outros seres vivos), assim como o ecossistema como um todo são constitutivos para a qualidade da vida

uma proteção direta e imediata a bens jurídicos de naípe coletivo ou supraindividual. Com isso afirmar não se nega que a proteção do homem (coletivamente perspectivado: gerações atuais e futuras) só se opera de maneira mediata. Todavia isso não tem o condão de espiritualizar ou volatizar o bem jurídico em causa.

Entendemos que é a direta tutela das componentes ambientais (bases naturais da vida) que revela-se condição indispensável para o desfrute e o sustentado proveito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado por todos os seres humanos. Donde, o meio ambiente “só adquire sua condição de bem jurídico (autônomo) pela função que exerce para as pessoas, cuja autorrealização parece difícil sem a proteção direta e imediata do ambiente em que se encontra” ⁽¹³¹⁹⁾. Nesse ritmo a ideia de meio ambiente como bem jurídico apenas merecerá aplauso quando a referência ao Homem não cair no esquecimento – homem, impende reforçar, contemplado em sentido supraindividual ⁽¹³²⁰⁾.

Nos termos até agora expostos, deve ainda trazer-se à colação que o ambiente natural – no âmbito da teoria em enquadramento – não é tido apenas como um bem jurídico digno de proteção, como também é recepcionado como um bem jurídico detentor de plena autonomia e, já por isso, “no tocante à configuração do objeto de tutela, poderia qualificar-se como ‘ecocêntrica’, mas a última *ratio* de seu merecimento de proteção radica na integridade do

dos seres humanos”. V. RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Primat des Strafrechts im Umweltschutz?”, *NSZ* (1984), Heft 5, p.193 ss., p. 193.

⁽¹³¹⁹⁾ HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *cit.* [n.674], p.154. Interpolamos.

⁽¹³²⁰⁾ À luz dessa teoria unicamente o homem é pessoa (ente portador de direitos e deveres), logo o componente antropocêntrico – conforme com a herança cultural dos direitos humanos – é preservado. Assim estamos diante de um antropocentrismo que não ignora a recíproca dependência homem/ambiente natural. Já por isso há, não é difícil divisar, no âmbito da teoria em disceptação, uma função intrinsecamente ambivalente. É bem de observar que há autores que, de acordo com o tipo penal em questão, propugnam que “o bem jurídico a proteger pode ser duplo”. V. MANSO PORTO, Teresa, “Problemas de la regulacion espanola de los delitos contra el medio ambiente”, *in: Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª. ed, Enrique Bacigalupo (dir.), Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 577 ss., p. 581.

interesse humano, pelo que, relativamente à sua legitimação, poderia considerar-se ‘moderadamente antropocêntrica’” (1321).

2.3.1. Eco-antropocentrismo alargado às futuras gerações

Primeiro que tudo cabe explicitar que no Capítulo V, *supra*, tratámos, de forma detalhada, da refração do *topos* “futuras gerações” no plano jurídico. Entrementes – tendo em vista sua forte imbricação com a teoria ecológico-antropocêntrica ora em apreciação –, o referido nódulo problemático ainda insta-nos a uma reflexão complementar.

Tudo isso ponderado, impõe-se-nos logo reconhecer que uma concepção que proponha-se a precatur interesses das gerações porvindouras não deve ser interpretada como uma noção puramente antropocêntrica. Bem pelo contrário. É que a construção de “normas de conduta referidas ao futuro” exige um notável descentramento ético relativamente à tutela de concretos interesses individuais – pese embora sem os desperspectivar por inteiro –, passando estes, então, a apresentar, consoante já curámos de referir, um carácter ainda mais ténue e mediato.

E, como as coisas correm deveras nessa direção, também é de observar que a defesa do meio ambiente, uma vez associada a interesses intergeracionais de conservação dos recursos naturais para os porvindouros(1322) haverá de acomodar-se ao continente da teoria ecológico-antropocêntrica (antropocentrismo moderado), que suportará sensível expansão conceptual – assim como uma notável dilatação temporal – ao ensejo de albergar a ideia (generosa) de defesa da continuidade da espécie. Dito de forma epitomada: ela expandirá sua fronteira teórica para dar cobertura aos seres humanos potenciais (1323).

(1321) GUIRÃO, Rafael Alcácer, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 146.

(1322) De forma que a proteção jurídico-penal deve interceder também em razão da consumptibilidade ou capacidade de esgotamento dos bens em questão, algo que os torna socialmente relevantes.

(1323) Este alargamento do direito a um “mundo de vida são” até às gerações futuras (ancorado em um componente ético fecundado pela ideia de equidade intergeracional), e também do dever que a estas cabe em assumir responsabilidades paralelas às dos contemporâneos no

Logo, bem é de ver, não se assume aqui como uma questão de pormenor ou de somenos importância – a exigir que se atraia mais um filamento de luz para esta matéria – aquela que nos convida a perceber que se o bem da vida em dilucidação não encontra-se vinculado a um interesse humano concretamente individualizável refere, no entanto, mediata ou indiretamente, sempre, ao Homem enquanto gênero.

Na realidade pode dizer-se que a forte reorientação para o futuro exigida pelo *topos* “mundo vindouro” ⁽¹³²⁴⁾ ao promover um acirrada aproximação temporal de horizontes cujas parábolas nos são ainda demasiado remotas contribui, sensivelmente, para suavizar o travo utilitário da teoria antropocêntrica extremada, concorrendo, outrossim, para atenuar a relação de tensão sócio-existencial entre o homem e o “seu” entorno, tensão ou conflito que caberá ao direito penal ambiental, quiçá, apaziguar.

Finalmente, estimamos que a tutela penal do equilíbrio dos ecossistemas da Terra – “fundamento natural da vida ou recurso do Homem” –, sob a matizada luz que se desprende desse atenuado antropocentrismo, “rectius”, eco-antropocentrismo, não fica de modo algum a reboque de fins utilitários perseguidos pelos interesses crematísticos do momento. Objetiva, fundamentalmente, precavar a indenidade, a sustentabilidade – ou capacidade de remoçamento – e a estabilidade das componentes que integram os

que toca ao zelo do património natural com vista à continuidade da vida humana, encontrou uma primeira concreção normativa (declarativa) na Conferência de Estocolmo, realizada pelas Nações Unidas, no recuado ano de 1972, cujo art. 1º. desde então, ecoa: “o Homem tem o dever de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras”. Sobre a referida conferência, v. BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica*, *ob. cit.* [n. 691], p. 35.

⁽¹³²⁴⁾ Ao discorrer sobre as virtualidades da “teoria moral” para o desenvolvimento de uma ética da responsabilidade solidária com aptitude para alterar o modelo antropocêntrico tradicional, assinala SILVA DIAS, com propriedade, que a ênfase que as éticas do futuro colocam no tópico das gerações futuras presta-se bem para realçar as insuficiências do antropocentrismo individualista e das éticas de proximidade para lidar com as consequências remotas dos novos grandes riscos postos a girar pela sociedade técnico-industrial. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro*, *ob. cit.* [n. 140], p. 30 ss.

sistemas ecológicos (independentemente do seu atual potencial de exploração antrópica [¹³²⁵]), de resto fundamentais à vida social ou comunitária.

Daí que a merecer tutela penal estarão não todos os bens ecológicos, mas tão-somente aqueles elementos ou componentes ambientais (¹³²⁶), cuja ofensa possa desencadear consequências detrimntosas (ainda que em termos remotos) para o Homem (¹³²⁷). Tal concepção, já em função da abertura de horizontes proporcionada pelo *quid* transgeracional (¹³²⁸) reclama um conceito estrito de ambiente, *i.e.*, um conceito que sirva de esteio a uma descrição (típica) o mais enxuta e exata possível dos tipos-de-crime que compõem a estrutura do direito penal ambiental (¹³²⁹).

3. O meio ambiente como conceito relacional: defesa de uma concepção estrita para fins de tutela penal

Deixemos logo estabelecido neste resgisto que não é uma concepção ampla de ambiente (¹³³⁰) capaz de coextensivamente autorizar uma

(¹³²⁵) Em sentido levemente semelhante, Maria Fernanda Palma, “Direito Penal do Ambiente: Uma primeira abordagem”, *in: Direito do Ambiente*, INA – Instituto Nacional do Ambiente, 1994, p. 431 ss., p. 433.

(¹³²⁶) Objetos do mundo real que submetem-se às leis físicas, podendo sofrer modificações em suas funções em decorrência do aporte ou contributo singular.

(¹³²⁷) Contudo, há de convir que nem sempre se poderá detectar de modo induidoso quando haverá um risco quer para as condições de desenvolvimento da personalidade, quer para a própria existência dos contemporâneos e, sobretudo, dos porvindouros. V. Sobre esse ponto, Wolfgang FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1312], p. 137, na nota 397).

(¹³²⁸) Para HEGER um conceito ecológico-antropocêntrico de bem jurídico constitui uma posição de equilíbrio, “que reconhece o valor inerente do ambiente e de suas entidades como bens ecológicos, sem contudo abrir mão de uma qualquer última referência às presentes e futuras gerações como titulares de direitos”. V. HEGER, Martin, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 683], p. 210.

(¹³²⁹) Na trilha do que foi sugerido por FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1312], p. 121.

(¹³³⁰) Defendendo – todavia não especificamente para a galáxia penal – um conceito globalizante, “abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico”, por entender que “o meio ambiente é (...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que

disfuncional tutela penal alargada – porque nem tudo aquilo que pode representar uma qualidade de vida digna para as presentes e futuras gerações deve, *tout court*, convocar o pálio penal (¹³³¹) – a que entendemos como a mais ajustada às peculiaridades de subsidiária ingerência penal nesta seara (¹³³²).

O que se quer cristalinamente significar é que defendemos uma concepção restrita de ambiente, *i.e.*, um conceito claramente delimitado ao chamado ambiente natural, tanto mais que segundo é nossa convicção só ele pode servir de baliza orientadora a uma tutela minimamente concorde com exigências de operatividade penal, isto sem simultâneo apelo a simbólicas investidas expansoras da imputação, aptas, já por si, como bem se sabe, a promover uma hostilizável entorse na ideia de fragmentaridade.

Um conceito de ambiente de horizonte restrito ou limitado, não poderemos aqui deixar de o afirmar, também enseja, com rigor, uma mais límpida demarcação – pesem as notórias dificuldades existentes neste âmbito – do terreno onde irão assentar-se os objetos de proteção do bem jurídico a

propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, SILVA, José Afonso, *Direito Ambiental Constitucional*, 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 6.

(¹³³¹) Agregue-se que a doutrina habitualmente estima que muitas das questões suscitadas pelo tutela penal do ambiente, revelam-se assaz problemáticas para a dogmática tradicional, pois esta sofreria com a falta de referências ou diretivas que pudessem outorgar, com a precisão necessária, o alcance dos interesses a tutelar, sequer se apresentando muito claras as circunstâncias de tempo e lugar a considerar para efeito de perspectivar-se o provável resultado a imputar. Mas não é só. Também há dificuldades de tomo relacionadas à questão da determinação, com a necessária precisão, dos limites entre risco legal e risco não permitido, algo que contribuiria para uma perda de relevância das regras usuais de imputação, mormente subjetiva, forte quando se tem presente que neste âmbito o dolo e a negligência parecem tornar-se indistinguíveis, não sendo muita vez sequer possível interpretar-se o comportamento do agente como uma “decisão contra o bem jurídico”. Ver, por todos, STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, *cit.* [n. 49], p. 684.

(¹³³²) Para Carla Amado GOMES, em argumentação por nós apoiada, “(...) A qualificação de bens ambientais culturais feita no art. 17º. 3 da Lei de Bases do Ambiente - LBA constitui (...) um vício derivado da noção ampla de ambiente (...) que confunde áreas jurídicas distintas e insiste na lógica do utilitarismo”. V. “O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *cit.* [n. 1311], p. 58.

que os tipos de ilícitos necessariamente deverão reportar-se ⁽¹³³³⁾. Isso assente, reivindicamos um conceito de ambiente passível de definição e cognição em uma frase aglutinadora de apenas algumas poucas palavras, é conferir: os fundamentos da vida como água, ar e solo que constituem, juntamente com os elementos biológicos fauna e flora, o entorno natural em que se desenvolve a vida do homem ⁽¹³³⁴⁾.

Donde, o bem jurídico “ambiente” engloba já como entidades imantadas de valor, logo dignas e necessitadas de proteção o solo, o ar, a água, a fauna e a flora, devendo a tutela penal ir além da salvaguarda da vida e da saúde humanas (valores clássicos), em ordem a incluir a proteção dos próprios fundamentos básicos da vida (valores ecológicos) com vistas a uma antecipada proteção das gerações futuras ⁽¹³³⁵⁾, inclusive. Um tal conceito, faz-se mister aduzir, não se afasta, em suas linhas gerais, dos textos constitucionais dos ordenamentos jurídicos de países como Portugal, Brasil e Alemanha, servindo, pois, de estrela polar que fornecerá indicações de rumo – sem dúvida vinculantes para a política criminal.

Necessário ainda um registro lateral. Daqui não haverá de concluir que a concepção ora defendida corporiza uma noção ecocêntrica. Tal enquadramento não se pode pretender quando a tutela do meio ambiente natural – já como valor socialmente consciencializado – é reivindicada em função de interesses da coletividade na preservação deste (porém sempre em prol da salvaguarda das atuais e também das porvindouras gerações), posto constituir fundamento natural de vida seja para o homem, seja para animais e plantas.

⁽¹³³³⁾ Em sentido aproximado, DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, “*Delitos contra el Medio Ambiente*”, in: *Curso de Derecho Penal Económico*, Dirección: Enrique Bacigalupo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 321 ss., p. 324.

⁽¹³³⁴⁾ Comparar com Albin ESER, in: “La tutela penale dell’ambiente in Germania”, *L’indice penale*, n.º 23 (1989), p. 231 ss., p. 237.

⁽¹³³⁵⁾ Aliás, de modo bem gráfico, assinalando que as “obrigações morais e políticas com as gerações futuras são as bases sobre que assenta a democracia como forma de vida”, GARRIDO PEÑA, Francisco, *La Ecología Política como Política del Tiempo*, ob. cit., [n. 1237], p. 8.

Constituiria, cumpre admoestar desde logo, um ledo equívoco considerar-se que o facto de subscrevermos um conceito assaz contido e destituído de ornamentos (que podem e devem ser objeto de tutela extrapenal⁽¹³³⁶⁾], tais como o património histórico, artístico, turístico, paisagístico, arquitetónico etc) estaria a acenar para um suposto desconhecimento nosso quanto às nervuras de complexidade que vincam toda a fisionomia do bem jurídico ambiental (¹³³⁷).

Deixando inconsideradas filigranas que não nos cabem aqui defrontar, o conceito de ambiente que defendemos é, sem dúvida, um conceito composto na dimensão em que, caso nos proponhamos a dissecar a sua interna estrutura, iremos logo constatar que ele resulta de uma fusão de autonômicos elementos (ecossistêmicos), *per se* igualmente dignos de jurídica proteção⁽¹³³⁸⁾: o ar, a água, o solo, a flora e a fauna.

Tais componentes ambientais (¹³³⁹), pese a nossa opção por um conceito estrito de meio ambiente, ainda assim desnudam e revelam o carácter plural, heterogêneo, quase sincrético, se não já móbil ou plástico do bem jurídico *sub studio*, aspectos estes que inviabilizarão, ao nível do estruturamento do competente tipo legal, uma descrição particularizada e esgotante (¹³⁴⁰).

O ambiente natural, o “meio ambiente” como entidade imantada de substrato de valor – tomemos agora um certo distanciamento crítico relativamente às suas componentes ontológicas ou dados puramente empíricos do real pré-jurídico – é, meridianamente, uma realidade construída, portanto

(¹³³⁶) Ou até penal, mas sob as vestes de um bem jurídico de outra natureza.

(¹³³⁷) É que mesmo quando recepcionado seja um conceito restrito de ambiente, há de reconhecer que ele vem sempre conglobado por plúrimas componentes.

(¹³³⁸) Aproximadamente, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da proteção penal do ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 378.

(¹³³⁹) As componentes ambientais mencionadas assumem um papel indispensável ao equilíbrio ecológico, desempenhando cada uma delas um papel funcional para a estabilidade dos sistemas sociais e para a continuidade da vida.

(¹³⁴⁰) Entendendo que “o bem jurídico que suportará o crime ambiental assume uma natureza maleável, e que a estruturação do respectivo tipo legal há-de reflectir exatamente isso”. MOURA, José Souto de, “O crime de Poluição”, *cit.* [n. 1292], p. 22.

insuscetível de confundir-se com a natureza. Trata-se, por conseguinte, inescapavelmente, de um conceito relacional.

O meio ambiente deve, de conseguinte, ser entendido como objeto do mundo real, uma vez que “tantos os objetos físicos como os espiritualizados integram a realidade” (HEFENDEHL) – com isso fica afastada tanto uma concepção de bem jurídico como entidade ideal, como igualmente uma noção puramente material. Uma tal conclusão é reforçada quando temos presente que – agora nas precisas palavras de BLOY – “ponto de referência do ecossistema para o qual o meio ambiente se volta é precisamente o ser humano” ⁽¹³⁴¹⁾. Não menos exatas são as palavras de FARIA COSTA, quando clarifica, *in verbis*: “É, pois, inquestionável que, em qualquer modelo antropológico do homem, nos aparece a constante relacional que se expressa nas diferentes conexões entre a natureza e o homem” ⁽¹³⁴²⁾. Donde, por sobretudo a tutela penal do ambiente, prender-se-á, sempre, às funções-valor que as diversas componentes ambientais e os respectivos ecossistemas desempenham para as pessoas e para o conjunto da sociedade.

Resta deste modo suficientemente evidenciado, daí que não se faz necessário arrojarmos mais qualquer feixe de luz sobre o ponto, que a proteção jurídico-penal do ambiente não se põe a serviço da natureza enquanto tal, ou de uma natureza que se quisesse reivindicar ela própria, já por si mesma, titular de um autônomo valor (abstraido de qualquer conotação antropológica); trata-se, então, de proteger o ambiente (e não uma natureza intocada e mítica) – ou se se quiser a “natureza como uma relação social” ⁽¹³⁴³⁾ – tendo como escopo salvaguardar as funções (e serão plúrimas) que desenvolve a prol das presentes e futuras gerações ⁽¹³⁴⁴⁾. (Mas tais funções, é bem de ver,

⁽¹³⁴¹⁾ BLOY, René, “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, *cit.* [n. 1117], p. 495.

⁽¹³⁴²⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, ob. cit.* [n. 53], p. 290.

⁽¹³⁴³⁾ Assertiva que só por si, evidentemente, não avaliza a crítica de que estejamos aqui a postular uma visão deterministicamente sociocêntrica das coisas (ambiente) e também do mundo das relações interpessoais.

⁽¹³⁴⁴⁾ Numa coloração algo aproximada HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, *in: El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Fermín Morales Prats e Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001, p. 1417 ss., p. 1425.

encontram-se indissociavelmente imbricadas ao substrato material, e de um tal modo que o objeto da ação, à luz de uma concepção não holística da natureza, mas sim relacional, é também ele bem jurídico imantando de valor, podendo, a depender de concretas contingências contextuais, ser diretamente afetado pela conduta singular).

Do que restou dito e ponderado pode cristalinamente observar-se que uma concepção antropocentricamente moderada (ou suavemente matizada pela nota plurigeracional) de ambiente digno de tutela penal como é aquela que defendemos, no nosso modo de ver as coisas, não permite acomodar, *e.g.*, a tutela do patrimônio cultural de um povo (ambiente modelado pelo “prodígio que é o homem”; “segunda natureza” etc) ao conceito penal de ambiente, forte quando tem-se presente que a proteção do ambiente (natural) não se orienta à defesa do passado, *i.e.*, à curatela da memória, voltando-se antes para a garantia de um presente biológica e existencialmente digno, destinando-se, outrossim, e sobretudo, à tutela de um futuro aberto: um futuro não inteiramente predeterminado pelos que hoje ainda persistem em moverem-se no mundo com irresponsabilidade máxima.

Defendemos, portanto, uma tutela (penal) capaz de concorrer para um ambiente natural minimamente hígido em ordem a assegurar, por via indireta, quer a liberdade e a vida dos contemporâneos, quer um (sempre) residual livre-arbítrio (que um futuro cerrado decerto não assegurará à ninguém) e a sobrevivência, com dignidade, dos que *certamente* nos sucederão (¹³⁴⁵).

4. Dignidade penal do bem jurídico ambiental

O conceito de ambiente que defendemos permite isolar um bem densificado de especial dignidade jurídica, por isso merecedor do zelo da tutela penal já como forma de colaborar na promoção de um desenvolvimento sócio-econômico equilibrado e sustentado, em ordem a acautelar-se a chamada “estabilidade ecológica”, fator este sem dúvida imprescindível – e que também

(¹³⁴⁵) Subscrevemos a Vitorio HÖSLE (*Philosophie der ökologischen Krise, ob. cit.* [n.168], p. 39 e ss.) quando ele assertoa que a crise ecológica não deve significar uma viragem ou uma mudança de paradigma, ainda quando de todo não nos repugne a tese, algo utópica, de que o paradigma da economia deva dar lugar ao paradigma da ecologia.

realça a presença de um forte substrato axiológico – tanto para a garantia da qualidade de vida, como para o integral desenvolvimento das pessoas e, à *outrance*, à própria continuidade existencial do ser humano ⁽¹³⁴⁶⁾.

Deve reforçar-se que a dignidade penal do meio ambiente arranca da própria Carta Fundamental ⁽¹³⁴⁷⁾, que reconheceu a grande relevância deste bem jurídico. De outra margem, necessitadas ⁽¹³⁴⁸⁾ ou carentes ⁽¹³⁴⁹⁾ de tutela encontram-se, sobretudo, as componentes ambientais (afinal já elencadas), por mor em uma sociedade pós-industrial do risco, onde também vigora uma cultura fortemente consumista, uma “sociedade do divertimento”, ensimesmada em um presente eterno e com aptidão para destruir, sem mais, as bases naturais da vida.

De outro prisma, tanto quanto nos é dado compreender não se justifica a tentativa (de um setor minoritário da bibliografia científica – também ele alinhado com as ideias precipitadas no discurso teórico-penal pela Escola de Frankfurt) de deslegitimar por inteiro uma cobertura penal nesta esfera axiológica que, e seja dito de passagem, já se vem adensando deste há bastantes anos.

Ponto é que de constatações acertadas extraem-se conclusões nitidamente equivocadas. É dizer, da verificação ou confirmação do pequeno

⁽¹³⁴⁶⁾ Revigorada pelo respeito ao “princípio da solidariedade entre gerações” (art. 66, “d”, CRP).

⁽¹³⁴⁷⁾ Art. 9º., “d” e “e”, e art. 66º., da CRP.

⁽¹³⁴⁸⁾ OTTO observa, porém, que decerto “nem toda conduta digna de pena é punível. É que o ordenamento penal possui caráter fragmentário. De modo que a pena somente se mostrará adequada quando uma conduta digna de pena também revelar-se necessitada de pena”. Argumenta então que a necessidade de pena significa que a pena estatal é um meio “indispensável para proteger a sociedade contra ameaças ou ofensas a bens jurídicos, em si mesmas dignas de pena, e, desse modo, reafirmar a ordem jurídica”. V OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, ob. cit.* [n. 75], p. 10.

⁽¹³⁴⁹⁾ Bom é destacar, com OTTO, que “enquanto a dignidade penal determina-se essencialmente mediante a valoração da danosidade social da conduta”, a carência ou necessidade de pena, de sua parte, “abrange com prioridade o elemento funcional da pena estatal. Este fator funcional (“Zweckmoment”) da pena opõem-se já à declaração de punibilidade de uma conduta digna de pena, sempre quando outras intervenções menos intensas do que a reação penal, e que prometem um resultado melhor ou no mínimo idêntico, se encontrarem à disposição”. V. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, ob. cit.* [n. 75], p. 10.

número de sucessos atraídos para as instâncias formais de controle da criminalidade conclui-se, inadvertidamente, já como demonstrada a ineficácia do direito penal ambiental, passando-se, então, a considerá-lo uma estratégia de política criminal puramente simbólica. Ora, é preciso aprofundar um pouco mais a análise e então atinar para a inexistência de uma real vontade política em perseguir afincadamente tais condutas, por exemplo: “dotando de meios adequados as instâncias encarregadas” ⁽¹³⁵⁰⁾.

Mas, e fazendo agora um giro argumentativo de alguns graus, será digno de pena o contributo individual que por si mesmo não apresenta idoneidade para provocar um perigo ou um dano de monta? OTTO afirma que digna de pena é tão-só uma conduta que em razão de sua idoneidade para provocar um considerável perigo ou um dano de monta às relações sociais imanescentes à comunidade jurídica revele-se ético-socialmente reprovável. Simples comportamentos inoportunos ou indesejáveis não têm, segundo este autor, aptidão para alcançar esse grau de perigosidade ou danosidade social⁽¹³⁵¹⁾.

Bem, pese a bondade desse abalizado parecer ele não avança uma solução para a questão de saber se aquela conduta que, embora portadora de um nível mínimo de ofensividade, poderá, ainda assim, revelar-se socialmente lesiva quando realizada em grande número – é ou não digna de pena. Reflitamos, *v.g.*, sobre condutas degradantes do meio ambiente que, conglobadamente com comportamentos semelhantes poderão fazer eclodir um perigo existencial. Ainda aqui caberá recusar-lhe (ao contributo individual) dignidade penal? Cumpre dizer que a clarificação deste problema, ainda não respondido, demandará o estudo de outras linhas de compreensão, de que irei ocupar-me no transcurso desta investigação.

Nos termos até agora expostos cabe-nos concluir este ponto no sentido de que se a tutela do ambiente mediante os instrumentos de que dispõe o

⁽¹³⁵⁰⁾ CORCOY BIDASOLO, *Mirentxu*, “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales e derecho penal mínimo”, *cit.* [n. 275], p. 371.

⁽¹³⁵¹⁾ OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, ob. cit.* [n. 75], p. 10.

direito penal não pode ser superestimada, ela claramente também não deve ser negligenciada (¹³⁵²).

5. Direito penal ambiental e o papel do direito administrativo

Em primeiro lugar faz-se imperativo reconhecer desde logo que o direito administrativo pela sua plasticidade constitui – juntamente com o direito de mera ordenação social (¹³⁵³) – o âmbito medular em que se devem albergar os preceitos normativos orientados à salvaguarda do meio ambiente (¹³⁵⁴). Ao fazermos tal constatação estamos concomitantemente a admitir como verdadeiro e líquido que o direito penal desempenha aqui um papel importante, todavia tudo menos fundamental ou axial (¹³⁵⁵). Depois, evidente está que o direito penal não poderá, sozinho, lidar com o problema dos impactos ambientais acumulativos (¹³⁵⁶).

(¹³⁵²) Neste particular, com identidade de raciocínio, MAURER, Dieter, “Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?”, *NJW* (1988), Heft 34, p. 2065 ss, p. 2071.

(¹³⁵³) Averbando que somente “uma reformulação da técnica legislativa incriminadora e da conjugação entre o sistema contraordenacional e o direito penal ambiental poderia impor uma tutela eficaz dos bens jurídicos sem afectar a segurança jurídica”, para concluir que “(...) Um certo desenvolvimento do direito penal do ambiente que se justifica em função da igualdade de protecção jurídica só é, porém, mais eficiente do que o direito de mera ordenação social se as suas sanções forem adequadas e dissuasoras e não, paradoxalmente, menos graves do que as coimas”, PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do direito Penal do Ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 85.

(¹³⁵⁴) Para uma desenvolvida análise acerca das linhas de clivagem entre o direito de contraordenações ou de mera ordenação social e o direito penal secundário, enfatizando sobretudo que naquele de modo diverso deste não estão em causa penas, mas advertências sociais ou coimas, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *cit.* [n. 520], p. 22 ss.

(¹³⁵⁵) A esse respeito vêm à propósito as palavras de José Souto de MOURA, a conferir: “O próprio direito administrativo, enquanto disciplina jurídica, responde melhor, pela sua maior plasticidade, a toda esta problemática (...). Será pois sempre imprescindível um direito sancionatório de carácter repressivo ao serviço da eficácia da própria Administração. Esse direito é, em princípio o direito de mera ordenação social (...). Daqui não se conclua, porém, que a eficácia duma política de ambiente possa prescindir do direito penal propriamente dito”. V. MOURA, José Souto de, “O Crime de Poluição”, *cit.* [n. 1292], p. 18.

(¹³⁵⁶) MAURER, Dieter, “Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?”, *cit.* [n. 1352], p. 2071.

Quer-se com isso comunicar que a contribuição que o direito penal é aqui chamado a dar, se não pretendermos que ele se venha a transformar num instrumento de total regulação da vida social (contudo com resultados provavelmente nada extraordinários no que toca à proteção das chamadas “bases da vida”) deve ser – *maxime* quando temos presente a gravidade das suas sanções – quando confrontada com a participação daquel’outros ramos, proporcionalmente modesta ⁽¹³⁵⁷⁾. E nisso nada há de errado.

Com efeito, um combate eficaz às degradações ambientais não se pode realizar sem uma política ambiental objetiva e racional a ser implementada pela pública Administração; todavia, também há de convir que em situações de maior gravidade não se pode prescindir – e já se não mais duvida do conteúdo ético social da matéria a regular – da importante convergência complementar do direito penal (secundário) ⁽¹³⁵⁸⁾.

De outro giro, pese ensejar oportunidade para uma melhor compreensão da unidade sistemática do ordenamento jurídico, uma estreita ligação ou vinculação desse domínio da normatividade ao direito administrativo sem dúvida que apresenta inúmeros problemas ⁽¹³⁵⁹⁾ a arremessar-nos, já no

⁽¹³⁵⁷⁾ Pode-se concluir que já em vista do aspecto de legitimação, o direito penal ambiental não pode pretender reivindicar qualquer protagonismo (“Sonderrolle”). Também singrou nesta direção, FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1312], p. 139.

⁽¹³⁵⁸⁾ Observe-se, porém, que em função do princípio de unidade da ordem jurídica o direito penal não poderá sancionar com pena uma conduta manifestamente permitida pelo direito administrativo. Ressaltando este importante aspecto, HEINE, Günther, “Derecho Penal del Medio Ambiente. Especial Referencia al Derecho Penal Aleman”, trad. Miguel Polaino Navarrete, *in: Cuadernos de Política Criminal*, 61, Madrid, 1997, p. 51 ss., p. 57.

⁽¹³⁵⁹⁾ Sem qualquer intencionalidade em ser-se exaustivo pode-se mencionar para já a concessão irregular ou ilegal de autorizações. Quanto a este específico problema há de timbrar que muito embora, via de regra, o que está autorizado por normas administrativas não possa, por força do já referido princípio da unidade da ordem jurídica, estabelecer-se como delito, o direito penal também não poderá adscrever-se ou vincular-se a atos administrativos que favoreçam ilegalidades. Nesse passo não é demais lembrar que a jurisprudência elaborou a teoria do abuso de direito, segundo a qual o sujeito ou empresa beneficiada não pode, em direito penal, alegar em seu favor um ato administrativo obtido mercê fraude ou corrupção. Sobre isto veja-se SCHÜNEMANN, Bernd, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *cit.* [n. 281], p. 209 e s. Também colhe sublinhar que uma

próximo tópico, a uma necessária abordagem da chamada acessoriedade administrativa.

6. Direito penal ambiental e acessoriedade administrativa

Por acessoriedade administrativa (¹³⁶⁰) deve entender-se, a traço grosso, o condicionamento do direito penal a normas de colmatação de natureza administrativa. Este fenómeno, mais ostensivo no âmbito do direito penal secundário, caracteriza-se por uma certa prodigalização (¹³⁶¹) do recurso à técnica da norma em “branco”, cuidando-se, sem dúvida, de um dos mais controvertidos temas (¹³⁶²) a margear a nossa disciplina (¹³⁶³) e que fica a

forte sujeição ao direito administrativo pode criar “lacunas de punibilidade”, na dimensão em que quem eventualmente não detiver as “licenças administrativas necessárias não fica sujeito aos limites daí decorrentes. Estes comportamentos seriam assim absolutamente atípicos, pois a incriminação encontra-se estruturada com base na sujeição dos seus destinatários ao licenciamento administrativo”. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 382.

(¹³⁶⁰) Para desembaraçar a meada da acessoriedade administrativa nos crimes contra o ambiente, v., por todos: BRITO, Teresa Quintela de, “O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no Código Penal de 1995”, *in*: ADA (1995), p. 331 ss.; DIAS, Augusto Silva, “A Estrutura dos Direitos ao Ambiente e a Qualidade dos Bens de Consumo e sua Repercussão na Teoria do Bem Jurídico e na das Causas de justificação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa de Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira* (separata), Lisboa: 1998, p. 218 ss.; MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, *ob. cit.* [n. 189], p. 148 ss.; PALMA, Maria Fernanda, “Direito Penal do Ambiente: Uma primeira abordagem”, *cit.* [n. 1325], p. 440 ss.; RODRIGES, Anabela Miranda, “Poluição (comentários aos arts. 279º. do CP)”, *in*: AA.VV, *Comentário Conimbreense do Código Penal*. Parte Especial, t. II, Jorge de Figueiredo Dias (dir.) Coimbra: Coimbra Editora, p. 944 ss.

(¹³⁶¹) Mas uma extensiva dependência penal do direito administrativo pode transformar o primeiro em mero direito acessório. Aliás, ROGALL, ao recordar que BINDING já denominava o direito penal (total) de “ramo jurídico acessório”, também assegura que mesmo atualmente acessoriedade administrativa representa, ainda e sempre, “sujeição do direito penal a exigências jurídico-administrativas”. V. ROGALL, Klaus, “Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Alte Streitfragen, neues Recht”, *GA* (1995), p. 299 ss., p. 300 e s.

(¹³⁶²) Consensual parece ser apenas que a acessoriedade administrativa é o “calcanhar de Aquiles do direito penal ambiental” (SCHÜNEMANN).

dever-se, sobretudo, à virtual impossibilidade – força da complexidade, dinamicidade e mutabilidade do conhecimento que subjaz à matéria a regular – de uma integral e exaustiva descrição pelo legislador penal do conteúdo do ilícito a ser completado mediante normas de natureza extrapenal.

Logo, urge exprimir vincadamente que o desejar-se, designadamente no prado ambiental, uma total exoneração de preceitos administrativos – em que pesem os riscos de uma administrativização localizada do direito penal – parece não ser mesmo possível (¹³⁶⁴).

(¹³⁶³) Para FIGUEIREDO DIAS o direito penal ambiental não pode prescindir da técnica de remissão à normação administrativa na construção dos delitos ecológicos, entendidos formalmente como “delitos de desobediência à entidade estadual encarregada de fiscalizar os agentes poluentes e competente para lhes conceder autorizações ou lhes impor limitações ou proibições de actividade”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, *cit.* [n. 1242], p. 17 e s. Já Fernanda PALMA (“Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 208 ss.) apresenta uma entonação bem veemente quando afirma que os “crimes de dever são criticáveis por se converterem em crimes de desobediência, violarem a reserva de lei da Assembleia da República (art. 168, n.1, al. “c”, da CRP), afectarem a previsibilidade do direito Penal e serem inadequados à censura de culpa pelo facto, postulada por um Direito Penal orientado para a protecção de bens jurídicos”, vindo a sugerir, com baldrame em HORN (Systematisches Kommentar, I, 1985, comentário ao p. 324 do STGB) que “outras serão as soluções se as regras da Administração funcionarem apenas como causas de justificação. Nesse caso, se o agente causar um dano mas tiver cumprido um dever, terá praticado um facto típico justificado. Se violar o dever e não causar um dano, o seu facto será atípico”. A referida autora também opõe-se ao entendimento de FIGUEIREDO DIAS, objetando que a construção que este autor elabora termina por fazer com que o dano ambiental venha “determinado pela autoridade administrativa”, aduzindo que “se houver dano material elevado e mesmo assim se tiver respeitado o comando da Administração não haverá conduta típica. Se, pelo contrário, houver dano pouco significativo ou objectivamente admissível, mas associado à desobediência, o agente será punível à luz do disposto no art. 279^o. uma vez que esta norma incriminadora delimita a conduta típica através de uma actividade em si mesma considerada danosa”. V. PALMA, Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 209. Vendo uma importância das normas extrapenais também no domínio das causas de justificação, RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Primat des Strafrechts im Umweltschutz? ”, *cit.* [n. 1318], p. 194.

(¹³⁶⁴) SEELMANN, Kurt, “Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1035], p. 1275 ss.; KINDHAUSER, Urs; TIEDEMANN, Klaus, “Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?”, *NStZ* (1988) Heft 8, p. 337 ss., p. 344. Concordando com a inevitabilidade de alguma

Assim, bem é de convir, já em face da particular complexidade que inere à tutela do meio ambiente, não é possível operar-se um completo desacoplamento (¹³⁶⁵) das determinações administrativas de cunho técnico que, ao prosseguirem um cauteloso programa de prevenção, deverão especificar, tanto quantitativa como qualitativamente, os limites de emissões ou imissões tolerados, detalhando, v.g., quais os índices ou níveis máximos de concentração em um bioma dado de certas substâncias nocivas para a qualidade das águas, do ar etc, limites a serem observados, principalmente, no exercício de certas atividades.

Está-se aqui claramente a significar que a quantidade e qualidade dos fatores contaminantes com potencialidade para produzir nocivos efeitos de cumulação, somação ou sinergismo impõem uma pormenorizada regulação extrapenal direcionada a completar a norma penal. Ergo, tem todo o sentido, nesta particular zona da normatividade penal, falar-se em norma penal em branco (ou fórmula de reenvio), posto que carecida, pela própria natureza das coisas, consoante já clarificamos, de preenchimento ou colmatação.

Sem embargo, estimamos que um modelo de legislação cuja configuração (estruturação do ilícito) ponha demasiada ênfase na normação da desobediência a preceitos emanados da administração, isto é, na violação de um dever externamente normado, padecerá do vício de sobrelevar o desvalor da ação e, na margem oposta, desprezar o desvalor do resultado. Daí a importância, tendo em vista a particular gravidade de determinados ataques ao

dependência administrativa no âmbito da proteção do meio ambiente – um modelo “intermédio de acessoriedade relativa – decorrente da complexidade e do caráter mutante da regulação”, CEREZO MIR, José, *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, t. II, Santa-Fé: Rubinzal-Culloni, 2002, p. 7.

(¹³⁶⁵) Salvo em situações bem pontuais. Deveras, quem, “difundir doença, praga, planta ou animal nocivos” e deste modo criar “perigo de dano” a animais “úteis ao homem ou a culturas, plantações ou florestas”, comete o delito estampado no art. 281, I, “a”, do Código Penal Português, independentemente do que dispuserem os regulamentos administrativos. Trata-se, a nosso pensar, de um crime de perigo concreto. Mais. Careceria meridianamente de toda lógica que alguém pudesse obter autorização para difundir pragas ou doença nocivas a um determinado ecossistema ou emitir substâncias altamente perigosas. De outra banda, se o agente obteve tal autorização e a nocividade for patente, dita autorização não terá qualquer valor.

meio ambiente, de o legislador abrandar os níveis de acessoriedade (¹³⁶⁶), erigindo tipos nos quais a ofensividade se estabeleça já a partir de critérios materiais (um modelo portanto de “acessoriedade relativa” [¹³⁶⁷]), isso apesar das ressaltadas “vantagens” do tipos estruturados com base na “desobediência”, mormente em face dos tardomodernos níveis de opacidade causal (¹³⁶⁸) e da proverbial complexidade da matéria de regulação (¹³⁶⁹). Donde, a depender da gravidade do dano ambiental, a tipicidade não deve permanecer completamente caudatária de uma prévia advertência da Administração (¹³⁷⁰).

(¹³⁶⁶) Sejam claros: questão não lateral é a de estabelecer o nível de dependência entre a tutela penal e a extrapenal. Conferindo relevo a esta questão, RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos, *Derecho Penal y Protección del Meio Ambiente*, *ob. cit.* [n. 507], p. 124.

(¹³⁶⁷) “Em que se faz obrigatoriamente apelo a um resultado que é a poluição em si e a uma acção que é a violação de uma ordem”. V., com supedâneo em Günther HEINE, NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *cit.* [n. 91], p.301.

(¹³⁶⁸) Todavia, se a “causalidade é, em última análise, substituída pela desobediência – o Direito Penal automarginalizar-se-á”, Fernanda PALMA, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 210.

(¹³⁶⁹) Algo que paradoxalmente torna a proteção do ambiente sensivelmente dependente do progresso científico e tecnológico, sempre em constante mudança, a emprestar um sentido de impermanência e de ininterrupta revisão das disposições regulamentares da administração.

(¹³⁷⁰) Fernanda PALMA adotava uma atitude bastante crítica quanto ao nível de dependência do direito penal português (do ambiente) em face da decisão administrativa, como também assinalava (em momento anterior à introdução da responsabilidade penal das pessoas coletivas no vero núcleo do direito penal dito principal) que “a configuração do direito penal do ambiente distorce o princípio da necessidade da pena, na medida em que o sistema apenas permite, tal como está concebido, abranger a pequena criminalidade individual e o directo conflito dos agentes com a Administração (a desobediência às prescrições administrativas)”. De outro lado, a mencionada autora também alertava que apenas “uma alteração clara da política ambiental, com custos muito elevados para as empresas, legitimaria uma intervenção mais determinada do direito penal. No estado actual, porém, o direito penal do ambiente quase não tem significado. Não opera preventivamente porque a Administração utiliza outros meios preferencialmente (...) É, por outras palavras, um direito penal virtual que nem atinge o valor simbólico que certos autores, criticamente, protestaram atribuir-lhe”. V. PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do direito Penal do Ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 78.

De acentuar que um tal direcionamento harmoniza-se com um modelo de acessoriedade moderada ⁽¹³⁷¹⁾ que entendemos mais adequado para o enfrentamento das diversas formas de ofensividade meio ambiental. Deveras, dentro no quadro de moderada acessoriedade deve prestigiar-se o entendimento que voga no sentido de que o direito penal do ambiente não deve orientar-se a proteger regulamentos ou normas administrativas, sequer os fins do governo, mas sim resguardar os “elementos biológicos que constituem o ‘invólucro’ natural dentro do qual se desenvolve a vida do homem” ⁽¹³⁷²⁾.

Nesse norte, uma legislação ambiental bem calibrada deverá contar tanto com tipos penais (em branco) dependentes de colmatação descritiva das disposições ou autorizações administrativas, como também com tipos penais que prescindam de uma tal remissão à norma extrapenal. Clarifiquemos. Entendemos que o modo de vazar a tutela penal do ambiente haverá de observar uma técnica legislativa flexível, *i.e.*, capaz de conjugar a tipificação de comportamentos que importem em uma violação de algum normativo da administração ⁽¹³⁷³⁾ com tipos-incriminadores que descrevam condutas portadoras de uma autônoma idoneidade para ocasionar ofensas a “algum bem de valor ambiental” ⁽¹³⁷⁴⁾.

⁽¹³⁷¹⁾ Para uma panorâmica visão das diversas formas de acessoriedade administrativa: HEINE, Günther, “*Derecho Penal del Medio Ambiente*”, *cit.* [n. 1358], p. 57 ss; o mesmo autor também em “*Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*”, *cit.* [n. 46], p. 2.426 ss.; Tratando dos diferentes “graus de conexão” entre o direito penal e o direito administrativo, FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia, *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*, São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 199 ss.

⁽¹³⁷²⁾ ESER, Albin, “La tutela penale dell’ambiente in Germania”, *cit.* [n. 1334], p. 237.

⁽¹³⁷³⁾ Para JESCHECK o crime “representa simultaneamente ofensa a bens jurídicos e violação do dever”. Reconhece, porém, que uma “ênfase na proteção de bens jurídicos como tarefa prioritária do direito penal é uma marca registrada da concepção liberal de Estado”. V. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts – AT*, *ob. cit.* [n. 340], p. 6.

⁽¹³⁷⁴⁾ Em sentido convergente, RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, *ob. cit.* [n. 507], p. 132. Este autor, no mesmo local, complementa, a nosso sentir de modo indiscutivelmente ajustado, que “(...) a incriminação de um sujeito por atentar contra o meio ambiente dependeria do facto de que hajam sido superados determinados valores-limite de imissões ou emissões fixados, certamente, pela autoridade administrativa, mas em uma norma jurídica, dotada, portanto, de um acerta estabilidade; o qual é preferível a que dependa do mecanismo de autorização concreta para

De outro lado, e ainda no quadro de uma moderada subsidiariedade administrativa, a mera vulneração da norma extrapenal, por si só, não deverá bastar ao preenchimento do tipo. Impende, fundamentalmente, que a conduta incriminada seja por si mesma hostil ao bem jurídico (estamos diante de um verdadeiro bem jurídico coletivo, já o afirmámos), porquanto a mera “infração às disposições jurídico-administrativas, enquanto tal, não pode ser considerada punível” ⁽¹³⁷⁵⁾.

Isto é, impõe-se que a conduta apresente, a depender da conjuntura em que venha a ingressar, suficiente idoneidade para hostilizar um bem ambiental juridicamente valioso. Logo, a ofensa às componentes ambientais não deve ficar ao inteiro alvedrio de tais regulamentos, o que reduziria o injusto à mera desobediência ⁽¹³⁷⁶⁾, e de poder-se também assistir a uma expansão da tutela penal a partir da mera alteração dos “valores de emissão ou imissão de poluentes” ⁽¹³⁷⁷⁾.

A outro tanto, com o subordinar-se excessivamente o direito penal ambiental a prescrições emanadas da administração ele poderá ver-se rapidamente reduzido à mera violação do dever ⁽¹³⁷⁸⁾ ou, o que dá rigorosamente no mesmo, terminar por albergar-se um direito penal do mero comportamento, com total sacrifício do desvalor de resultado, desalbergando-se definitivamente o critério de ofensividade da zona de influência do direito penal secundário.

cada ato, com o risco de uma tácita tolerabilidade de atividades industriais de efeito contaminante por parte da administração pública”.

⁽¹³⁷⁵⁾ HEINE, Günther, “Derecho penal del medio ambiente”, *cit.* [n. 1358], p. 56.

⁽¹³⁷⁶⁾ Argumentando que, com rigor, “o crime de desobediência tem um bem jurídico que é o respeito pela vontade da autoridade e só isso”, MOURA, José Souto de, “O Crime de Poluição”, *cit.* [n. 1292], p. 34.

⁽¹³⁷⁷⁾ PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 210.

⁽¹³⁷⁸⁾ Vendo numa “vontade objectivada na violação do dever” um paralelismo, senão já uma identidade com “a criação pelo agente de um risco jurídico-penalmente proibido”, DIAS, Augusto Silva, “O Retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch”, *cit.* [n.1144], p. 328.

7. Meio Ambiente: bem jurídico coletivo

Do conceito de meio ambiente digno e necessitado de tutela penal que defendemos também deriva que o bem (ou o conjunto de bens que integram o meio ambiente) a resguardar-se penalmente é um bem jurídico complexo ⁽¹³⁷⁹⁾, e que apresenta um calibre de vulto: um bem jurídico de magnitude supraindividual. E, a tanto concluirmos, não faz-se imprescindível focalizarmos a dimensão global que lhe é característica – bastará, apenas, mirarmos para uma de suas componentes, e.g.: o meio aquífero. Tal bem, força de sua natureza autárquica, já o mencionámos, não fica a depender de uma qualquer direta referibilidade a concretos bens ou interesses individuais, pese embora, já em razão de uma sua indispensabilidade “ao livre desenvolvimento dos indivíduos no seio social”, não deixe ele de ter o homem como um referente, sem contudo jamais perder a nota de supraindividualidade acima referida.

Suprapessoalidade que denota, bem é de ver, não ser possível abdicar (caso se não pretenda cair num ecologismo obscurantista) de um *quantum* de antropocentrismo. Expressado agora de maneira mais exata: ao nominarmos um bem de supraindividual exprimimos já o carácter irrenunciável do radical humano, posto que todo bem jurídico – e isto é já uma aquisição histórica – tem o indivíduo como ponto de partida, coisa que, aliás, o termo “supraindividual” não nega (pois faz mesmo parte da sua semântica), antes reforça. É, pois, “uma expressão que, querendo ser uma superação ao individual (a designação supraindividual quer significar isso mesmo) deixa bem nítida a matriz donde arranca” ⁽¹³⁸⁰⁾.

Trata-se, em tudo e por tudo, conforme já assinalámos, de uma tutela que projeta-se para além do indivíduo concreto (transpessoal) para só então poder dar cobertura ou proteção a interesses sociais, *i.e.*, interesses que reportam ao conjunto dos indivíduos, todavia não transcende a estes. Não

⁽¹³⁷⁹⁾ Ou, e agora para glosar WHITEHEAD, “(...) A natureza revela-se à percepção dos nossos sentidos como um complexo de entidades”. V. WHITEHEAD, Alfred North, *Concept of Nature*, *ob. cit.* [n. 808], p. 5.

⁽¹³⁸⁰⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, *ob. cit.* [n. 1287], p. 39.

transcende, bem é de ver, a matriz humana posto que esta é referente axiológico (¹³⁸¹) irrenunciável.

7.1. Meio-ambiente como bem jurídico coletivo complexo dotado de uma tónica tangibilidade

Outro aspecto que nos merece alguma consideração refere à suposta ou alegada natureza vaga, aquosa ou etérea dos bens jurídicos supraindividuais – designadamente o “bem jurídico” meio ambiente –, que um setor doutrinário (quicá majoritário) estima como um bem difuso ou desmaterializado. Quanto a isto entendemos que o conceito estrito de ambiente que nós acima propugnamos e que afinal reconhece as águas, o ar e os solos como bens jurídicos (parciais) a proteger, não os torna voláteis nem os imanta de uma vaporosa espiritualização, pois com o simples ato de os reconhecer como valores sociais (em função do proveito ou benefício que trazem ao conjunto dos indivíduos – daí serem eles atribuídos à coletividade [¹³⁸²]) não se sequestra o suporte empírico que servirá de base ou esteio para estabilizar tanto o seu conteúdo como os seus limites.

Se bem vemos as coisas tais componentes não são nem impalpáveis ou imateriais nem apresentam uma definição evasiva ou imprecisa (¹³⁸³). Bem pelo

(¹³⁸¹) Em sentido de uma semelhante conclusão, COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, ob. cit. [n. 1287], p. 40. De sublinhar que FIGUEIREDO DIAS capturou com exatidão a relação supraindividualidade/interesses individuais. É conferir: “O carácter supraindividual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se veem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo da preservação das condições vitais”. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, cit. [n. 766], p. 9.

(¹³⁸²) Logo o reconhecermos um marco axiológico a tais bens não os torna menos reais e até apreensíveis.

(¹³⁸³) Em aturado estudo acerca dos crimes ambientais, conquanto defenda ponto de vista diverso do que esposamos, Guilherme Gouveia de Figueiredo reconhece que o bem jurídico a precatar “já que se traduz em um conjunto de condições indispensáveis à existência humana, possui elementos físico-naturais que, quando afetados de alguma forma, permitem a constatação de uma modificação exterior”. V. FIGUEIREDO, Gouveia, Guilherme, *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*, ob. cit. [n. 1371], p. 147.

contrário: apresentam horizontes claros, concretos, delimitáveis. Não lhes falta, pois, referentes ou substratos *reais* dotados de tangibilidade e em ininterrupta cadeia ôntica com o bem jurídico total do ambiente (este, conforme já estudado^[1384], caracterizado por uma expressiva capacidade de resistência a ofensas isoladas e sem propriedades acumulativas).

Com acuidade KÜHL observa que precisamente em vista da perceptividade e descritibilidade dessas entidades as condutas que lhes forem direcionadas (que venham a apresentar uma certa intensidade e duração) são prontamente reconhecíveis como “injusto manifesto a que não falta quer visibilidade (águas conspurcadas), quer perceptibilidade (ar pestilento)” (¹³⁸⁵). Cuida-se, então, de *estruturas descritíveis* (cuja degradabilidade e consumptibilidade podem ser narradas em detalhe) e que fazem com que o bem jurídico ambiental se distinga de outros bens jurídicos coletivos na medida em que elas são imediatamente detectadas pelos sentidos (¹³⁸⁶).

Deve ponderar-se, outrossim, que muito embora o meio ambiente natural seja constituído de elementos ou componentes que apresentam substratos reais, um meio ambiente “são” ou equilibrado constitui não um qualquer substrato ôntico, mas um valor socialmente reconhecido (núcleo axiológico do bem jurídico coletivo em disceptação), que irá enobrecer tal qualmente aqueles elementos ou entidades, tornando-os igualmente dignos de tutela penal. É nesse sentido que se entendermos que a sociedade demarca-se de seu entorno normativamente, também a existência de um dano ambiental

(¹³⁸⁴) V. o item 2, do Cap. VII, *supra*.

(¹³⁸⁵) Kristian KÜHL, “Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?”, *cit.* [n. 525], p. 257.

(¹³⁸⁶) Trata-se, pois, de “realidades fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos”. V. Roland HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 133. Este autor observa que existe aqui um certo paralelismo com o conceito de propriedade também ele conformado de forma essencialmente descritiva, para em seguida assinalar que a “propriedade como objeto de domínio sempre possuiu um substrato real”. Vale-se então desta correspondência para deduzir que “(...) Precisamente esta conexão estrutural do bem jurídico do meio ambiente com os bens jurídicos personalísticos em sentido estrito, essencialmente também eles descritivos, faz parecer plausível a tese de que com os bens jurídicos ambientais não se cuida exatamente de um bem jurídico universal vago e portanto difícil de legitimar”. V. Roland HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 134.

ficará a depender de uma determinação normativa acerca do conceito de meio ambiente e de como ele se predica ou constitui.

Com isso cabe dizer que não vemos impossibilidade ou paradoxia em defendermos que a tutela penal do ambiente natural volve-se tanto ao equilíbrio ecossistêmico (tutela dos dinâmicos ciclos biológicos), como também presta-se a salvaguardar de modo mais imediato as componentes ou entidades ambientais singularmente consideradas, porquanto elas são a uma só vez autônomos núcleos teleológicos de proteção e suporte físico existencial do bem jurídico total (um bem jurídico composto) – retículas a compor a teia ou moldura sistêmica daquele deveras complexo bem. Com isso afirmar e defender ⁽¹³⁸⁷⁾ também não se desliza para uma concepção ecocêntrica, nem se baralha os elementos físico-naturais (objeto ou substrato real) com as margens definitórias (normativas) do bem jurídico. Mas, e também é mister observar, o bem jurídico coletivo em causa tem a peculiaridade de apresentar uma singular coincidência entre as suas componentes (ou elementos do bem jurídico total, dê-se que, é claro, o perspectivemos analiticamente) e o seu substrato real. Objeto da ação e componentes do bem jurídico também tendem aqui, não raro, a se confundirem.

Urge pontificar que o singularizarmos (fundados em um conceito restrito) o meio ambiente como um bem jurídico real, mediatizado (senão já

⁽¹³⁸⁷⁾ Para uma opinião contrária, v. GOUVEIA FIGUEIREDO, para quem, “(...) a liberação de resíduos tóxicos em um rio não se pune em virtude da afetação desse mesmo rio, considerado singularmente, mas sim tendo-se em conta as consequências prejudiciais para o ‘ciclo biológico’ peculiar a um sistema natural (ecossistema), do qual o rio é parte integrante (morte da fauna local, contaminação, alteração da fauna, perigo para a saúde das pessoas etc). FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia, *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*, ob. cit. [n. 1371], p.169 e s. Bem, para nós não é possível realizar uma tutela (antecipada) adequada do ambiente se pensarmos dessa forma. Entendemos que só poderá proteger-se com alguma eficácia o “ciclo biológico” inerente a um ecossistema precatando-se já o “meio” ou o “contexto” em que uma ou mais cadeias vitais encontrarem-se inseridas. Para nós, se realmente quisermos realizar uma tutela penal racional do meio ambiente natural fundamental é proteger já direta ou imediatamente as propriedades das suas componentes como forma, evidentemente, de salvaguardar o ciclo de vida que ali encontrar-se hospedado. Deve-se, portanto, pugnar por uma tutela direta da água, ar, solos etc e de seus respectivos ecossistemas com vista à tutela do bem jurídico-fim, um bem jurídico particularmente complexo e composto não reconduzível a bens ou interesses individuais.

representado) por entidades compostas de substratos empíricos reais (susceptíveis de acusar alterações físicas ou estruturais, inclusive), delimitando-o, pois, geometricamente a partir de suas concretas componentes⁽¹³⁸⁸⁾, concorre, segundo estamos convictos, para a redução da complexidade⁽¹³⁸⁹⁾ da tutela penal nesta zona (“emergente”) da normatividade, de jeito a permitir flagrar-se afloramentos recondutíveis a uma causalidade natural mantendo, destarte, sobremor e acima de tudo, viva a ideia de bem

⁽¹³⁸⁸⁾ Temos, dizemo-lo firmemente, como inoperatória, ao menos para fins penais, uma caracterização globalizante (do tipo o “sistema Terra” integrado por uma teia inumerável de ecossistemas) do meio ambiente, *maxime* força da virtual impossibilidade de turbar-se ou mesmo contaminar-se a totalidade dos sistemas naturais. Daí que um tipo legal como o do Art. 325 do Código Penal espanhol, que refere a comportamentos que “possam prejudicar gravemente o equilíbrio dos sistemas naturais”, não proteja absolutamente nada: mas faz uma bela figura (simbólica) junto a ambientalistas ingênuos. Não se duvida que uma abalo sistêmico transcendental – a gerar uma crise ambiental de caráter universal – possa ter lugar (se é que não estamos já no olho do furacão) em função da acumulação tanto de pequenas como de grandes ofensas produzidas por 6 mil milhões de indivíduos e também por muitas de suas formas de expressão econômica. Mas o direito penal (como manifestação ou monumento residual de soberania que o Estado-nação tem, ainda bem, sérias dificuldades em ceder) não pode, não em um Estado Democrático de Direito, dar uma resposta macrossistêmica – tão-somente um contributo tópico, quase minimalista, ainda assim, segundo pensamos, deveras importante.

⁽¹³⁸⁹⁾ Contudo nem sempre estaremos diante de problemas de causalidade. Não raro cuidar-se-ão de questões de índole probatória, portanto de natureza investigativa e processual. Com efeito, se por exemplo alguém arroja substâncias tóxicas em um curso d’água a primeira grande dificuldade com que depara a tutela penal do ambiente é a de, no caso concreto, identificar o responsável por tal imissão de poluentes: um problema eminentemente probatório. É que se tais substâncias foram realmente lançadas elas terão necessariamente produzido uma modificação nas propriedades do meio aquífero, algo prontamente constatável desde que se façam constantes medições e que se tenha estabelecido quais alterações poderão afetar as funções que as águas desempenham para o ecossistema dela dependente. Afirmando que mesmo águas já degradadas podem ser objeto de uma deterioração ainda mais intensa (“Intensivierung des Verschmutzungsgrades”), KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 937], p. 119. Por outro lado, vistas as coisas bem de perto, já a necessidade de definição dos limites possíveis (limiar ou umbral da ofensa de dano) de emissão ou imissão de substâncias poluentes realça uma relativa dependência do direito penal da norma extrapenal (administrativa).

jurídico, como igualmente operatória a noção de ofensividade a ela vinculada⁽¹³⁹⁰⁾.

7.2. Tutela penal do ambiente: necessidade de superação tópica da técnica de tutela do perigo abstrato

A referida complexidade da realidade fenomenológica meio ambiental reclama uma política criminal que reconheça prontamente a impossibilidade de realizar uma tutela penal eficaz balizada numa técnica estanque e monocórdica de estruturação dos tipos. Dito de um diverso jeito argumentativo: os tipos penais que compõem o arcabouço legal da proteção jurídica do ambiente não se podem fixar numa única forma de proteção já porque as ofensas possíveis a um bem jurídico marcado – mesmo quando tenhamos operado a redução de seu raio conceitual – de singular plasticidade, são também elas não apenas plurais, como proteiformes.

Não se pode, então, ficar apenas com o arsenal do perigo abstrato, sendo tal mecanismo, em determinados casos, inadequado para a tutela do bem jurídico em questão, *maxime* no que concerne com o problema do dano cumulativo. Com isso queremos sobretudo significar que é possível realizar-se uma adequada tutela do meio ambiente natural sem apelo a um conceito etéreo e volátil de bem jurídico, ou recurso verticalizante à mera violação do dever (delitos de conduta). Desse modo pretendemos acenar com a possibilidade de que tipos de crime cumulativos podem ser edificados a partir da ideia de contributo-lesão a uma componente do bem jurídico ambiental, cuja mais ajustada técnica de tutela não será, é nossa firme convicção, necessariamente, a do perigo abstrato.

Fundamental, segundo pensamos, é livrarmo-nos do mito (próprio do “direito penal do risco”) de que as condutas desenvolvidas contra bens jurídicos coletivos tenham sempre e sempre de ser penalmente tuteladas mediante

⁽¹³⁹⁰⁾ Mas, no limite, poderá franquear-se passagem à recepção de uma causalidade normativa (estatística), designadamente naquelas situações de maior opacidade causal (sinergismo), colimando deste modo superar-se problemas de imputação e reduzir amplas margens de impunidade.

crimes de perigo abstrato (¹³⁹¹). Neste passo, primeiro que tudo é forçoso reconhecer que a natureza complexa do dano ambiental só pode ser enfrentada a partir de uma caracterização do bem jurídico (ecológico) como uma estrutura também ela assaz complexa (¹³⁹²); convém, portanto, perspectivá-lo como bem jurídico síntese onde encontram-se justapostos bens jurídicos parcelares.

Este modo de perceber o problema, diga-se logo, põe-se claramente na contramão de uma visão sistêmica de bem jurídico ecológico (¹³⁹³), ajustando-se mais a uma visão analítica ou parcelar – que coloca, bem é de ver, ênfase nas partes – deste específico bem jurídico, isto com o intuito de alcançar uma proteção também ela necessariamente fracionada do objeto da tutela da norma penal, a realizar-se mercê salvaguarda de suas componentes ou elementos (única forma de efetivar-se uma tutela real do bem jurídico ambiental em sentido total), tanto mais porque reconhece, sem hesitações, que simplesmente não é factível criar tipos de crimes ecológicos capazes de cumprir a tarefa (impossível de realizar) de garantir uma proteção global, sistêmica, senão já holística do meio ambiente natural.

Designadamente com o desiderato de desconstruirmos – nesta bem delimitada zona da normatividade penal – o mito da primazia da técnica de tutela *standard* do perigo abstrato haverá, primeiramente, de observar que a proclamada ingerência tardia dos crimes de dano (e, em menor escala, dos

(¹³⁹¹) Um importante segmento doutrinário, tendo em mira uma tutela eficaz do meio ambiente, opina que em vista de uma variegado acervo de problemas, mormente a questão relacionada à complexa e árdua demonstração da causalidade, sobejaria tão somente o recurso ao mecanismo do perigo abstrato. Para uma relação extensiva de autores que rechaçam, nesse âmbito, “tanto a possibilidade de delitos de perigo concreto como de delitos de lesão”, v. CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, ob. cit.* [n.954], p.125 e nota 272.

(¹³⁹²) Também atestam a complexidade do bem jurídico ambiental, por todos BRITO, Teresa Quintela de, “O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no código penal de 1995”, *cit.*, [n. 1360], p. 333 e s., e DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, *cit.* [n. 1242], p. 189, na nota 23.

(¹³⁹³) O que não significa de modo algum que estejamos a postular uma qualquer rebelião contra o *telos* constitucional, como se sabe, orientado a um ambiente “são e ecologicamente equilibrado”.

crimes de perigo concreto) só será defensável, em tese, se permanecermos de um lado fortemente fidelizados à referida concepção holística ou sistêmica de bem jurídico coletivo; de outro, se continuarmos algemados a uma ideia de bem jurídico coletivo funcionalizado (e falta de uma real autonomia perante bens jurídicos individuais).

Somente quando as coisas forem perspectivadas desse modo, *i.e.*, quando recusar-se ao meio ambiente natural o estatuto de bem jurídico coletivo autônomo – reconduzindo-o, pois, à condição pouco honrosa de bem jurídico-meio (mera técnica de tutela antecipada de interesses personalísticos sem dúvida patrocinada por uma visão afincadamente antropocêntrica) –, é que poder-se-á, quiçá, entender que será necessariamente de perigo (de regra abstrato) o delito praticado contra o meio ambiente, uma vez que em uma tal concepção o “referente lesivo não é o bem jurídico coletivo, senão os interesses pessoais” ⁽¹³⁹⁴⁾. Porém essa linha de compreensão, uma vez transposta para o problema da acumulação, em nada socorreria, isso já em virtude da ideia que o contributo cumulativo, tomado em si mesmo, não representa sequer um perigo abstrato para o bem jurídico em questão, a exigir que se convoque a “tese” – de baixa ou nenhuma densidade garantística – que busca fundamentar a tutela penal em um mero *perigo de acumulação*, com isso vindo, quiçá, a outorgar-se, inadvertidamente, uma elasticidade ao princípio da ofensividade bem superior às suas (já deveras impressivas) capacidades de expansão.

7.3. Proposta de tutela penal fragmentariamente antecipada do ambiente

Entendemos que se concebermos o ambiente natural como um bem jurídico síntese de bens jurídicos parcelares, veremos que a punição da ação contributiva para a debilitação das funções desempenhadas por uma específica componente ambiental não poderá ser concebida como uma serôdia e ineficaz intervenção, mas sim uma intervenção atempada, mormente se tivermos presente, e presente devemos ter, que a prognose antecipada de reiteração do

⁽¹³⁹⁴⁾ GUIRÃO, Rafael Alcácer, “La protección del futuro y los danos cumulativos”, *cit.* [n. 579], p. 147.

comportamento levada a cabo pelo legislador deverá ser empiricamente confirmada pela presença de um *contexto real de acumulação*. Só assim a ação desvestida de capacidade para abalar o bem poderá recuperar um conteúdo material que lhe empreste contornos de injusto (penal).

O que se afirma em texto realça, em seus traços e linhas essenciais, um diverso modo de dar impulso à antecipação da tutela penal (do ambiente) e que, contrariamente à técnica do perigo abstrato, não se prestará de substitutivo do princípio da causalidade; de outra margem, a técnica ora proposta também não deixará de contribuir para reduzir os problemas relacionados à demonstração (prova) do facto ilícito, uma vez que a sensível “distância” entre o comportamento típico e a afetação do bem jurídico (mercê imediata ofensa às componentes ambientais) ver-se-á encurtada, em ordem a tornar viável um juízo de imputação objetiva.

Logo, como técnica de tutela ambiental que propicia também ela uma peculiar antecipação da proteção penal – sem todavia importar em qualquer flexibilização da noção charneira de ofensividade – cabe inclinarmo-nos (posto mostrar-se ela plenamente compatível com a natureza fractal do delito cumulativo) pelo fracionamento do bem jurídico principal em bens jurídicos parcelares, mediante estruturação de normas (tipos de ilícito) que tenham por função axial tutelar de modo imediato aquelas parcelas ou componentes: bens jurídicos parcelares, quiçá investidos de uma função representativa do bem jurídico coletivo em sentido total.

Não deve, por outra banda, defender-se que os bens jurídicos coletivos são relativamente intangíveis, e o são, *i.e.*, possuem efetivamente uma impressiva capacidade de resistência e, à *outrance*, postular – como conclusão de difícil acomodação à premissa inicial – que eles podem ser afetados precisamente por meio de condutas inócuas em si mesmas, pretendendo, num passo subsecutivo, solucionar tal paradoxo por meio de uma promessa de dano futuro, tributário à provável aglomeração dos contributos individuais.

Deveras, o bem jurídico coletivo em causa nos reclama, é nossa firme convicção, uma diferente noção de dano – e que nada tem de artificial! ⁽¹³⁹⁵⁾ –

⁽¹³⁹⁵⁾ Entendendo que “o dano pode ser construído artificialmente como mera degradação da qualidade de um certo elemento ambiental (...) A ideia de dano é, assim, manipulável, podendo

a corporificar-se com esteio em uma atenta observação da realidade empírico-normativa. O que precede habilita-nos complementarmente a alertar para a necessidade de consciencializarmo-nos para o facto de que o ambiente natural, ou seja, as funções ecológicas totais ou universais são insusceptíveis de serem lesadas em sua integralidade. Todavia, é acertado pensar que podem sê-lo de forma parcelar, isto é, mediante degradação paulatina e acumulativa de suas componentes ou elementos ⁽¹³⁹⁶⁾.

Ora, se as coisas são assim não haverá, mormente em razão dos reconhecidos déficits de “garantismo” que inerem a um manejo impreciso da técnica do perigo abstrato ⁽¹³⁹⁷⁾, por que mantermo-nos demasiado fiéis a esta técnica: só e somente só com a finalidade de atalhar a causalidade fundante da responsabilidade ⁽¹³⁹⁸⁾. Difícil, portanto, já sob esta óptica, é aceitar que o

ser, somente, uma outra técnica de descrever o perigo”. PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, *cit.* [n. 497], p. 209. Bem, para nós tal assertiva só faz algum sentido, segundo pensamos, se insistirmos em não conceder autonomia plena aos bens jurídicos coletivos. Isto é, se continuarmos a mirá-los com “lentes” personalistas.

⁽¹³⁹⁶⁾ Evidentemente que com isso defender não estamos a confundir o menoscabo do bem jurídico com o resultado típico, posto que o resultado importa na lesão ou colocação em perigo do objeto da ação, já a lesão ou ofensa do bem jurídico importa em um abalo no valor protegido pela norma penal. Mas também não se pode deixar de observar que a lesão do objeto da ação, *in casu*, representa de qualquer modo um indício de lesão ao bem jurídico. Demais disso há determinados tipos em que o objeto sobre o qual incide a conduta delituosa é concordante com o objeto jurídico tutelado pela norma penal. Sobre a distinção entre resultado natural e resultado jurídico veja-se o ponto 4.5, do Cap. IX, *infra*.

⁽¹³⁹⁷⁾ Aqui deve-se ainda estabelecer uma importante matização. Não é por que os delitos de perigo abstrato se apresentam de regra como delitos com vítimas remotas ou delitos sem vítima que um delito de dano será, necessariamente, um delito com vítimas concretas ou “de carne e osso”. Atente-se que uma lesão ao equilíbrio ecológico poderá só apresentar, e é o que regularmente ocorre, uma vítima “virtual”. Mas, voltamos a afirmar, isso não torna difuso ou gasoso o bem jurídico em causa. A tanto basta que assumamos, e nós não o fazemos, uma visão algo *economicista* do problema, em ordem a converter tais interesses e funções (ecológicas) em um bem voltado à defesa do patrimônio. Com isso quase que de imediato vemos as coisas recuperarem um substrato... material.

⁽¹³⁹⁸⁾ Não se desconhece que a estruturação do crime contra o meio ambiente como crime de perigo abstrato tem sido em boa medida prodigalizada por revelar-se operante em atalhar complexos obstáculos associados à demonstração (problema de prova) do nexo de

contributo singular configura um delito de perigo abstrato quando a ação individualmente considerada não apresenta idoneidade (nem mesmo remota^[1399]) para provocar um dano a um bem jurídico coletivo – singularizado por apresentar contornos e dimensões universais. Árduo, de conseguinte, é supor (mesmo ainda quando recorra-se à lógica “salvadora” da acumulação!) que o aporte individual terá aptidão para afetar ou colocar em crise um bem jurídico de tal magnitude (¹⁴⁰⁰).

Deve-se aduzir que se considerada for a dimensão global do bem jurídico coletivo em causa – um bem de categoria macrossocial – tendo em vista, outrossim, as funções teleológico-práticas de proteção que a tutela penal deve desempenhar para a qualidade de vida das gerações tanto atuais como porvindouras, ver-se-á, sem dificuldade, que não haverá como abstratamente precisar o grau de probabilidade objetiva de um resultado lesivo, e uma tal imprecisão, derivada da ausência de critérios delimitativos para constatação do risco (que o tipo penal não poderá oferecer), pode servir de pretexto para uma progressiva diminuição dos espaços de risco permitido fruto de uma maior e mais imprecisa antecipação das barreiras de proteção, fazendo com que o direito penal tenha cada vez mais de debater-se nas vascas da “precaução”, sem que disso resulte uma mais efetiva proteção penal ao bem jurídico em disceptação.

Com isso também fica demonstrado que a lógica da acumulação não se harmoniza com a técnica de imputação, algo frouxa e deslassada do perigo abstrato. É que se cabe nessa zona da criminalidade realmente empreender-se uma antecipação da tutela, tal deverá ter lugar por outros meios: aqueles aqui propugnados, e que também não importam, como vimos, em uma ingerência inoportuna ou extemporânea do direito penal.

causalidade, a revelar-se particularmente árdua quando concorrem para a sua degradação uma pluralidade de causas (e também uma quantidade inumerável de agentes).

(¹³⁹⁹) Não deve deslembrar-se que *perigo* é *probabilidade de dano*.

(¹⁴⁰⁰) Poderia, é verdade, girar-se o bastão argumentativo para então contra-argumentar que o perigo abstrato emerge já em decorrência de uma afetação da específica componente ambiental aprisionada em um contexto de acumulação. Tal assertiva, contudo, não prospera. É que em hipótese tal ter-se-á já um dano, ficando assim afastado o perigo e também a objeção.

Sem nos quisermos alongar demasiado neste ponto deve-se no entanto esclarecer que não se cuida aqui de uma concepção ecocêntrica e tabuizadora da natureza ou de uma proposta que culminaria por conceder ao meio ambiente natural, designadamente às suas componentes ou entidades, nada menos do que paridade ao organismo humano (¹⁴⁰¹).

Disto evidentemente não se cuida, posto que não defendemos uma ilimitada tutela ambiental, *i.e.*, uma proteção capaz de reconduzir a um delito cumulativo (preenchendo-lhe o tipo) toda e qualquer “profanação” ambiental externamente reconhecível, como também qualquer piora das propriedades químicas, físicas e biológicas das componentes ambientais: uma tutela tal que ignorasse que, em princípio, uma ação desfechada contra os sistemas ecológicos não tem aptidão para, isoladamente, produzir uma qualquer ofensa passível de encontrar significado penal.

Do que ficou dito e argumentado vê-se que um direito penal moderno não necessita reduzir-se por inteiro a um direito penal do perigo abstrato. Estamos também que se não deve, precisamente na seara da tutela do ambiente natural, aposentar-se, sem mais, a ofensa de dano. O que afirmámos em linhas anteriores também anima-nos a constatar que alguns instrumentos do direito penal tradicional, quando submetidos a uma sutil recalibragem dogmática, podem revelar-se aptos ao enfrentamento do problema dos grandes riscos.

Mas isso não é tudo. A concepção que defendemos não se reduz a um mero chamamento do futuro, não se encerra ou enclausura numa ostensiva ideia de prevenção. Volta-se, claro, para as gravosas consequências (ecossistêmicas) do agir coletivo, mas o faz tendo em conta o facto bruto: o contributo-degradação efetivamente ocorrido e individualmente imputável. Neste sentido o modelo ora propugnado não se despede de um modelo de ação virado para o facto histórico. Não é apenas prospectivo e sim reativo-prospectivo. Não se volta apenas para a conduta, também vira-se para o passado, “*rectius*”, para o resultado.

(¹⁴⁰¹) No sentido de que uma tal interpretação (ecocêntrica), ao equiparar as ofensas ambientais à lesão corporal, permitiria que apenas bem desimportantes profanações pudessem ser consideradas como não adequadas tipicamente, v. KINDHÄUSER, Urs; TIEDEMANN, Klaus, “Umweltstrafrecht – Bewahrung oder Reform?”, *cit.* [n. 1364], p. 340.

E, se quisermos que o direito penal antecipe-se em termos reais – que não meramente abstratos – haverá de coartar-se, com o propósito de reduzir-se a probabilidade de produção de danos de grande magnitude ou de deflagração de consequências danosas irreversíveis, já o contributo-dano rotineiramente reiterado e com idoneidade para afetar quaisquer das componentes do bem jurídico ecológico. De modo que também nós pugnamos pela proteção de “puros contextos de vida”, isso sem lateral (ou casual) abandono do dogma da proteção de bens jurídicos (coletivos [¹⁴⁰²]), *i.e.*, sem demissão do paradigma dominante, posto que ele também se presta ao “asseguramento do futuro”, mercê tutela de uma plêiade de objetos *reais*, que apresentam contornos nítidos, delimitáveis e, excepcionalmente, também tangíveis.

À derradeira, e ainda no raio de refração da ideia de acumulação, também há de ponderar que um dano cumulativo não se configura exclusivamente através dos aportes de um impressionante número de contributores (microlesões). É que, consoante já antecipáramos de modo lateral, a fenomenologia da acumulação também encontra-se – e quiçá principalmente – associada às atividades desempenhadas pelos entes coletivos: as empresas.

8.Direito penal (econômico) do ambiente e o problema da acumulação: essencialidade de uma autônoma imputação coletiva

Cabe indagar já à partida se devem os riscos de uma imputação penal recair de modo uniforme sobre todos, indiscriminadamente, ou se deve o direito penal do meio ambiente concentrar-se precipuamente nas violações que têm lugar no contexto da atividade empresarial/industrial (¹⁴⁰³). Bem, não se desconhece que a criminalidade ambiental grave é, fundamentalmente,

(¹⁴⁰²) Cujas instâncias críticas de legitimação encontram-se cravadas na Lei Fundamental.

(¹⁴⁰³) Não é despidendo anotar que FIGUEIREDO DIAS também já pusera em relevo (“Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente”, *cit.* [n. 1242], p.13), e de modo absolutamente pertinente, que no domínio dos delitos ecológicos, a responsabilidade penal das pessoas colectivas, “qua tale”, não poderia ser ignorada, uma vez que são “as maiores responsáveis pela deterioração ambiental”.

provocada pelas empresas econômicas (¹⁴⁰⁴) – “verdadeiro centro gerador de imputação penal” (¹⁴⁰⁵) –, cuja responsabilidade penal tem vindo, paulatinamente, a reconhecer-se um pouco por todo lugar (¹⁴⁰⁶). Aliás, é mister sublinhar que no contexto das modificações introduzidas na textura normativa do Código Penal Português reconheceu-se, e bem, no vero âmago da Parte Geral e com inegável repercussão para o direito penal do ambiente, a responsabilidade penal das pessoas coletivas (¹⁴⁰⁷).

Neste passo também cumpre logo proferir que um direito penal ambiental que se possa pretender minimamente eficaz e operatório não pode mais conviver com o princípio “*societas delinquere non potest*” (¹⁴⁰⁸). Donde, razões contemporâneas de política criminal impõem o reconhecimento de uma responsabilidade penal originária às pessoas jurídicas.

Previamente deve-se sinalizar que não cabe nesta sede referir em detalhe às censuras dogmáticas (usualmente relacionadas à ausência de culpa

(¹⁴⁰⁴) A responsabilidade penal dos entes coletivos devém sobretudo de uma constatação de fundo criminológico: “(...) as maiores e mais graves ofensas à sanidade do ambiente provêm hoje sem dúvida não de pessoas individuais, mas de *personas colectivas*.” V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *in*: “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, *cit.* [n. 1242], p. 12, cursiva original.

(¹⁴⁰⁵) COSTA, José Francisco de Faria, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *RPCC* 2 (1992), p. 537 ss., p. 542.

(¹⁴⁰⁶) Para uma visão panorâmica da tendência internacional (microcomparação) em favor da sanção penal das pessoas colectivas, HEINE, Günther, “La Responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales”, *cit.* [n. 586], p. 25 ss. Lembrando que a resistência “a considerar a pessoa colectiva como um verdadeiro centro de imputação jurídica” vinha “das bandas do direito penal de raiz continental, porquanto o *common law*, mais do que nunca ter oferecido resistência, foi sempre a linha avançada da aceitação, dir-se-ia incondicional, da responsabilidade penal das pessoas colectivas”, COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, *ob. cit.* [n. 1287], p. 46.

(¹⁴⁰⁷) Anotando que de acordo com o disposto no art. 11, do CP, na actual redação, “a responsabilização penal de pessoas colectivas e entidade equiparadas depende sempre de o crime ser cometido em seu nome e no interesse colectivo, por pessoas que nela ocupe uma posição de liderança ou que aja sob a sua autoridade, e não exclui a responsabilidade das pessoas singulares nos termos gerais”, RODRIGUES, Marta Felino, “Crimes ambientais e de incêndio na Revisão do Código Penal”, *RPCC*, n.º. 18 (2008), p. 47 ss., p. 52 e s.

(¹⁴⁰⁸) Cunhado em um tempo histórico que não guarda qualquer similitude ou parentesco com o nosso.

e ação) dirigidas à punibilidade das pessoas coletivas, posto que esta discussão exigiria-nos uma investigação autônoma – de extensão e profundidade nada desprezíveis.

Deve apenas dizer-se, com FIGUEIREDO DIAS, que aqueles que postulam a impossibilidade de imputação penal aos entes coletivos parecem “louvar-se numa ontologificação e autonomização inadmissíveis do conceito de acção, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo-de-ilícito exigências normativas que o conformam com uma certa unidade de sentido social” (1409).

Também é preciso considerar, *en passant*, que a crítica à incapacidade de ação e de culpa pode ser logo espancada (1410) se ligarmos tais noções dogmáticamente fundantes a um “agir comunicacional relevante”, com aptidão para alçapremar a pessoa jurídica – em que pese a sua natureza construída, ainda assim cristalinamente real e caracterizada por uma forte relação de alteridade (1411) – à condição de ente portador de autonomia, *i.e.*, agente a que

(1409) DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *cit.* [n.520], p. 49. Este autor, nessa mesma passagem, também assinala “que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, ‘obras da liberdade’ ou ‘realizações do ser-livre’”, razão pela qual tem por defensável que em certos âmbitos “ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime”.

(1410) Para análise de uma das primeiras propostas jurídico-penais de superação do dogma da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, v. TIEDEMANN, Klaus, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *NJW* (1988), p.1169 ss. Este autor, como se sabe, ao advogar a capacidade de ação penal das pessoas jurídicas elabora um conceito normativo de culpabilidade fundamentado no “defeito de organização”, ou seja, na omissão do ente coletivo em tomar as precauções necessárias. Para mais detalhes e uma apreciação crítica sobre este modelo (conceito de “culpabilidade normativo-social”, que “permite formular um reproche social próprio à organização”), veja-se HEINE, Günhter, “La Responsabilidad penal de las empresas”, *cit.* [n. 586], p. 36 e s.

(1411) Mediante uma via própria, toda ela pavimentada pela matriz da alteridade (fundante, aliás, de todo o direito) FARIA COSTA dá expressão de legitimidade à responsabilidade penal da pessoa coletiva, pois esta, segundo este jurista, “funda-se e encontra a sua razão de ser em uma relação interna com o ‘outro’. Neste sentido, só pelo “outro” (órgão, representante) – que é também um elemento estrutural da sua natureza construída – a pessoa colectiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante”. V. COSTA, José Francisco de Faria, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *cit.* [n. 1405], p. 557.

se deve reconhecer, e sem maiores hesitações, “maioridade” penal plena ⁽¹⁴¹²⁾. Esse direcionamento, demais disso, reforça arguta constatação alusiva à “voracidade” do direito penal econômico ⁽¹⁴¹³⁾ – em boa medida direito penal “empresarial econômico” –, quiçá locomotiva a impulsionar o direito penal moderno, que, e não padece dúvida, é, visceralmente, “Nebenstrafrecht”.

Portanto, sem entrar no vero âmago daquela discussão ⁽¹⁴¹⁴⁾, que nos afastaria deveras do(s) objetivo(s) deste trabalho cumpre-nos, neste passo, tão-só deixar limpidamente claro que a associação relevante entre o problema da acumulação e a atividade “normal” dos entes morais que prosseguem fins econômicos fica sobretudo a dever-se ao “caráter serial das agressões” contra o meio ambiente desferidas. Com efeito, “a ofensividade penalmente relevante apresenta-se coberta pela característica de poder ser produzida em série” ⁽¹⁴¹⁵⁾, sendo os efeitos lesivos acumuláveis. De ver-se, portanto, que, rigorosamente, o problema do dano cumulativo não assenta somente numa ideia de microacumulação (microlesões quotidianas realizadas em grande número).

A outro tanto, deve-se também atinar que sobretudo a organização empresarial (macrossujeito) de grande dimensão parece adequar-se à visão sistêmica de que o “todo é maior do que a soma das partes”, na medida em que ela, já como “obra da liberdade”, move-se como “ser” que transcende o somatório de cada uma das atividades que desenvolve, possuindo, portanto, uma invulgar capacidade de ação e uma influência sobre o tecido social incomparavelmente superiores àquelas dos seus representantes individuais. Neste sentido pode-se perfeitamente caracterizá-la como entidade pluri-individual.

⁽¹⁴¹²⁾ Para uma enriquecedora analogia obversa com a inimputabilidade do menor, toda ela permeada portanto pela categoria lógica do “raciocinar inverso”, v. COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, ob. cit. [n. 1287], p. 51.

⁽¹⁴¹³⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, ob. cit. [n. 1287], p. 33 e s.

⁽¹⁴¹⁴⁾ Pelas razões já expostas, entendemos possível a compatibilização dos princípios (por exemplo: os princípios de culpabilidade e de personalidade da pena) que regem o direito penal secundário com a imputabilidade dos entes coletivos.

⁽¹⁴¹⁵⁾ COSTA, José Francisco de Faria, *Direito Penal Económico*, ob. cit. [n. 1287], p. 58 e s.

A isto deve ainda agregar-se – a justificar a necessidade de estruturação de um sistema paralelo de responsabilidade penal (coletiva) originária ⁽¹⁴¹⁶⁾ – as dificuldades de monta em trazer-se à tona a identidade dos autores individuais nos delitos perpetrados no interior de entes cujas funções encontram-se altamente fracionadas e em que as respectivas atividades operativas também denotam forte dispersão (“lean management”), tudo a concorrer para uma “irresponsabilidade individual de carácter estrutural”, a que ainda pode aliar-se uma “irresponsabilidade individual organizada”, esta última como consequência proveniente de “estratégias de encobrimento” levadas a cabo no âmbito interno da empresa ⁽¹⁴¹⁷⁾.

Traçadas essas linhas gerais e conformadoras, tudo bem visto e ponderado, retornando agora ao cerne daquela indagação inaugural que deixámos em suspenso, cabe exprimir nossa firme convicção de que preferível é – quer à expansão das indesejáveis lacunas de imputação, quer, inversamente e à *outrance*, à sobre-responsabilização do indivíduo ⁽¹⁴¹⁸⁾ pelo

⁽¹⁴¹⁶⁾ No espaço comunitário europeu o art. 6 da Decisão Quadro (U.E. 80, 2003) prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas. No espaço jurídico-penal português, o já mencionado art. 11º., II, consagrou, em carácter excepcional (nos delitos taxativamente elencados, incluídos os crimes ambientais anichados na topografia do Código Penal), a responsabilidade autónoma das pessoas coletivas e entidades equiparadas.

⁽¹⁴¹⁷⁾ HEINE, Günhter, “La Responsabilidad penal de las empresas”, *cit.* [n. 586], p. 21 e s. Este autor também refere a alguns modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como por exemplo o modelo de responsabilidade geral e o da competência global da direção da empresa, quedando-se no entanto por um modelo complexo de “responsabilidade coletiva originária” – independente da imputação individual de culpa às pessoas que a integram – fundada numa culpabilidade tanto de “organização” como de “condução da empresa” (“Betriebsführungsschuld”), que denomina em termos gerais de “organização defeituosa da empresa”, entendendo tal culpabilidade como derivada, sobretudo, de uma “deficiência duradoura na previsão dos riscos de exploração”. Logo, não se cuida de uma mera culpabilidade individual pelo ato, mas de uma culpabilidade de facto (assemelhada à “culpabilidade pela condução de vida”), enfim uma “categoria sistemática, cujos requisitos se decidem normativamente em função de fundamentos socialmente consensuais”. V. HEINE, Günhter, “La Responsabilidad penal de las empresas”, *cit.* [n. 586], p. 39 ss. Cuida-se, em breve síntese, de punir a gestão defeituosa da atividade perigosa.

⁽¹⁴¹⁸⁾ Responsabilização tópica – geometricamente potenciada – por uma responsabilidade coletiva ou de massa.

seu singular contributo – o pronto reconhecimento da imputabilidade e capacidade de pena dos entes coletivos. Numa palavra: a responsabilização penal da empresa *qua tale*. Com isto queremos também significar caber ao direito penal do meio ambiente concentrar-se, prioritariamente, nas violações que têm lugar no contexto da atividade empresarial/industrial.

No que concerne especificamente aos esforços de construção de um moderno direito penal do perigo é de adscrever-se, *in totum*, a assertiva de ROXIN (¹⁴¹⁹), no sentido de que na medida em que o futuro é colocado em perigo “menos por pessoas individuais que por coletividades, caberá precisamente nesta seara desenvolver novas estruturas de imputação”, devendo aditar-se a esta consideração, e em encerramento das aproximações ora repercutidas, que a *ratio* da acumulação só poderá, de regra, ter uma mais sólida aplicação prático-jurídica, no domínio da criminalidade que se expande no ritmo da perigosa coreografia que os entes coletivos executam no palco ambiental.

Derradeiramente, pensamos que os chamados *contextos de acumulação* – mais adiante estudados com vagar (¹⁴²⁰) – adquirem uma singular pregnância quando se constituem em função do exercício de atividades desenvolvidas no âmbito empresarial, onde uma imputação por um agir coletivo (já como ato normativamente construído), apresenta-se, quiçá, – tendo em vista a peculiar natureza dos entes “coletivos” – ainda mais harmonizável do que na hipótese de uma responsabilização penal da pessoa individual por um comportamento de massa.

(¹⁴¹⁹) Lançada na 2ª edição de seu prestigiado manual (*Strafrecht AT, ob. cit.* [n. 75], § 2º., 23, “e”).

(¹⁴²⁰) V. o Cap. X, *infra*.

9.Considerações

O problema da acumulação (¹⁴²¹) de condutas somente danosas quando realizadas em grande número – conforme demonstra-o o saber criminológico – tem o meio ambiente como o seu *locus* natural e é expressão de uma sociedade de massa que é simultaneamente uma sociedade de risco; não por outra razão a chamada “dogmática da acumulação” encontra-se anichada de modo mais arreigado nas franjas do direito penal ambiental.

É curial fincar que entendemos o meio ambiente natural como um autônomo bem jurídico (coletivo) a reivindicar tutela penal independentemente de uma utilitarística retroreferência a interesses personalísticos. Ou seja, a intervenção penal neste âmbito não fica a depender da seleção de um concreto interesse pessoal como objeto de mediata proteção penal.

O ambiente natural possui um valor próprio – não meramente instrumental – que emana da sua transcendental (vital) importância para as gerações atuais e porvindouras. Logo, a autonomização deste bem dá-se em função de um imperativo de conservação das condições das atuais redes de vida em sentido amplo, isto é, visando garanti-las para além das presentes gerações. Advirta-se, porém, que esta não é uma concepção holística e absolutizante da natureza, porque ao postularmos uma autônoma tutela do referido bem não estamos a colocá-lo em posição de primazia perante o gênero humano nem mesmo sequer a atribuir ao Homem enquanto gênero (ou a uma natureza antropomorfizada) uma dignidade necessariamente prevalecente à do concreto indivíduo. Aqui se cuida não mais do que da mesma *relação de tensão social* entre interesses de segurança e interesses de liberdade que, aliás, pervive em todos os nichos de realidade em que o direito penal moderno é chamado a atuar.

Sustentamos, vale lembrar, uma concepção restrita de ambiente, a servir de baliza orientadora a uma tutela minimamente concorde com exigências de operatividade penal e também a ensejar uma mais clara delimitação da plataforma normativa onde se irão estabilizar os objetos de proteção jurídico-

(¹⁴²¹) *Topos* que contribui para intensificar um pouco mais o debate doutrinário sobre a capacidade funcional do dogma do bem jurídico relativamente aos novos grandes riscos.

penal. Demais disso, a tutela penal do ambiente, prende-se, sempre, às funções(-valor) que os ecossistemas desempenham para os indivíduos em geral e para o conjunto da sociedade.

É mister reconhecer que tanto o direito administrativo como o direito de mera ordenação social integram a intrincada trama normativa em que vicejam as prescrições legais e regulamentares destinadas a acautelar o meio ambiente. O papel a que é chamado aqui a desempenhar o direito penal é, evidentemente, diga-se logo e sem rodeios – secundário. Não obstante, de modo algum, insignificante.

É axiomático e indisputável que o direito penal não possui instrumentos e mecanismos que o habilitem a travar um solitário combate ao assaz complexo problema dos impactes ambientais acumulativos. Com efeito, uma pugna minimamente eficaz às degradações ambientais aleatoriamente reiteradas por um grande número de pessoas – e também por empresas – depende, sobremor, de uma consistente política ambiental voltada à gestão do risco.

A outro tanto, não poderá nessa peculiar zona da *deviance* simplesmente demitir-se o direito penal do recurso à chamada norma penal em branco – a ser colmatada ou preenchida por normas e regulamentos administrativos. Mas uma tal acessoriedade administrativa não pode conduzir o direito penal ao papel de subalterno subchefe dos comandos extrapenais. Dito de outro jeito: em um adestrado capataz de uma certa política governamental do ambiente não deve o direito penal ser convertido.

A acessoriedade não pode, portanto, encaminhar o direito penal a uma dependência plena e irrestrita dos comandos normativos da administração, nem deve o modelo da desobediência transformar-se num padrão de ilicitude típica a cunhar todo o direito penal do ambiente. Donde, mesmo no marco da criminalidade ambiental acumulativa cabe postular, sempre, por uma estruturação de tipos a ter lugar sem pôr-se em causa o princípio da ofensividade: sem prejuízo ou sacrifício, portanto, das técnicas (garantísticas) de proteção do bem jurídico tutelado.

Neste diapasão é de agregar que a conduta singular subsumível a um tipo de acumulação (estruturado a partir da técnica da acessoriedade

administrativa) deve submeter-se, *ex post*, isto é, quando do acerto penal, a um teste de confirmação da intersecção desta com um bem delimitado território, “*rectius*”, contexto situacional de acumulação de danos (¹⁴²²), de maneira a inserir-se um *quantum* de ofensividade à mera desobediência (violação do dever). Cumpre explicitar.

Defendemos, fundamentalmente, que o delito cumulativo, já como crime de resultado real de lesão (¹⁴²³) (das componentes ou entidades do meio ambiente natural) constitui importante linha ou barreira protetiva da tutela penal ambiental. Tal juízo desenreda-se como decorrência lógica de uma compreensão dessas componentes ou elementos como estruturas reais e delimitáveis, posto que dotadas de fronteiras perceptíveis e descritíveis. Estamos tal-qualmente em crer que a delimitação do objeto de proteção revelar-se-á decisiva à confirmação do delito cumulativo como delito de lesão. Objeto de proteção do bem jurídico que ao deixar-se concretizar permite desocultar a função ecológica afetada pelo dano-contributo.

Acresça-se, em reforço argumentativo, que o conceito estrito de ambiente por nós defendido concebe as águas, o ar, os solos, a flora e a fauna como bens jurídicos ambientais parciais a proteger. Devem eles, pois, ser tidos à conta de entes reais (envoltos num manto normativo de valor), e não como objetos etéreos e desvestidos de qualquer substrato material normatizável.

Desconcordamos, a outro tanto, da concepção que sustenta que bens coletivos puros ou impermistos (¹⁴²⁴) têm necessariamente de se afastar de um direito penal de lesão. Defendemos que a ausência de um substrato personificável, isto é, de um referente individual não torna difusas nem abstrativas as consequências da conduta que ao imitir-se em um contexto de acumulação promove um desequilíbrio nas funções ecológicas do bem. Tal

(¹⁴²²) Sobre essa figura, em detalhe, o Cap. X, *infra*.

(¹⁴²³) A propósito, de um delito de perigo abstrato já seria, em tese, possível falar naquelas situações em que o arrojo de substâncias degradantes excede os limites previamente fixados pela administração. Mas essa questão há de ser melhor pensada. É que também nós não nos queremos deixar arrastar pela quase compulsão em tudo lançar na “*vala comum*” do perigo abstrato. A chamada “*tutela antecipada*” mercê recurso ao manancial do perigo abstrato pode, quando manejada de modo abusivo, revelar-se prejudicial aos direitos e garantias individuais.

(¹⁴²⁴) V. o ponto 3, do Cap. VII, *supra*.

afetação é uma ofensa de dano: dano timbrado de desvalor social força da transindividualidade do resultado. É imperial, a todas as luzes, superar-se o ponto de vista personalista, que só identifica um substrato material do bem jurídico quando depara com uma vítima “de carne e osso”.

Reversamente ao entendimento que um setor doutrinário tem vindo a defender, as componentes ambientais alçam-se à condição de *bens parcelarmente tangíveis*, ergo constituem bens susceptíveis de suportarem afetação decifrável, de regra, mercê reenvio a uma causalidade natural (modificação quantitativa ou qualitatativa do bem). Cuida-se, é fundamental sublinhar, de bens descritíveis em termos de degradabilidade e consumptibilidade, nisso vindo a distinguirem-se dos demais bens jurídicos coletivos.

É por revelarem-se susceptíveis (mormente mediante comportamentos reiterativos e cumulativos) de suportarem modificação em sua estrutura natural⁽¹⁴²⁵⁾ – capaz de repercutir nas funções desempenhadas pelo bem –, que a tutela penal a realizar, se se quiser adequada, exige a especificação (extrapenal) do limiar de relevância típica ou limiar do dano. Aliás, não é demasia sublinhar que a ideia de acumulatividade não é de modo algum refratária à noção de limite ou fronteira, ou seja, rege aqui a questão de determinar-se até onde pode-se ir sem provocar um dano ecológico.

Logo, um certo grau de dependência das exigências e prescrições normativas da pública administração, há de convir, é incontornável; sem embargo, a sanção a aplicar não terá incidência como simples decorrência de um “dever de fidelidade administrativa” ⁽¹⁴²⁶⁾, mas sim por força de uma afetação real: não apenas cientificamente prognosticável, como empiricamente demonstrável no caso concreto. Trata-se, então, de um ilícito típico que deverá encontrar assento e fundamento em um desvalor de resultado, posto que a lesão do objeto da ação importará imediatamente em afetação da componente ambiental, pese embora objeto da ação e bem jurídico, como se sabe, não sejam conceitos intermutáveis. É que ao ser tangido pelo contributo singular (o

⁽¹⁴²⁵⁾ Não é demasiado acentuar tratar-se de bens que desempenham funções identificáveis e decifráveis pelo saber científico.

⁽¹⁴²⁶⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, cit. [n. 766], p. 9.

qual se projeta sobre o objeto da ação) o contexto de acumulação repercutirá nocivamente nas funções da entidade ambiental alvejada, cujo valor e importância incumbe ao direito penal salvaguardar.

Todavia – e antecipando aqui parcialmente conclusões a serem em um outro capítulo deduzidas com maior rigor e precisão –, no que concerne àquelas condutas (formalmente) típicas de mínimo impacte ambiental ⁽¹⁴²⁷⁾, ou quando o contributo individual embora típico (porque acumulável e excedente daquele limiar) não for – designadamente em razão da inexistência factual ou empírica de um contexto de acumulação – objetivamente idôneo a provocar um abalo do bem jurídico, o caráter de subsidiariedade que permeia todo o direito penal, e também tendo em devida conta os elevados índices de estigmatização que decididamente promove, autorizam o conhecimento da matéria tão-somente pelo direito de mera ordenação social.

É que se se pode de um lado admitir como perfeitamente defensável que praticamente todos os comportamentos numa sociedade pós-industrial de irrestrito e vertiginoso consumo como a atual se podem reivindicar – sobretudo quando marcados por uma repetição latentemente perigosa – portadores de uma certa nociva ressonância; e se, de outra parte, também tem particular acuidade constatar que a tutela penal do ambiente, sempre subsidiária, não deverá transcender (caso ainda pretenda-se com ela lograr algum rendimento social) a proibição daqueles contributos que se revelem, *in totum*, intoleráveis ao equilíbrio ecológico comunitariamente assumido como desejável para as presentes e futuras gerações, torna-se-á, numa tal moldura, segundo é o nosso parecer, algo dificultoso admitir-se a punição de ações que não hajam ingressado em uma cadeia de acumulatividade, isto é, que se não tenham aglomerado na província ou território ⁽¹⁴²⁸⁾ em que se encontra ativo um contexto instável de acumulação.

Nesse sentido cabe, pois, aos normativos administrativos especificarem os limites toleráveis de emissões ou imissões. Isto é, cabe-lhes fixar as quotas ou níveis máximos de poluibilidade ou degradabilidade para certa atividade.

⁽¹⁴²⁷⁾ Em relação às quais, inclusivamente, é assaz difícil ou tortuoso conceber-se a existência sequer de uma consciência social quanto à gravidade do resultado global (tributário à soma dos contributos individuais).

⁽¹⁴²⁸⁾ Componente geográfica do contexto.

Não obstante, como não estamos diante de um modelo de pura desobediência, nem perante um direito penal do mero comportamento (orientado exclusivamente a exercer uma função de pedagogia social), para o efeito de imputar uma responsabilidade penal não se poderá bastar com a simples constatação de a emissão ou imissão proibida apresentar probabilidade para produzir dano (perigosidade). A hipótese não deve, pois, superar o facto.

Cumprirá, portanto, observar não apenas se o singular contributo é em si mesmo idôneo (peso próprio mínimo) para deslocar a posição do bem jurídico para um ponto mais próximo do limiar do dano, como igualmente deverá constatar-se se tal aporte efetivamente já cruzou aquela fronteira (precisamente ao cortar um território de acumulação), dando assim lugar a uma lesão, *s.c.*, vindo a promover um abalo nas funções da componente ambiental – a refratar-se sobre *interesses coletivos vitais*. A conduta, em caso tal, porque socialmente danosa, é ético-socialmente reprovável. Em outros termos: revela-se digna de pena.

Bem é de ver que não satisfaz demonstrar unicamente terem sido superados os valores-limite fixados em normas extrapenais (normas de colmatação). Ora, na dimensão em que o contributo singular tomado em si mesmo – mormente quando se tem mira a peculiar intangibilidade do bem coletivo sob estudo a ataques isolados – não poderá, em hipótese nenhuma, produzir uma lesão ao bem jurídico (posto não haver quanto a este resultado sequer mesmo uma abstrata perigosidade), haverá, sempre, tendo em consideração a peculiar natureza do bem jurídico sob tutela, de constatar que a ação efetivamente veio a imitar-se em um *território de acumulação*. Somente deste modo o *quantum* da intervenção do autor – o dano-contributo – recuperará significado jurídico.

Propugnamos, bem é de ver, por um modelo de moderada acessoriedade – que não se curve diante da pura desobediência (ou da mera atividade), *i.e.*, defendemos um modelo de reação penal sempre conformado ao referente axiológico, a permear, ninguém desconhece, toda a noção de ofensividade que o direito penal (ainda que do “perigo” ou do “risco”) não pode abdicar.

No regaço de um direito penal moderno, a tutela do ambiente natural – nos lindes dos chamados territórios de acumulação – também não dispensará,

em hipótese, a convocação da responsabilidade (coletiva) das pessoas jurídicas. Donde, pessoas singulares, mas sobretudo empresas devem ser chamadas a responder criminalmente caso venham a assumir um papel circunstancialmente relevante ⁽¹⁴²⁹⁾ para a vulnerabilização do bem jurídico coletivo em disceptação. E, a todas as luzes, forte nos vértices que compõem a geometria do direito penal do ambiente, fundamentos quer de extração criminológica, quer de raiz político-criminal impõem o reconhecimento de uma responsabilidade penal originária das pessoas jurídicas.

Cumpre ainda pontificar que para nós a antecipação *sui generis* da tutela penal a proceder – mercê de uma permuta do arsenal do perigo abstrato pelo mecanismo da *proteção fracionada* do bem jurídico ecológico – não é a de interesses personalísticos individualizáveis, mas sim a de elevados interesses macrossociais associados às funções desempenhadas pelas componentes ambientais, isto tendo em mira, é claro, a preservação das presentes e também das futuras gerações. São, pois, deveres de proteção, muitos deles de refração temporal longínqua, que autorizam que se perspetive as componentes do bem jurídico ambiental já como bem jurídico protegido.

Uma penúltima observação. Consoante deixámos evidenciar, e diversamente do que propõe um setor da doutrina ⁽¹⁴³⁰⁾, na nossa proposta o eixo do injusto não se afasta nem se despede do desvalor do resultado (polo matricial de desvalor do injusto penal), em ordem a preservar-se, destarte, uma concepção dualista em relação ao conteúdo do ilícito penal. Logo ela também não consente com uma tutela penal circunscrita ao comportamento, posto que nela o evento sempre estará a merecer acerto pela instância penal. Dito em breve síntese: o direito penal do futuro não se pode distanciar em demasia do facto. É sempre o facto ilícito em execução ou já consumado que caberá sancionar em ordem a que não se cumpram as prognoses mais sombrias do legislador.

Finalmente, defendemos – especificamente para a tutela penal do ambiente – que no particular marco de um delito cumulativo, ou o contributo

⁽¹⁴²⁹⁾ Ou seja, quando constatada for a serialidade da conduta – plasmada faticamente no interior das margens de um contexto cumulativo.

⁽¹⁴³⁰⁾ Para um aturado estudo sobre a proposta de STRATENWERTH, os pontos 2 e ss., do Cap. IV; e 3.1., do Cap. 5, *supra*.

singular determina ao ingressar em um contexto (de acumulação) uma lesão real, *i.e.*, promove uma perturbação das funções ecológicas desempenhadas pela componente ambiental sob ataque (as águas, o ar, o solo etc), ou ele simplesmente não preenche o ilícito-típico. Só assim, mediante compartimentada tutela das componentes ambientais – e não pelo expediente do perigo abstrato – faz-se lícito antecipar a proteção dos contextos de vida a que se ligam as gerações atuais e futuras contra a conduta de natureza cumulativa.

CAPÍTULO IX

A Dogmática da Acumulação em Face de Problemas de Causalidade e de Imputação do Resultado no Âmbito da Criminalidade Ambiental de Massa

1. Introdução; 2. Abandono do conceito causal?; 3. Necessidade de redimensionamento do princípio determinista: proposta de limitada abertura às leis probabilísticas; 4. O delito cumulativo e a chamada “causalidade cumulativa”; 4.1. Causalidade cumulativa “tradicional” e o problema da acumulação de contributos na constelação ambiental; 4.2. Acumulação e autoria paralela: possibilidade de integração conceitual para o efeito de imputação do aporte singular?; 4.3. Autoria coletiva paralela: vinculação aos territórios de acumulação; 4.4. Autoria coletiva paralela: sanção penal proporcional ao contributo singular aditivo; 4.5. Acumulação e a teoria da equivalência das condições; 4.6. Acumulação de contributos mínimos analisada sob o ângulo da definição do resultado; 4.7. Teoria do resultado em sua concreta configuração; 4.8. Contributo acumulativo à luz do problema da prévia individualização do resultado; 4.8.1. Imputação pelo resultado global; 4.8.1.a. Crítica à imputação pelo resultado global; 4.8.2. Imputação pelo resultado parcial (SAMSON); 4.8.2.a. Crítica à imputação pelo resultado parcial; 4.9. Consideração intercalar; 4.10. Imputação em hipótese de delito cumulativo de resultado quantificável (o contributo de PUPPE); 4.11 Imputação da responsabilidade em hipótese de um resultado insuscetível de quantificação; 5. O problema da insignificância no paisagem do direito penal do ambiente: confronto com o problema da acumulação; 5.1. A relevância da delimitação do “limiar de significância”; 6. Considerações do Capítulo

1. Introdução

Consoante já ficou consignado no transcurso deste trabalho um importante setor doutrinário, que coloca a dogmática penal da acumulação em ponto de mira crítico, timbra em assinalar que ela não se fundamenta em pressupostos ônticos, tais como ação e causalidade, daí ficar dispensada qualquer demonstração de causa e efeito entre a conduta individual e o resultado que, de sua vez, sequer se apresentaria como um evento controlável pelo indivíduo isoladamente considerado. Em síntese, o chamado delito cumulativo simplesmente não reclamaria qualquer comprovação de causalidade ⁽¹⁴³¹⁾ “entre o contributo singular e o dano global” ⁽¹⁴³²⁾.

Essa compreensão dos problemas que giram em torno do delito cumulativo tem como base o argumento que diferentemente das usuais ofensas de resultado de dano que povoam o direito penal tradicional – em que os tipos penais se apresentam como guardiães de bens jurídicos de referente individual ⁽¹⁴³³⁾ –, os processos e as reações químicas, físicas ou biológicas que comparecem em uma “sociedade de risco” ⁽¹⁴³⁴⁾ ativam-se, não raro, mercê condutas massivas ⁽¹⁴³⁵⁾, as quais nem sempre permitem uma

⁽¹⁴³¹⁾ Não vai demasia recordar lição de JESCHECK, apta a esclarecer a ideia de causalidade em direito penal, e que voga no sentido que “[...] a ação e o resultado não estão desconectados entre si, senão que devem mostrar entre si uma relação suficiente que permita poder *imputar* ao autor o resultado como uma consequência de sua ação [...] essa relação consiste na causalidade [...]. Daí que a causalidade do comportamento do autor para o resultado seja uma *condição necessária* para sua punibilidade; ou mais exatamente: para que possa ser *imputável* ao autor o *resultado* produzido”. V. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - AT*, *ob. cit.* [n. 340], 1982, p. 222. Nem todos os grifos são originais.

⁽¹⁴³²⁾ SILVA DIAS, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 307.

⁽¹⁴³³⁾ Situações estas em que o exame da causalidade “tem como ponto final de referência a evidência material de uma lesão”. V. MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, Valência: Tirant lo Blanch, 2002, p. 407.

⁽¹⁴³⁴⁾ É de lembrar que BECK estabeleceu como traço marcante do seu modelo de sociedade de risco o facto de os novos riscos não serem sujeitos a uma imputação segundo as atuais regras de causalidade e culpabilidade. V. BECK, Ulrich, *Gegengifte*, *ob. cit.* [n. 212], p. 120.

⁽¹⁴³⁵⁾ Finalmente atraídas para a constelação do direito penal ambiental exatamente em função do saldo negativo total que podem representar para as funções ecológicas.

verificação clara e direta da relação ou laço de causa e efeito (¹⁴³⁶), pese uma incontrovertida aptidão para provocarem, à *la longue*, danos ecológicos significativos.

De modo que os complexos e estendidos cursos causais e os intrincados nexos que caracterizam a *deviance* ambiental traduzem-se em problemas jurídicos acrescidos para as tradicionais teorias de imputação (¹⁴³⁷), como de igual sorte, para a teoria da imputação objetiva (¹⁴³⁸), vez que, intuitivamente, de regra, extravasam da ação meramente individual. Vale por dizer: a continuada degradação do ambiente natural, resultante de uma prolixa ação cumulativa não se apresenta como obra individual – não constitui o produto final do projeto de um único personagem ou autor –, porquanto, como já acentuámos, apresenta-se como resultado de uma somatório amalgamado de condutas, portanto de uma multiplicidade de causas.

Mas, aqui também cabe deixar intervir uma reflexão que, como se poderá observar, não impõe qualquer fratura nas considerações precedentemente articuladas, aliás, orienta-se tão-só a salientar de modo ainda mais vigoroso a complexidade do nosso problema que, decididamente, não se deixa reduzir a um único prisma. É que muito embora a tipificação de alguns comportamentos de baixo ou quase nulo conteúdo de ofensividade (mormente se não os perspectivarmos à luz de um contexto de incidência cumulativa) fique mesmo a dever ao temor do legislador de que, à míngua de uma censura penal, eles se venham a replicar em massa (¹⁴³⁹), efeitos de acumulação, é

(¹⁴³⁶) Algo que sem dúvida irá repercutir já no problema da prova, trazendo então dificuldades de monta nesta seara.

(¹⁴³⁷) Nesse sentido, MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 52; também ver SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 618.

(¹⁴³⁸) Não se pode deixar de vincar que as categorias da imputação e da causalidade “não são de modo algum idênticas”, mas complementares. HONIG (*Frank Fest. I*, 1930, p. 174 ss.), como se sabe, completou a categoria do direito natural da causalidade mediante a categoria da imputação objetiva. Sobre isso, em detalhe, FRISCH, Wolfgang, “La Imputación Objetiva: estado de la cuestión”, *in: Sobre o estado de la teoría del delito*, trad. Ricardo Robles Planas, Jesús-María Silva Sánchez (org.), Madrid: 2000, p. 20 ss., p. 22 ss.

(¹⁴³⁹) Estamos aqui, é bem de ver, diante do problema, aliás, acima já estudado, dos “grandes números”.

mister que se ressalte nesta quadra do texto (e a realidade quotidiana bem o demonstra), não se desencadeiam, exclusivamente, em função da realização de condutas massivas e uniformes ⁽¹⁴⁴⁰⁾. Com isso quer-se argumentar que, em determinadas situações, alguns poucos contributos (emissões ou imissões, e.g., provenientes de um grupo de empresas) podem ser bastantes para colocar em movimento um curso causal perigoso.

Expressado em termos negativos: estimamos que se não pode dar albergada à ideia – simplificadora da complexidade do problema em lupa – de que para que venha a ter lugar uma poluição ambiental originária de processos de acumulação *lato sensu*, hajam de intervir, sempre, todos os habitantes de um determinado orbe, ou quiçá do inteiro planeta. Há, pois, processos cumulativos de distintos níveis a constituir diferenciados contextos de acumulação e, deve ainda vincar-se, em nem todos eles incidirá com a mesma intensidade os chamados “problemas de causalidade”.

2. Abandono do conceito causal?

Já se aludiu à crítica lançada por um importante setor da doutrina à proposta do delito cumulativo, censura que converge de modo bem penetrante no sentido de uma natural vocação deste para simplificar ou tornar irrelevante o problema da causalidade, ou seja, que os “tipos cumulativos” simplesmente não permitiriam qualquer comprovação de causalidade entre o contributo singular e o dano global, monitória cujo ponto arquimediano sustenta-se, nomeadamente, no temor de uma substituição ou abandono definitivo do conceito causal naturalista ⁽¹⁴⁴¹⁾ por uma análise de corte unicamente empírico-estatístico ⁽¹⁴⁴²⁾, já como forma de solucionar dificuldades (não só no plano

⁽¹⁴⁴⁰⁾ A sociedade moderna não é apenas uma sociedade de risco, também “é uma sociedade de massas, o que no atual contexto significa que tem de administrar comportamentos em massa distintos mas também uniformes dos cidadãos”. V. JAKOBS, Günther, *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, ob. cit., [n. 429], p. 36 e s.

⁽¹⁴⁴¹⁾ Para FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal, Parte Geral*, ob. cit. [n. 17], p. 323), “(...) A causalidade naturalisticamente comprovável constitui só o limite máximo (...) até onde pode ser levada, sem arbítrio, a imputação penal”.

⁽¹⁴⁴²⁾ Nesse sentido, por todos MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, ob. cit. [n.312], p. 102.

causal, mas também da imputação [¹⁴⁴³]) bem específicas do direito penal ambiental.

Para nós os problemas convocados pelo chamado delito cumulativo, muito embora tenham eles sede nuclear em um enigma de atribuição (entrelaçado à responsabilização individual do agente por um comportamento ou contributo aparentemente irrelevante), não dispensam, não podem dispensar, como regra, a precisa definição – primeiro que tudo (¹⁴⁴⁴) –, da relação ou nexa fático entre o comportamento do agente e o resultado. Tal relação, segundo pensamos, deve ser, uma relação causal-nomológica (¹⁴⁴⁵). Portanto, contrariamente ao que se tem geralmente afirmado, muitos dos

(¹⁴⁴³) De acordo com o ponto de vista de KINDHÄUSER, que afinal subscrevemos, a causalidade pode ser “objeto de imputação da responsabilidade, contudo não o fundamento desta”, pois “do mero ser não deriva responsabilidade”. V. *Cuestiones fundamentales de la coautoria*, trad. Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos, 29, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 9. Já BUSTOS RAMIREZ e HORMAZABAL MARALÉE² mostram-se não apenas refratários ao “dogma causal”, como entendem que a causalidade não é um problema a ser tratado no âmbito da tipicidade. De modo bem assertivo, quase corrosivo, rematam: “a causalidade de nada serve na determinação típica, em verdade é só o pretexto para fundamentar uma determinada concepção da teoria do delito (...)”, daí que “o princípio da causalidade não tem quase nenhuma significação no direito penal”. Pensamos que há excessos retóricos nessa desvalorização da causalidade, que decerto ficam a dever às fricções e turbulências, relacionadas à chamada “luta de escolas”, que não chegam a ser propriamente belicosas, mas que podem ser muito intensas em determinadas alturas. Deve-se ainda dizer, que os mencionados autores terminam pelo menos por conceder, que “os problemas que se englobam sob a causalidade”, devem ser tratados em sede de antijuridicidade, por envolverem “realmente um problema de imputação que é necessário analisar na antijuridicidade considerada esta materialmente”. V. BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MARALÉE, Hernan, “Significación social e tipicidad”, *cit.* [n. 581], p. 24, 32, 35 e 41.

(¹⁴⁴⁴) Também é oportuno recordar, com Claus ROXIN (*Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 359 e s.) que “a causalidade é precisamente só o primeiro, mas não o único pressuposto da imputação”. Já JAKOBS (*Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 348], p. 185 ss.) perspectiva a causalidade não só como um elemento integrante da imputação, mas já fase primeira do juízo objetivo de atribuição da responsabilidade penal a proceder.

(¹⁴⁴⁵) Convém, neste passo, lembrar, com SILVA DIAS, que “a verificação do nexa de causalidade é uma questão de facto e não uma questão de direito. O conhecimento causal é um conhecimento nomológico, que se apoia em regras ou leis naturais, que têm um carácter descritivo de regularidades”. V. DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Proteção do Futuro, ob. cit.* [n. 140], p. 126 e s.

problemas relacionados ao delitos acumulativos não prescindem – por mor nos chamados delitos de *resultado quantificável* (¹⁴⁴⁶) – da realização de uma análise causal.

No entanto, cabe agora exprimir – e é de uma evidência palmar que estamos agora a percorrer uma extensão do conhecimento teórico em que a harmonia é bastante implausível – que se existem cursos causais que devem, sempre quando possível, ser objeto de demonstração (do liame entre o antecedente e o conseqüente) mercê emprego de métodos científico-naturais exatos, também temos que pormo-nos em harmonia com os que ponderam acerca da existência de fenômenos marcados por uma forte opacidade e para os quais a pura análise causal-naturalística pode não oferecer qualquer resposta: situações em que “os dados científicos disponíveis sobre a conformidade às leis naturais ou não dizem nada, ou não são suficientes, ou não são fiáveis” [¹⁴⁴⁷]). Daí a necessidade, segundo pensamos, em buscar-se redimensionar, e agora também no multiversum jurídico, o chamado princípio determinista.

3. Necessidade de redimensionamento do princípio determinista: proposta de limitada abertura às leis probabilísticas

Registre-se, logo à partida, que consoante precisa lição de TIEDEMANN e KINDHÄUSER, a depender da “especialidade da concepção do tipo (...) também pode revelar-se bastante uma prova estatística”. Desde já também impende concordar com os mencionados autores, quando ressalvam que a admissibilidade de uma tal prova deve ser recusada na hipótese de delitos de ofensa a bens jurídicos individuais, como, *e.g.*, o tradicional crime de lesão corporal (¹⁴⁴⁸). Mas, evidentemente, tal não é o caso dos bens jurídicos – bens de interesse comum e de natureza coletiva – onde têm sede e morada os problemas relacionados aos efeitos de acumulação.

(¹⁴⁴⁶) Sobre isso, ver o ponto 4.10., *infra*.

(¹⁴⁴⁷) DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 326.

(¹⁴⁴⁸) KINDHAUSER, Urs; TIEDEMANN, Klaus, “Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?”, *cit.* [n. 1364], p. 341.

Não estaremos, pois, nem a realizar um mortal salto lógico nem a palmilhar caminhos impérvios caso nos afastemos de uma concepção jusfilosófica da causalidade (¹⁴⁴⁹), por forma a nos inclinarmos para uma compreensão que deita raízes em BUNGE (¹⁴⁵⁰), autor que ao distanciar-se de uma redutora concepção da realidade, veio a defender que a causalidade efetivamente é parte integrante do princípio do determinismo universal, mas este não se restringe nem se exaure naquela, posto que a mais da categoria causal também há outras categorias da determinação que a complementam – como, *v.g.*, a categoria estatística e a categoria teleológica – em ordem a formar um todo coerente (¹⁴⁵¹).

PÉREZ BARBERÁ argumenta, de saída, que cada uma dessas categorias tem o seu próprio âmbito de aplicação. Depois pontifica que existem casos em que, “desde o ponto de vista ontológico, não admitem uma explicação causal”, ou seja, o resultado típico eventualmente “pode não apresentar uma causa como antecedente empírico ou ontológico”, com isto querendo significar que é “possível que o resultado vincule-se ao seu antecedente não através de leis causais, senão por meio de leis estatísticas ou probabilísticas” (¹⁴⁵²).

De modo que a causalidade é uma categoria que o saber penal sem dúvida maneja em ordem a permitir – e já como uma primeira etapa deste processo – uma jurídica atribuição da responsabilidade; mas a imputação não

(¹⁴⁴⁹) Que, ao nível ontológico, é claramente reducionista, pois restringe o princípio do determinismo – *in mundo non datur casus* – à categoria causal.

(¹⁴⁵⁰) BUNGE, Mario, *Causality – The Place of the Causal Principle in Modern Science*, Cambridge;Massachusetts: Harvard University Press, 1959. Sobre essa concepção, em detalhe, v. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 20 ss; bem como, MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel, *El Concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, *ob. cit.* [n. 1433], p. 392 s.

(¹⁴⁵¹) BUNGE, Mario, *Causality*, *ob. cit.* [n. 1450], p. 17 ss. Com especial referência à indeterminação causal instaurada pela física quântica de HEISENBERG, ponderando no entanto, que a vigência de leis estatísticas no domínio subatômico não impede que “na vida quotidiana de que cabe curar o jurista possa confiar-se nas leis causais com certeza praticamente absoluta”, ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 350.

(¹⁴⁵²) PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, *ob. cit.* [n. 1450], p.21.

dependerá sempre, e com absoluta exclusividade, da metódica captura de um enlace causal fático, uma vez que em determinadas situações, aliás não estrangeiras ao direito penal ambiental (e também em larga medida ao direito penal do consumo), ter-se-á de recorrer àquelas categorias outras que integram o princípio da determinação, designadamente às leis estatísticas ou probabilísticas, já para o efeito de poder-se alcançar uma adequada imputação da responsabilidade penal no caso concreto.

Cabe deixar logo bem vincado: não se cuida de rejeitar o princípio causal mas, tão-somente, de acentuar que ele convive com outras modalidades ou categorias determinísticas. Logo, sem qualquer larvada intencionalidade em trasladar o centro de gravidade do problema da acumulação para a problemática da causalidade (mas reconhecendo já uma importante intermistura de causalidade com pontos de vista de imputação), pensamos que parte da polifacetada resposta a dar aos hipercomplexos problemas dogmáticos suscitados pelo chamado delito cumulativo passa por reconhecermos que a categoria científico-natural da causalidade pode fornecer um ponto de referência externo, mas já não mais – e muito menos ainda de forma sistemática – constitui uma resposta conclusiva (designadamente nos casos de *sinergismo*). Assim, e já a modo de conclusão provisória, não vislumbramos por que razão dever-se-ia advogar um “retorno ao tempo do naturalismo jurídico-penal com o propósito de solucionar todos os problemas penais com o conceito causal” ⁽¹⁴⁵³⁾.

Aderimos, de conseguinte, à concepção que advoga que a causalidade participa do princípio determinista universal, mas não o exaure, sendo lícito ao intérprete ou ao “operador do direito”, em caráter excepcional e subsidiário, valer-se das leis estatísticas ou probabilísticas. Mas com isso não se disse tudo. É que também não deve esquecer-se que a nossa disciplina indubitavelmente não pode deixar de partir de um marco normativo, que, afinal (e um tal reconhecimento não nos fará submergir nas águas profundas e

⁽¹⁴⁵³⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Über die objektive Zurechnung”, GA, n.º. 146 (1999), p. 207 ss., p. 219. Há tradução para o espanhol: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, trad. Mariana Sacher, in: SCHÜNEMANN, Bernd, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá: Editorial Ibanez, 2007, p. 19 ss.

álidas do mais acirrado positivismo) deverá “decidir quais estruturas da realidade são juridicamente relevantes” ⁽¹⁴⁵⁴⁾.

Também deve ter-se bem presente – sem que com isso sejamos agora opostamente sequestrados de corpo inteiro pelas afirmações valorativas ou seja, não é nossa intencionalidade em absoluto subalternizar cabalmente os factos e os seus complicados nexos às afirmações de valor ⁽¹⁴⁵⁵⁾ – que o exame da causalidade não é uma operação puramente cognitiva, pois “antes de tudo pressupõe a precisa delimitação da decisão do aplicador do direito para o esclarecimento causal do resultado, que apenas em parte se poderia demonstrar a partir da moldura do tipo legal, mas que de resto exige valorações próprias” ⁽¹⁴⁵⁶⁾.

Claro que ao assim exprimirmo-nos não pretendemos mais do que significar – disso estamos convencidos – que tanto a questão fática, como a questão normativo-valorativa devem ser igualmente consideradas ⁽¹⁴⁵⁷⁾, sem que isso importe em uma rescisão geral da fronteira dogmática entre causalidade e imputação objetiva ⁽¹⁴⁵⁸⁾. Bem, a conclusão principal obtida até agora é que o princípio causal, uma das categorias-base do determinismo universal, não perde a sua relevância. Não obstante, há de suavizar-se o afã em tudo querer explicar com o manejo desse princípio, forte porque ele nem sempre é decisivo (sobretudo em face de alguns dos novos contextos de risco)

⁽¹⁴⁵⁴⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, *cit.* [n. 423], p. 28.

⁽¹⁴⁵⁵⁾ Não divergirmos, daqueles que, como PUPPE, entendem que a ciência jurídica “não tem que afastar-se dos factos (...) para referir-se *exclusivamente* a afirmações de valor (...) pois as afirmações valorativas não têm sentido se não está indicado com exatidão a que factos devem referir-se”, PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 584], p. 28. Itálico nosso.

⁽¹⁴⁵⁶⁾ HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, GA (1995), p. 515 ss., p. 533.

⁽¹⁴⁵⁷⁾ A consideração do facto, do valor e da norma remete-nos, evidentemente, à teoria tridimensional do direito, mentada, ninguém desconhece, por REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

⁽¹⁴⁵⁸⁾ HILGENDORF é do entendimento que tais fronteiras restariam assim, em parte, anuladas. HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, *cit.* [n. 1456], p. 533.

para a fixação da responsabilidade individual (¹⁴⁵⁹). Evidentemente não se trata de abandonar sem mais a questão fática às leis probabilístico-estatísticas (¹⁴⁶⁰) ou a questão normativa à imputação objetiva [¹⁴⁶¹]), mas sim de não deixarmos de tentar encontrar uma resposta que também seja uma resposta juridicamente fundamentada.

4. O delito cumulativo e a chamada “causalidade cumulativa”

É mister anotar que inúmeros autores, mormente em Alemanha, intentam resolver os problemas relacionados aos efeitos de acumulação na seara meio ambiental – precisamente no âmbito da causalidade. Esta suposta via de solução conduzir-nos-á já nas próximas quadras a estudar, primeiramente, a chamada “causalidade cumulativa”, isso com o confessado propósito de sondarmos as eventuais semelhanças (pontos de contato) e diferenças (pontos de fricção) porventura existentes entre o problema da acumulatividade de aportes ou contributos que subjaz à proposta do delito cumulativo e o mencionado conceito dogmático; de seguida, também caberá examinar se os chamados “efeitos de acumulação” subtraem-se de modo sistemático a qualquer tentativa de determinação do antecedente causal.

4.1. Causalidade cumulativa “tradicional” e o problema da acumulação de contributos na constelação ambiental

Insta salientar que o exame dos problemas colocados pela teoria do “delito cumulativo” realmente não dispensa, para o efeito de testarmos eventuais possibilidades de harmonização com soluções dogmáticas já estabilizadas (logo com zelo em um sentido de unidade sistêmica), um olhar ainda que aproximativo (mas não meramente um olhar de soslaio e sem

(¹⁴⁵⁹) Similar à parte final do texto, MOLINA FERNANDEZ, Fernando, *Responsabilidade Jurídica y libertad – una investigación sobre el Fundamento material de la Culpabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 120.

(¹⁴⁶⁰) A ter lugar somente quando não for possível, em razão de dificuldades pontuais insalváveis de verificação do liame causal.

(¹⁴⁶¹) Aliás, PUPPE entende (v. *La Imputación del Resultado en Derecho Penal, ob. cit.* [n. 584], p. 31) que o “pecado original” da teoria da imputação objetiva se encontra em seu “desacoplamento da causalidade”.

qualquer ponderação crítico-meditativa) para algumas questões que se encontram interlaçadas com a chamada “causalidade cumulativa”.

Nesse ritmo cabe logo pronunciar que a doutrina (¹⁴⁶²) ao trabalhar com o conceito de “causalidade cumulativa”, usualmente refere ao já clássico caso em que “A” e “B” propinam, de forma autonômica e sem qualquer vínculo de comparsaria, venenos na bebida de “C”, fazendo-o em doses (*dosis facit veneno*) diferenciadas – nenhuma das quais com eficácia letal própria – conquanto mortíferas quando combinadas (¹⁴⁶³).

Mas – e à guisa de tornar as coisas um pouco menos propensas à intransparência –, deve dizer-se que existe alguma confusão (terminológica) na literatura (sobretudo manualística) quanto ao que deve tomar-se por uma situação típica de “causalidade cumulativa”. Deveras, autores há, como JESCHECK, que empregam esta expressão sempre que se verifica a concorrência de duas ou mais causas igualmente aptas, por si mesmas, a produzir um resultado como, e.g., “o assassinato de César por 23 punhaladas”(¹⁴⁶⁴). Uma tal realidade fenomênica, no entretanto, é nomeada por

(¹⁴⁶²) Por todos, LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg, “Vor § 13”, in: *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Schönke-Schörder (org.), München: C.H. Beck, 2006, p. 187.

(¹⁴⁶³) Curiosamente, na mais recente edição do seu manual, ROXIN vislumbra na constelação das decisões colegiadas ou gremiais (*Gremienentscheidungen*) um típico caso de causalidade cumulativa, vindo a compará-las, expressamente, com o aludido caso do veneno, em que as doses (assim também os votos), somente quando combinadas, adquiririam virtualidade para produzir algum efeito lesivo. V. ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 75], p. 359.

(¹⁴⁶⁴) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts – AT, ob. cit.* [n. 340], p. 226. Em edição mais recente de seu manual este autor vem a complementar, agora juntamente com WEIGEND, que uma situação de causalidade cumulativa tem lugar quando o resultado apresenta-se “como produto de varias condições simultâneas e independentes umas das outras”, de modo que “quando vários intervenientes ferem mortalmente a vítima de um roubo, cada uma das ações homicidas é causal para o resultado morte”. Também opinam que na hipótese de não comprovar-se qual das lesões produziu a morte, desde que não se trate de um caso de cumplicidade ou coautoria, só pode aplicar-se para todos os intervenientes a pena da tentativa. V. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: AT*, 5a. ed., Berlin: Duncker u. Humblot, 1996. Valendo-se também daquele exemplo “acadêmico”, i.e., das vinte e três punhaladas, PUIG leciona que “quando o resultado foi causado por duas ou mais condições cada uma das quais resultou suficiente por si só para produzi-lo (...)” e, em casos tais “ainda que se eliminasse cada uma das condições por separado, subsistiriam as

um outro setor doutrinal, presumivelmente majoritário, não de “causalidade cumulativa”, porém de “causalidade alternativa”, e que por vezes ainda vem denominada de “dupla causalidade” (¹⁴⁶⁵). RUDOLPHI, por exemplo, trata como tal a situação em que atuam várias condições do resultado, cada uma delas por si mesma suficiente para a causação do evento concreto conjunto. Este autor também deixa estreme de qualquer dúvida que se não deve malbaratar casos de dupla causalidade (¹⁴⁶⁶) com aqueles em que “duas ou mais condições são postas independentemente uma da outra, e em seu atuar conjunto – mas não cada uma por si mesma – produzem o resultado” (¹⁴⁶⁷). Importante agora é realçar que na hipótese de tratar-se de uma “causalidade cumulativa”, propende-se a considerar que a causalidade de cada contributo individual para o resultado global ou conglobado não é posta em causa (¹⁴⁶⁸).

demais, por si só eficazes para produzir o resultado”. V. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte Geral*, ob. cit. [n. 504], p. 244. V. também, STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – AT*, ob. cit. [n. 41], p. 91 e s.

(¹⁴⁶⁵) De acordo com KINDHÄUSER, tem-se um caso de “causalidade alternativa quando ‘A’ e ‘B’, de forma independente, vertem doses de venenos na sopa de ‘V’, cada uma delas capaz de produzir um efeito mortal”. KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht – AT*, 3ª. ed., Baden-Baden: Nomos, p. 85. Também DAXENBERGER (*Kumulationseffekte*, ob. cit. [n. 91], p. 96) entende que quando uma dose ou emissão pode já por si causar o resultado, está-se diante de um caso de causalidade *alternativa*, e não de uma causalidade cumulativa.

(¹⁴⁶⁶) Nesta singela nota devemos vincar que, para os específicos fins do confronto com o problema da acumulação que iremos desenvolver ao longo desta epígrafe não cabe, evidentemente, proceder à investigação da chamada causalidade alternativa, também apodada de “dupla causalidade”.

(¹⁴⁶⁷) V. RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, ob. cit. [n. 578], p. 24. Interpolamos.

(¹⁴⁶⁸) Assinalando que a doutrina nas situações clássicas (*maxime* no “caso do veneno”) de causalidade cumulativa tradicionalmente afirma que a “causalidade de cada contributo individual para o resultado global é inquestionável”, BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte - Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, cit. [n. 918], p. 582. Deveras, “no plano do simples acontecer causal” a causalidade cumulativa não apresentara, segundo o parecer de MURMANN, qualquer dificuldade, dado que o comportamento de ambos os agentes encontra-se em uma “relação ou contexto em conformidade com a lei para a entrada do resultado”, de modo que se se quiser aplicar a fórmula da *condition sine qua non*, “o resultado deixa de existir quando a conduta daqueles participantes é mentalmente suprimida”. V. MURMANN,

Pinceladas essas ligeiras observações, opinamos que situações de “causalidade cumulativa” têm lugar quando concorrem duas ou mais condições, cada um delas necessária (¹⁴⁶⁹), mas não suficiente (quando isoladamente consideradas) à produção do resultado, que somente terá lugar quando os diversos aportes causais se combinarem (¹⁴⁷⁰).

Também deve-se sublinhar que o já mencionado “caso do veneno” – tipicamente acadêmico (já houve mesmo quem o afirmasse [¹⁴⁷¹]) –, se falto de uma qualquer densidade prática (¹⁴⁷²) parece, todavia, recuperar contornos menos fantasmagóricos, vindo talvez a encontrar uma nova consistência e quiçá a granjear alguma aderência à realidade factual quando perspectivado pelo ângulo do direito penal ambiental, posto que uma degradação das componentes do ambiente, via de regra (¹⁴⁷³), não tem uma fonte ou origem única (procede, na verdade, como bem se sabe, da combinação de diversas fontes [¹⁴⁷⁴] ou contributos lesivos); a isso deve agregar-se que um número não

Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht – Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 145.

(¹⁴⁶⁹) Para KINDHÄUSER (*Strafrecht – AT, ob. cit.* [n. 1465], p. 84), em face de uma causalidade cumulativa “não menos do que duas condutas se fazem necessárias para que se possa explicar causalmente a produção de um resultado”; além disso, cada qual há de ser perspectivada como condição necessária desse resultado.

(¹⁴⁷⁰) Porém, não cabe, evidentemente, falar-se em causalidade cumulativa quando os factos são praticados de modo duradouro ou continuado pela mesma pessoa. Se alguém, reiteradamente, lança poluentes no solo de modo a degradar a qualidade deste cuidar-se-á, a todas as luzes, de uma ação continuada e não de uma conduta cumulativa.

(¹⁴⁷¹) BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n.918], p. 581.

(¹⁴⁷²) De duvidar-se, seriamente, que, em algum tempo tenha vindo a materializar-se no real ôntico-existencial.

(¹⁴⁷³) As exceções, aparentemente monocausais, podem ser facilmente reconhecidas como catástrofes ambientais. À guisa de exemplo lembremos o acidente envolvendo o navio “Exxon Valdez”, que naufragou no sul do Alasca (Estreito de Prince William), no ano de 1989 e; já mais recentemente, o terrível vazamento de óleo que teve início após explosão e subsecutivo afundamento da Plataforma Deepwater Horizon, da BP-British Petroleum, no Golfo do México, no dia 20 de abril de 2010.

(¹⁴⁷⁴) BLOY também admite a existência dessa característica, contudo revela-se algo pessimista quanto à imputação do resultado, advogando que os efeitos de adição e de interação frequentemente “não são decodificáveis”, ou se apresentam como de “quantificação

desprezível de delitos ecológicos concerne à realização de condutas relacionadas precisamente à utilização de venenos (basta pensarmos nas chamadas atividades ou práticas poluidoras). A isso também aduz-se que em hipóteses caracterizadas pela existência de comportamentos realizados em massa (“Massenhandlungen”) não se poderá falar em regime de comparticipação ou coautoria, mas sim, quiçá, em uma “autoria paralela” ⁽¹⁴⁷⁵⁾.

Não vai demais então afirmar que tanto o aspecto pluricausal ⁽¹⁴⁷⁶⁾ como a ausência de vínculo de associação ou cumplicidade são, indiscutivelmente, dois dos mais nítidos pontos de contato (homogenia) entre a chamada “causalidade cumulativa” e a figura da acumulação, algo que, por si só, não é bastante para autorizar uma aplicação automática e geral da primeira à constelação deveras plástica das ofensas ambientais acumulativas.

Com efeito, no que toca à transposição da solução comumente sugerida para os tradicionais ⁽¹⁴⁷⁷⁾ casos de causalidade cumulativa para o direito penal ambiental não há plena sintonia doutrinal. Aliás, um setor da doutrina defende que a acumulação não se cruza conceitualmente com a causalidade cumulativa, posto vislumbrar – como veros pontos de fricção – a primeiro que a acumulação não atua ao “nível da tipicidade”; e, a segundo, que um resultado material, “cuja imputação objectiva seja necessário estabelecer no caso concreto”, não se apresenta como pressuposto para aquela ⁽¹⁴⁷⁸⁾. De facto,

extremamente difícil”. V. BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 581.

⁽¹⁴⁷⁵⁾ Sobre esse nóculo problemático, em detalhe, o ponto 4.3., *infra*.

⁽¹⁴⁷⁶⁾ Falando em “causalidade múltipla”, SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, *cit.* [n. 566], p. 154.

⁽¹⁴⁷⁷⁾ No caso do veneno, como se sabe, a solução tradicional voga no sentido de que “como não era antevizível a colocação de uma adicional dose de veneno por uma outra pessoa (...) nem “A” nem “B” são punidos por homicídio consumado, contudo respondem por tentativa”. V. DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 77. Sem embargo, entendemos que na hipótese dos delitos ecológicos, os agentes podem contar como certos os aportes de um número indeterminado de sujeitos, logo não cabe falar em tentativa.

⁽¹⁴⁷⁸⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 307.

insta esclarecer que o próprio KUHLEN tratou, expressamente⁽¹⁴⁷⁹⁾, de afastar o instituto da causalidade do raio de incidência do delito cumulativo ao fundamento de o primeiro não se basear, ao contrário do que se passa com o último, numa reflexão hipotética, já que diz respeito à entrada de um resultado fático concreto ⁽¹⁴⁸⁰⁾.

Também cumpre observar que no caso dos venenos cumulativamente propinados os autores pressupõem, de partida, que as respectivas quantidades ou doses são aptas, por si mesmas, para a obtenção do resultado pretendido; porém, no que toca àquelas situações em que os contributos individuais somente quando associados produzem um efeito capaz de menoscabar o ambiente, tem-se defendido que essa presunção encontrar-se-ia invertida, visto que não seria previsível ao agente supor que com o seu mínimo contributo poderá ativar uma complexa cadeia de reações e assim provocar um dano ambiental ⁽¹⁴⁸¹⁾. Bem, não subscrevemos tal intelecção. Temos que tal raciocínio não foi pensado até ao fim. É que a depender da circunstância ou do *contexto* em que o agente irá agregar o seu contributo ele poderá, sem dúvida alguma, contar (representar mentalmente) com condutas contributivas à afetação do bem provenientes de terceiros indeterminados, ou seja, prever uma piora da situação de instabilidade ecológica da componente ambiental: alvo de um comportamento coletivo e uniforme.

⁽¹⁴⁷⁹⁾ KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”, *cit.* [n.91], p.399, na nota de nr. 56. Em boa verdade, quando KUHLEN trabalha com o delito cumulativo parece simplesmente prescindir da categoria da causalidade, com isso lembrando a OTTO, quem, contra a doutrina majoritária, defendeu a substituição do princípio causal pelo princípio do incremento do risco. V. OTTO, Harro, “Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten”, *NJW* (1980), Heft 9, p. 417 ss.

⁽¹⁴⁸⁰⁾ Mas, à luz da concepção que defendemos neste trabalho, tal assertiva está a merecer temperamentos. Temos que não se pode fazer evanescer o facto concreto ao argumento que a acumulação fundamenta-se, tão-só, numa reflexão hipotética. Não cabe, segundo pensamos, confundir a lógica da acumulatividade, que impulsionará o legislador a estabelecer um delito cumulativo e a concreta conduta cumulativa. Esta, evidentemente, ou diz respeito a um facto concreto – que não se basta com uma arbitrária adscrição ou carimbagem de uma propriedade acumulativa – ou não se terá nada mais do que vácuo.

⁽¹⁴⁸¹⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 77.

Por fim, impende acrescentar que em situações de causalidade cumulativa as concausas acumuladas ou conglobadas ocasionam um resultado lesivo, enquanto o delito cumulativo tende a apresentar um quadro similar, porém marcado por uma maior complexidade e, sobretudo – afirma-se, e quanto a este aspecto, a nosso ver, imponderadamente – que os contributos (acumulados) não dão lugar a uma lesão, mas tão-só a um perigo ao bem jurídico ⁽¹⁴⁸²⁾.

4.2. Acumulação e autoria paralela: possibilidade de integração conceitual para o efeito de imputação do aporte singular?

A chamada autoria paralela ou colateral (“Nebentäterschaft”) tem lugar quando dois ou mais autores de modo autônomo e completamente independente, ou seja, sem que haja qualquer vínculo subjetivo ou prévia concertação (logo sem interação intencional ou desejada [¹⁴⁸³]) cooperam ou contribuem para um resultado típico de perigo ou de dano a um mesmo bem jurídico ⁽¹⁴⁸⁴⁾. Logo, e é bem de ver, na autoria paralela os respectivos “projetos delitivos” (se dolosa a conduta) só convergirão de modo eventual ou fortuito. Agregue-se que nessa modalidade de autoria também não há instrumentalização delitiva, pois um autor não se serve do outro como meio ou “ferramenta”. Cada autor paralelo ou colateral é responsável apenas pela seu aporte para o facto ⁽¹⁴⁸⁵⁾, muito embora todos eles, ao praticarem atos objetivamente orientados a um mesmo fim, concorram para o resultado típico.

Existe autoria paralela, e.g., quando várias empresas sem qualquer acordo e sem coordenação de esforços realiza, cada uma por si, a conduta

⁽¹⁴⁸²⁾ CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, ob. cit.* [n. 954], p.178.

⁽¹⁴⁸³⁾ CRAMER, Peter; HEINE, Günther, “§ 25”, in: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26^a. ed., München: C.H. Beck, 2001, p. 510.

⁽¹⁴⁸⁴⁾ Destacando a ofensividade das condutas a apenas um único bem jurídico, MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht, ob. cit.* [n. 1468], p. 139.

⁽¹⁴⁸⁵⁾ Diferentemente da comparticipação, em que cada um dos coautores responde pela totalidade do evento, “na actuação paralela cada um dos agentes só responde pelo resultado causado pela própria conduta”. V. HENRIQUES, Manuel Leal; SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado – Parte Geral*, Lisboa: Rei dos Livros, 2002, p. 258 e s.

punível ao esgotarem resíduos poluentes em um rio; ou, quando uma determinada enfermidade emerge da convergência ou interação de fármacos colocados no mercado por distintos fabricantes; ou quando múltiplas infrações de trânsito cometidas por diferentes condutores ocasionam um acidente automobilístico ⁽¹⁴⁸⁶⁾; ou, ainda, e agora num exemplo mais tradicional, quando dois caçadores desatentos fazem disparos contra o guarda-florestal ao tomá-lo por um alce ⁽¹⁴⁸⁷⁾.

De observar que o resultado típico na autoria paralela é factualmente precipitado pelo comportamento de duas ou mais pessoas que todavia não se encontram associadas para a realização de uma ação conjunta, razão pela qual também se não pode aqui falar, rigorosamente, de coautoria ou de comparticipação ⁽¹⁴⁸⁸⁾. Logo, na autoria paralela todos são autores e ninguém é coautor, cúmplice ou compartícipe. Aliás, tem-se entendido que a expressão “autoria paralela” é sobretudo uma designação sinóptica de todas as manifestações que se apresentam como uma contrapartida da comparticipação ou coautoria (concurso de agentes), razão pela qual ela não possuiria – tem-se sustentado – valor dogmático autônomo ⁽¹⁴⁸⁹⁾, sendo apenas uma

⁽¹⁴⁸⁶⁾ De ver-se que a autoria paralela tem lugar, sobretudo, mas nem sempre (basta pensarmos no já citado “caso do veneno”), sob a forma de *negligência*, já porque fortemente ligada a uma fenomenalidade de tipo cotidiano. Delitos negligentes em que “a coautoria não é possível devido à ausência de uma cooperação consciente para o resultado”. V. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 54], p. 670.

⁽¹⁴⁸⁷⁾ Este último exemplo fomos buscar em JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, *ob. cit.*[n. 340], p. 553.

⁽¹⁴⁸⁸⁾ Sobre a distinção entre coautoria e autoria paralela, ver também CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, t. 2, Coimbra: Almedina, 1993, p. 253.

⁽¹⁴⁸⁹⁾ Além de JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts*, *ob. cit.* [n. 340], p. 553), outro doutrinador que não vê na autoria paralela uma qualquer autônoma transcendência é HARRO, pois entende não suscitar ela sequer especiais problemas estruturais, uma vez que o autor colateral é de ser perspectivado, segundo advoga, como “autor único”. V. HARRO, Otto, *Grundkurs Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 75], p. 299 e 318. JAKOBS anota que “normalmente apenas com a conduta do último comitente pode haver consumação delitiva, já que a entrada em cena de um outro autor só episodicamente pode pertencer ao risco do comportamento do primeiro agente”. À guisa de exemplo apresenta a seguinte hipótese: “A com dolo de matar golpeia a vítima lançando-a ao solo e em seguida afasta-se; em seguida B produz na vítima outros ferimentos – letal é a soma das lesões”. V. JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT*, *ob. cit.* [n. 348], p. 653.

“convergência fortuita de diversos casos autônomos de autoria simples”, cingindo-se, principalmente, a um problema que giraria em torno da questão da “causalidade dos diferentes contributos para o resultado coletivamente produzido” ⁽¹⁴⁹⁰⁾.

Não se estaria então perante uma autônoma variante ou forma especial de participação ⁽¹⁴⁹¹⁾ ou de cumplicidade, mas de um conceito negativo orientado, em situações de autoria múltipla ou coletiva, precisamente a afastar já de partida quaisquer das formas do concurso de agentes ⁽¹⁴⁹²⁾, *i.e.*, em ordem a pôr em destaque que os sujeitos envolvidos “devem ser sancionados de acordo as regras gerais da autoria” ⁽¹⁴⁹³⁾. O conceito prestar-se-ia, então, a esclarecer que existem, residualmente (de modo lateral ao concurso de agentes *lato sensu*), condutas não interligáveis que, *in totum*, se podem descortinar como responsáveis por um sucesso, apresentando ainda um “conteúdo negativo”, isto é, que em um certo facto delituoso não se verifica “cumplicidade, cumplicidade indireta ou participação” ⁽¹⁴⁹⁴⁾, prestando-se assim, também, para afastar qualquer intencionalidade em se estabelecer uma comunicação de culpas. Dito isto fica ainda por saber se a figura da “autoria paralela” pode revelar-se de algum modo uma noção promissora e capaz de

⁽¹⁴⁹⁰⁾ JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT*, *ob. cit.* [n. 348], p. 653. É nesse último sentido que também se tem falado em um supraconceito das teorias que se esforçaram em interpretar a autoria a partir da teoria causal. Com efeito, um autor como MURMANN sustenta, em tonalidade crítica, que dessa forma os clássicos casos de autoria paralela se veem “reduzidos à relação causal”, MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 1468], p.81.

⁽¹⁴⁹¹⁾ Aliás, se o ilícito típico pressupor já a participação necessária (delito de concurso necessário) de vários agentes não se estará diante de um caso de autoria paralela, mas de participação. V. CRAMER, Peter/HEINE, Günther, “§ 25”, *cit.* [n. 1483], p. 510.

⁽¹⁴⁹²⁾ Em sentido convergente, SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 1120], p. 516 e s; bem como, DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 90, quem também assinala que a autoria paralela ou acessória não possui nem “autonomia dogmática, nem previsão legal”. De outro parecer, procurando estabelecer uma fundamentação da autônoma relevância jurídica da autoria paralela, mormente mercê das virtualidades que enxerga nessa figura para a análise da teoria do domínio do facto (“autor por trás do autor”), MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 1468], esp. p. 183 ss.

⁽¹⁴⁹³⁾ FRISTER, Helmut, *Strafrecht – AT*, 2ª. ed., C.H. Beck: München, 2007, p. 319.

⁽¹⁴⁹⁴⁾ JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT*, *ob. cit.* [n. 348], p. 652 e s.

emprestar reforço dogmático ou epistemológico ao modelo teórico-explicativo da acumulação, ora em dilucidação.

4.3. Autoria coletiva paralela: vinculação aos “territórios de acumulação”

Faz-se por bem pronunciar que, de acordo com KINDHÄUSER, a cujo parecer nós nos acostamos, deve diferenciar-se claramente uma atuação em regime de coautoria das modalidades de “comportamentos coletivos uniformes e não vinculados” (¹⁴⁹⁵) que, aliás, caracterizam o chamado delito cumulativo, uma vez que nesta tipologia delitual as condutas ainda quando observadas em um espectro temporal mais amplo revelam uma certa *uniformidade* e uma inclinação à *reiterabilidade* – de forma anonimizada e estandardizada (¹⁴⁹⁶) – em grande número.

Também não se pode deixar de frisar que está-se aqui, segundo pensamos, diante de uma forma especial e “pós-moderna” de cooperação de agentes a ser perspectivada apenas sob o *ângulo objetivo*: uma autoria paralela aditiva (simultânea ou sucessiva), casual e sem qualquer vínculo intersubjetivo. De atentar que se normalmente falta – na por nós ora denominada “autoria paralela aditiva” –, consoante já anotado, o elemento subjetivo da coautoria (isto é, a consciência e a vontade dos agentes em atuarem cooperativamente), e se opostamente a esta os autores colaterais encontram-se vinculados à conduta delituosa tão-somente no *plano objetivo*, é também de observar que os atos-contributos dos agentes, já para efeitos imputacionais, também devem ser perspectivados, preponderantemente (mas, como se verá, não exclusivamente), de modo objetivo (¹⁴⁹⁷), isto é, como ações livremente determinadas e determinantes do resultado (¹⁴⁹⁸).

(¹⁴⁹⁵) KINDHÄUSER, Urs, Cuestiones Fundamentales de la coautoria, *ob. cit.* [n. 1443], 2002, p.7.

(¹⁴⁹⁶) A par de inexistir qualquer vínculo ou liame (subjetivo) associativo entre os múltiplos autores, tudo a repelir a figura do concurso de agentes (em sentido amplo).

(¹⁴⁹⁷) Quanto a isto também é curial assinalar que, segundo LESCH, “os erros decisivos do querer do agente não devem ser determinados a partir de uma perspectiva subjetiva”, uma vez que a fundamentação do injusto no direito penal é, basicamente, uma “questão de imputação

De outro lado pode, naturalmente, ponderar-se que não há um paralelismo perfeito entre a autoria paralela e a fenomenologia que emerge da acumulação (mormente em sede ambiental), pois, segundo já se defendeu, esta “sugere uma tal dispersão no espaço e no tempo das condutas que a integram, que impede que se possa razoavelmente falar de um único facto e de um único contexto de risco” ⁽¹⁴⁹⁹⁾. Contrariamente a este entendimento sustentamos que mercê manejo da figura do “contexto de acumulação” – desenvolvida em pormenor neste trabalho – será possível restringir, sensivelmente, o campo de imputação das condutas acumulativas a um âmbito espaço-temporal de grandeza delimitável. Para tanto deve ter-se principalmente presente que nocivos efeitos de acumulação sobre as componentes ambientais, de regra, não têm lugar num território de incomensurável vastidão (o inteiro orbe terrestre). Aliás, até mesmo a poluição atmosférica, ela de natureza bem plástica, tende a concentrar-se em certas zonas bem específicas ⁽¹⁵⁰⁰⁾. De outra banda, se bem meditarmos, a própria

objetiva”, para então afirmar que “a disposição volitiva e psíquico-real do agente não tem relevo”. Feita tal constatação indaga LESCH por que então deveria a fundamentação de um injusto penal coletivamente perpetrado depender precisamente de uma decisão conjunta dos coautores. V. LESCH, Heiko, “Gemeinsamer Tatenschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?”, *cit.* [n. 570], p. 75. Em um outro texto o referido autor, colimando fundamentar uma coerente imputação objetiva pela prática de um delito por vários autores, e em ordem a demonstrar a irrelevância do elemento subjetivo, toma como hipótese um grupo de “grafiteiros-pichadores que ajustam encontrar-se em um determinado local público” (uma estação do Metro regularmente utilizada como ponto de encontro) e, em seguida, “cada um, por si, tendo trazido uma bisnaga com a cor de suas inclinações artísticas pessoais, entrega-se a aplicar seus dons na atmosfera inspiradora deste lugar”. Contudo, apesar da prévia combinação e do mesmo contexto espaço-temporal, entende LESCH que, também aqui haveria, desde que se ponha ênfase no aspecto objetivo (a ser considerado no momento da imputação), não uma coautoria, mas uma autoria colateral ou acessória. V. LESCH, Heiko “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung“, *ZStW* 105 (1993), p. 271 ss., p. 284.

⁽¹⁴⁹⁸⁾ Aqui também é-se tentado a colocar em segundo plano a procura da eficácia causal-naturalista (existente, consoante já o afirmámos, mas sempre mínima, posto que também mínimo o contributo singular).

⁽¹⁴⁹⁹⁾ DIAS, Augusto Silva, “What if everybody did it?”, *cit.* [n. 31], p. 308.

⁽¹⁵⁰⁰⁾ Grandes cidades inundadas de automóveis, tal como São Paulo e Cidade do México, conhecem bem essa fenomenalidade.

semântica já dicionarizada do vocábulo “acumulação” conflita com uma noção de ampla dispersão, posto indicar, contrariamente, uma ideia de concentração temporal ou espacial.

De conseguinte, entendemos que é perfeitamente viável, sob a luz da realidade empírico-normativa, conceber-se a existência de “territórios de acumulação” como grandezas que encerram contextos de risco para o objeto de tutela da norma resultantes da convergência espacial de comportamentos paralelos (ou sucessivos), uniformes e não vinculados de inúmeros agentes (isto é: uma modalidade especial – coletiva – de autoria colateral ou paralela). Demais disso, fica, destarte, igualmente afastada uma censura de imputação penal de “largo espectro”. É que a “autoria paralela aditiva” objetiva-se em um específico e determinável território (de acumulação), a cuja existência encontra-se indissociavelmente ligada.

Parece-nos transparente, então, que a denominada “autoria paralela aditiva”, pese embora a delimitação espacio-temporal que a noção de “contexto de acumulação” agrega ao problema da acumulação, não apresenta uma perfeita identidade com a clássica autoria paralela “simples” ou convencional (sobretudo com o multicitado “caso do veneno”) ⁽¹⁵⁰¹⁾. Isso fica a dever-se, essencialmente, à diversa natureza do bem jurídico protegido: naquela um bem jurídico coletivo ou supraindividual; nesta, um bem jurídico individual, bem como ainda, principalmente, ao próprio caráter massivo dos comportamentos coletivos uniformes e não vinculados (também eles, evidentemente, associados aos bens coletivos).

Aduza-se que na autoria paralela aditiva, pese o seu viés objectivo, bem refletidas as coisas, não há ignorância ou insciência do agente quanto ao alheio agir. É que, diversamente daquilo que se passa no clássico caso do “veneno”, aquele que degrada o ambiente pode – sob uma perspectiva puramente racional-objectiva – “contar” com comportamentos, em “grande número” ⁽¹⁵⁰²⁾, bem assemelhados ao seu ⁽¹⁵⁰³⁾. Decididamente, essa nuança

⁽¹⁵⁰¹⁾ Que apresenta, ao contrário dos demais casos mencionados no item 4.2, *supra*, uma configuração na qual as condutas delitivas a imputar são praticadas, via de regra, quase em um mesmo átimo ou com uma discrepância ou divergência temporal risível.

⁽¹⁵⁰²⁾ Estimando que a questão do “grande número” é crucial para a compreensão da “ofensividade” da conduta individual por um delito de acumulação, pois, é “no pressuposto

não pode ser de modo algum subalternizada, uma vez que apresenta relevância dogmática relativamente à imputação subjetiva do comportamento negligente ou dolosamente acumulativo, inclusive. Logo o modelo que estamos a propor, conquanto ponha mais ênfase em aspectos objetivo-normativos, não conduz a uma responsabilidade de corte puramente objetivo.

Evidentemente que nesta zona do real se não pode excogitar numa exata capacidade de planeamento ou num integral domínio do facto. No entanto, ao divisar uma zona propensa à acumulação ou já um território real de acumulação também não poderá o agente ignorar a cocausalidade ⁽¹⁵⁰⁴⁾ do seu contributo para o resultado. Em boa verdade, em tal circunstância, é-lhe plenamente possível realizar uma antecipação mental das consequências do próprio comportamento a partir da apreciação *ex-ante* dos elementos externos constitutivos do contexto situacional de acumulação (em formação ou já concretizado [¹⁵⁰⁵]). Assim, bem vistas as coisas, a afetação do bem jurídico também emergirá como decorrência de uma ação atribuível ao desempenho pessoal, assolidário e voluntário do agente.

deste 'grande número' que se desenvolve o risco assumido pela conduta individual, consciente da responsabilidade da sua participação, NEVES, Rita Castanheira, "O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade", *cit.* [n. 91], p. 297. Faz relevo sublinhar que a concepção por nós sustentada não faz a ofensividade derivar tão-somente da expectativa de que a conduta seja realizada em "grande número", mas sim, fundamentalmente, da confirmação deste prognóstico, plasmada em um contexto real de acumulação, a ser concretamente intersectado pelo contributo singular do agente.

⁽¹⁵⁰³⁾ De mais a mais, se bem ponderarmos as coisas, a singular ofensa (o dano-contributo) ao objeto do bem jurídico ao intersectar um contexto de acumulação ingressará em um curso causal complexo, porém com resultado lesivo previsível, daí que as consequências danosas advindas do aporte do agente para o dano ambiental podem ser pelo próprio antecipadamente representadas. De parecer contrário, DAXENBERGER, Mathias (*Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n.91], p. 114). Mas, advirta-se que este autor não trabalha com o conceito de "contexto acumulativo".

⁽¹⁵⁰⁴⁾ Não se está aqui a referir, por óbvio, a uma causalidade naturalisticamente fundada (causalidade linear).

⁽¹⁵⁰⁵⁾ Nessa última hipótese os efeitos da conduta alheia, de carácter socialmente nocivo, já constituem uma realidade factual e não uma prognose meramente estatística.

É nesse sentido que pensamos que a autoria paralela aditiva (¹⁵⁰⁶) vence um especial e tópico significado (circunscrito à lógica da acumulação), porquanto rigorosamente concorre para fundamentar uma responsabilidade individual pela modificação da realidade em situações de autoria coletiva (simultânea ou sucessiva) provável, “rectius”, autoria coletiva “certa”: cristalizada em uma constelação do real necessitado de uma hermenêutica intervenção (pré-compreensiva) da racionalidade normativa.

Atente-se que o conceito de contexto de acumulação, afinal desenvolvido em diferentes episódios do presente trabalho (¹⁵⁰⁷), encontra-se estruturado em uma perspectivação tanto empírica como normativa, quer no tocante às margens territoriais e temporais do contexto, quer com relação à objetiva performance (contributivo-paralela) do autor para a afetação do bem jurídico. Demais disso, a imputação do resultado (de dano-violação) ao contributo singular só ganha sentido (normativo) a partir da ideia de múltiplas autorias paralelas, afastada, no entanto, qualquer ideia de transferência de culpas. Quer-se com isso significar que o agente não será considerado culpado pela conduta ou contributo alheio, todavia será responsabilizado pelo resultado que eclode de um proceder que, negligente ou intencionalmente, inconsidera e desvalora o peso do próprio agir (¹⁵⁰⁸) no âmbito de realidades contextuais submetidas às nocivas irradiações do comportamento coletivo.

(¹⁵⁰⁶) Todos os autores que praticam o delito cumulativo praticam *facto* próprio e possuem o domínio do seu singular aporte (não há *codomínio* do *facto* nem há contributo para o *facto* alheio). São requisitos da autoria paralela aditiva: a) pluralidade de condutas; b) autônoma relevância causal de cada um dos aportes: todos realizam o verbo núcleo do tipo; c) liame meramente objetivo entre as condutas dos autores paralelos (não há sequer acordo tácito entre os agentes e as condutas não lhes são reciprocamente imputadas); d) existência de um contexto de acumulação.

(¹⁵⁰⁷) Porém de um modo mais preciso e detalhado no ponto 2, do Cap. X, *infra*.

(¹⁵⁰⁸) Quem aplica um chute na vítima quando inúmeras pessoas já o fizeram, estão a fazê-lo ou o farão de modo inapelavelmente certo, não pode ignorar (ou deixar de representar) que as consequências do fato serão distintas (e mais gravosas) do que na hipótese de aplicação de um único e isolado golpe.

4.4. Autoria coletiva paralela: sanção penal proporcional ao contributo singular aditivo

É mister pontificar que com o seu solitário aporte o autor, como fonte contaminante real, contribui dinamicamente para acelerar uma degradação ambiental localizada, vindo, destarte, a turbar as funções ecológicas desempenhadas pela componente ambiental alcançada pela conjuntura acumulativa. Todavia, entendemos que o agente não deverá responder pelo dano global, pese embora por ele corresponsável. É que a pena a aplicar deverá guardar relação de proporcionalidade com o dano-contributo. Logo, é intuitivo, não poderá ser uma pena grave (privativa de liberdade).

Diga-se, ademais, e porque rigorosamente relevante, que cada agente individual, pese atuando separadamente, realizará plenamente o tipo penal. D'outro lado como não sobeja espaço – conforme anotado já restou – para incidirem nesta precisa zona da tutela ambiental as regras do concurso de agentes (coautoria, comparticipação etc), também não se poderá diminuir a pena por uma pretendida ou pensável generalização (a todos os autores) de uma “participação de menor importância” ⁽¹⁵⁰⁹⁾. Já por isso, e também em atenção ao princípio de proporcionalidade ⁽¹⁵¹⁰⁾, a conduta cumulativa não deve ser sancionada com uma pena privativa de liberdade.

Acresça-se que SILVA SANCHÉZ, autor que, em princípio, opõe-se ao delito cumulativo – mas não se exime em admitir que este possui algum sentido para o direito penal e de nele também divisar um caso de autoria paralela (que denomina de “autoria acessória” ^[1511]) –, advoga, e bem, que “a magnitude do

⁽¹⁵⁰⁹⁾ Logo também não se aplicaria o disposto no Art. 29, § 1º, do CP Brasileiro.

⁽¹⁵¹⁰⁾ Não tem, a nosso parecer, cabimento querer impor penas privativas de liberdade (usualmente de caráter dessocializante), mediante convocação do argumento da gravidade do problema global. Ora, ninguém é singularmente responsável pela crise ambiental (ou seu agravamento) que a humanidade entendeu de deflagrar. E, a seguir-se de modo rigoroso tal compreensão da solução penal a dar para o autor de um delito cumulativo, e a pretender-se guardar realmente alguma proporcionalidade entre a gravidade, não da conduta, mas do problema ao nível sistêmico (magnitude do dano global), e a pena a sancionar, esta teria imperiosamente, de ser uma pena capital (pena de morte).

⁽¹⁵¹¹⁾ Porquanto, como se sabe, o vocábulo “neben”, que integra a palavra composta “Nebentäterschaft”, também autoriza tal aceção.

problema global não pode nunca justificar a imposição de uma pena grave a sujeitos individuais, quando suas aporções são separadamente diminutas”, vindo a sugerir ou o seu reenvio para o direito administrativo, ou a não aplicação de uma pena privativa de liberdade ⁽¹⁵¹²⁾.

Bem, como não subscrevemos a proposta de um direito penal “a duas velocidades”, e como também entendemos que nem sempre o direito administrativo poderá, sozinho, dar cobro ao grave problema que as condutas cumulativas representam para o meio ambiente natural, somos de parecer que na hipótese de cuidar-se de um singular contributo (em autoria paralela aditiva) oriundo de uma pessoa individual (e não de uma pessoa jurídica) deverá aplicar-se uma pena de multa (graduável em conformidade com a intensidade e relevância contextual das aporções ^[1513]) – sanção esta, evidentemente, de mais reduzido conteúdo afitivo do que a pena privativa de liberdade. Só assim, segundo pensamos, poder-se-á falar em uma “limitação” da esfera de liberdade do agente concomitantemente proporcional e socialmente plena de sentido.

Já na hipótese de tratar-se de um ente coletivo, ajuizamos que se devem lançar mão das penas que a doutrina usualmente tem vindo a sugerir ⁽¹⁵¹⁴⁾, mas sempre pontuando que, neste caso, a pena de multa é desaconselhável, pois pode não surtir o efeito preventivo-repressivo desejado, mormente se tivermos presente os cálculos de custo-benefício previamente contabilizados pela pessoa jurídica promotora de uma inquinação ambiental; demais disso, cumpre também lembrar a já referida “socialização” (transferência dos “custos” aos consumidores) das sanções pecuniárias eventualmente impostas às empresas.

⁽¹⁵¹²⁾ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del derecho penal*, ob. cit. [n. 64], p. 112, na nota 194.

⁽¹⁵¹³⁾ Com isso também não se converte o direito penal em um *soft law*, muito menos ainda em um direito penal “à la carte”.

⁽¹⁵¹⁴⁾ Mais recentemente, BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, esp. às p. 213 ss.

4.5. Acumulação e a Teoria da Equivalência das Condições

Atente-se que contemporaneamente a doutrina predominante patrocina a teoria da equivalência das condições ⁽¹⁵¹⁵⁾, já aperfeiçoada, como “ponto de partida” para uma precisa definição de causa e o faz, junto a outras razões⁽¹⁵¹⁶⁾, por estimar que é ela a única das inúmeras teorias já elaboradas “que respeita uma distinção fundamental”, qual: “a causalidade envolve um problema ontológico (...) no qual toda condição de um resultado há de ser considerada causa deste” ⁽¹⁵¹⁷⁾. Todavia, se todas as condições para um determinado facto são equivalentes, nem todas elas se podem introduzir no esclarecimento causal. Daí anotar HILGENDORF, com acurácia, que “uma descrição integral de um estado de coisas no sentido de uma pormenorização de todos os seus aspectos simplesmente não é possível” ⁽¹⁵¹⁸⁾. Logo, um ângulo que se não pode deixar de observar envolve precisamente a consideração de que os ajustes a empreender para não atribuir o resultado típico a quem contribuiu com condições causais manifestamente insignificantes

⁽¹⁵¹⁵⁾ Lembrando que “a teoria da equivalência e a fórmula da condição necessária, se inscrevem em geral, dentro do marco estabelecido pela primeira das grandes construções da teoria do delito, o causalismo (...) um primeiro momento do delito que carecia praticamente de capacidade delimitadora, reduzindo-se o processo de subsunção, no tipo dos delitos de resultado, à mera constatação do carácter causal do facto, que quase sempre concorria, dada a adscrição generalizada à teoria da equivalência”, ANARTE BORRALO, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*, ob. cit. [n. 591], p. 23.

⁽¹⁵¹⁶⁾ ROXIN chama a atenção para dominância doutrinária dessa teoria, em que o nexa causal se apresenta como “condição necessária, porém não suficiente para a imputação ao tipo objetivo”. Diz ainda que a “crítica que antes se fazia frequentemente à inusual amplitude do marco de responsabilidade que abre a teoria da equivalência (...) perdeu peso substancialmente desde que se reconheceu que a causalidade não é a única que decide sobre o cumprimento do tipo objetivo, senão que há de acrescentar-se outros critérios de imputação (...) A causalidade nos delitos comissivos é apenas o limite máximo da responsabilidade penal, mas também imprescindível como tal”. V. ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, ob. cit. [n. 75], p. 353 e s.

⁽¹⁵¹⁷⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.26.

⁽¹⁵¹⁸⁾ HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, cit. [n. 1456], p.520.

para a imputação jurídico-penal “são de natureza normativa, logo não se incluem na análise causal” ⁽¹⁵¹⁹⁾.

Releva referir que, para a teoria *sub studio*, “a causa não radica na soma de todas as condições de um resultado, senão em cada condição individual, ainda que a mesma só provoque o resultado em sua conjunção com muitas outras. Portanto, a teoria da equivalência trata a cada causa parcial como causa autônoma; e o faz porque na ciência do direito o que importa não é a totalidade das condições, senão somente comprovar a conexão ou nexos entre um determinado ato humano com o resultado” ⁽¹⁵²⁰⁾. Dito isso, faz-se lícito constatar que uma tal formulação da teoria da equivalência parece ajustar-se, à luva, à questão da imputação (primeiro passo) da responsabilidade do agente por um contributo singular, ou seja, pela lesão-contributo ⁽¹⁵²¹⁾, uma vez que o aporte do agente, malgrado de pouca monta, *maxime* em um contexto constituído por microlesões de massa em que os contributos individuais se equivalem, concorre para o deslinde causal, não podendo ser, pois, excluído da descrição integral do facto.

Em reforço argumentativo cabe avançar que WELZEL sustentou uma correção da fórmula da *c.s.q.n.*, assim estabelecida: “Quando vários fatores podem eliminar-se já mentalmente de modo alternativo, porém não cumulativo, sem que resulte afetado o resultado, todos são causais do mesmo” ⁽¹⁵²²⁾ e, já como consequência dessa correção na teoria da equivalência, tribunais como o BGH têm vindo a decidir que “o facto de outras pessoas terem lançado substâncias degradantes, não muda nada na punibilidade do acusado” ⁽¹⁵²³⁾.

Neste ritmo e compasso, para clarificar o discurso há de pontuar que a doutrina que primeiro avançou uma solução para o problema das condutas em si mesmas inofensivas – todavia significativamente perigosas ao ambiente (ou a suas componentes: flora, fauna, água, ar, solo) quando conglomeradas –,

⁽¹⁵¹⁹⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, *ob. cit.*, [n. 1450], p.26.

⁽¹⁵²⁰⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 352.

⁽¹⁵²¹⁾ Sem a qual a “lesão final” não terá lugar. V. NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *cit.* [n. 91], p. 298.

⁽¹⁵²²⁾ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 701], p. 38.

⁽¹⁵²³⁾ Consoante anota KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, *ob. cit.* [n. 276], p. 76.

inferiu-o como uma questão essencialmente de causalidade ⁽¹⁵²⁴⁾ e a dilucidar-se exatamente por intermédio da teoria da equivalência ou da condição necessária ⁽¹⁵²⁵⁾. Deveras, ao partir de uma hipótese de somação provocada por várias indústrias, cuja conduta delituosa consistira em verter águas residuais em um determinado curso fluvial, concluiu WEGSCHEIDER, ao lançar mão da sobredita fórmula, no sentido da causalidade de cada uma das emissões danosas ⁽¹⁵²⁶⁾. Também para MÖHRENSCHLAGER, trata-se, quase sempre, de problemas de causalidade passíveis de equacionamento já ao nível da teoria da equivalência. Daí censurar a orientação jurisprudencial que transforma os delitos contra o meio ambiente em delitos de perigo abstrato “à guisa de resolver o problema da causalidade” ⁽¹⁵²⁷⁾.

Com efeito, esse autor sustenta que se um resultado tiver de reconduzir-se a diferentes causas, “todas devem ser contempladas sob o ponto de vista jurídico-penal como de igual valor”, assinalando que existe causalidade “(...) mesmo ali onde as condições do resultado se revelam bastante distantes. Isso também vale quando a entrada de um resultado tenha sido coprovocada por um terceiro, pela vítima ou mediante eventos naturais fortuitos” ⁽¹⁵²⁸⁾. O mencionado autor também argumenta que, seja nos casos em que ocorrem efeitos de somação, seja quando eclodem efeitos sinérgicos, não é de duvidar da causalidade, no sentido da referida teoria da equivalência, sempre que o resultado danoso, em sua concreta configuração ⁽¹⁵²⁹⁾, sem o contributo

⁽¹⁵²⁴⁾ MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 47 ss.; e também WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht. Probleme des ursächlichen Zusammenhanges bei komplexen Umweltbeeinträchtigungen”, *ÖJZ* (1983), p. 90 ss.

⁽¹⁵²⁵⁾ “Em que todas as condições do resultado são de igual valor”. V. RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, *ob. cit.* [n. 578], p. 24.

⁽¹⁵²⁶⁾ WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1524], p. 94.

⁽¹⁵²⁷⁾ MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 59.

⁽¹⁵²⁸⁾ MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 50 e s.

⁽¹⁵²⁹⁾ Ver o ponto 4.7, *infra*.

do agente, ainda que mínimo, ocorreria de outra maneira, ou simplesmente não teria lugar (¹⁵³⁰).

Contudo, tanto MÖHRENSCHLAGER, como igualmente WEGSCHEIDER também buscam minimizar a irrecusável abrangência típica ensejada pela fórmula da *c.s.q.n.* já no momento subsequente, *i.e.*, aquando da imputação, porquanto recorrem, expressamente, a critérios de imputação objetiva para realizar restrições à responsabilização individual (¹⁵³¹). E serão ainda critérios de imputação objetiva que levam MÖHRENSCHLAGER a asseverar que se alguém “negligentemente ou conhecendo plenamente a situação ‘limite’ em razão de substâncias já lançadas por terceiros (um meio ambiente já comprometido), ou mesmo se lança substâncias quando é-lhe pelo menos previsível que outras emissões – em associação ao seu contributo – poderão resultar numa modificação negativa, por exemplo, do meio aquífero, vindo a contribuir, dessarte, ainda que em proporção mínima para aumentar o risco de degradação ambiental, fica logo justificada a punibilidade penal” (¹⁵³²).

4.6. Acumulação de contributos mínimos analisada sob o ângulo da definição do resultado

Deve começar por dizer-se que a técnica legislativa empregue no direito penal do ambiente pode, eventualmente, exigir uma modificação a produzir-se no mundo exterior decorrente da ação típica. Por outro lado, em que pese a “sociedade de risco” caracterizar-se pelo surgimento de novas esferas de perigo, não raro de dificultosa decifração e quantificação, o processo causal

(¹⁵³⁰) MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 61 e 63. Também ver WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1524], p. 94.

(¹⁵³¹) Daí que para WEGSCHEIDER a emissão, por exemplo, de gases poluentes por veículos automotores, por ser socialmente adequada, não pode ser valorada como um risco jurídico desaprovado. Este autor também procura estabelecer uma distinção com base em condutas dignas de pena e condutas não puníveis. V. WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1524], p. 91 e s.

(¹⁵³²) MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 61 e s.

posto em marcha (pelo qual um determinado resultado se constitui) não é sempre e sempre marcado por uma insuperável opacidade.

Quer-se então significar que, no caso concreto, poderá, em determinadas situações, dilucidar-se cientificamente (mediante uma lei causal geral) um nexos entre o resultado (efeito) e um específico contributo individual (causa), isto é, a dose capaz de superar o “valor-limite” ⁽¹⁵³³⁾ fixado em disposições legais ou regulamentares; ou seja, há situações já reveladoras de alguma complexidade, em que, ainda assim, faz-se possível subsumir o caso concreto a uma lei universal conhecida, estabelecendo-se, destarte, uma relação de causalidade entre uma antecedente ação individual e um conseqüente resultado.

Também faz relevo acentuar, nesta quadra ⁽¹⁵³⁴⁾, que há pelo menos dois conceitos de resultado ⁽¹⁵³⁵⁾ com os quais trabalha a doutrina penal: um resultado de caráter material; o outro jurídico. O primeiro é perceptível pelos sentidos podendo ser compreendido como “o efeito causal espaço-temporalmente separável da ação”. Para mais, como consequência exteriormente verificável exige que a ação incida sobre um específico objeto físico, “que pode ser destruído ou posto em uma situação de perigo concreto”; o derradeiro concebe-se como uma *afetação* (lesão ou colocação em perigo do bem jurídico-penal [¹⁵³⁶]), mas que não se restringe a um aspecto meramente

⁽¹⁵³³⁾ É importante assinalar que as normas em branco que dão sustentação aos tipos de ilícito relacionados ao ambiente geralmente permitem a introdução de normas extrapenais prescritivas de valores-limite. D’outro lado, só é pensável uma imputação penal ao contributo que constituir, pelo menos, uma superação do valor-limite prescrito ou regrado.

⁽¹⁵³⁴⁾ No que segue, v. VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstrato y Resultado – Determinación de la Incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 162 e ss.

⁽¹⁵³⁵⁾ Os delitos de resultado constituem uma modalidade delitiva em que figura como exigência para o “preenchimento integral de um tipo de ilícito a produção de um resultado”, e como exigência mínima de uma perspectiva “externo-objetiva”, para imputar o resultado à ação, comparece a categoria científico-naturalista da causalidade. V. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n. 17], p. 322.

⁽¹⁵³⁶⁾ Entendendo que o resultado jurídico ao vincular-se à noção de ofensa a bens jurídicos melhor exprime o “significado crítico-garantista da ideia de ofensividade”, D’AVILA, Fábio Roberto, “O ilícito penal nos crimes ambientais”, *cit.* [n. 120], p. 29.

externo, porquanto põe ênfase numa valoração jurídico-normativa de um efeito material ou imaterial. Logo, uma tal noção separa-se do resultado material enquanto abarca também efeitos imateriais e dele se distingue, especialmente, porque implica a concorrência de juízos eminentemente valorativos (“pois afeta um interesse protegido pela norma penal”), “que não se quedem unicamente na análise empírico-naturalista. Deste modo, é bem de ver, se podem distinguir duas perspectivas marcadamente distintas: uma fática e outra jurídica” ⁽¹⁵³⁷⁾.

Nesta linha de compreensão curial é observar que em seus traços essenciais o chamado resultado em sentido jurídico “não rompe inteiramente com uma perspectiva externo-objetiva”, forte porque a conduta pode, eventualmente, produzir um efeito material. Portanto, o que se afirma em texto não olvida que, em princípio, “se é um efeito da ação sobre um objeto físico que a lei descreve (objeto da ação) (...) o resultado externo-material coincide ou se identifica com o resultado típico. É este resultado ou efeito que se toma em conta para classificar os delitos em tipos de resultado material e tipos de mera atividade ou formais” ⁽¹⁵³⁸⁾.

Merece ser mencionado, tendo em vista a necessidade de dar-se solução à questão da imputação individual que, qualquer que seja a natureza da relação empírica – seja causal ou probabilística – existente entre a consequência e o seu antecedente, não se pode deixar de atentar para o problema (preliminar) da individualização do resultado. Também tem vindo a ganhar relevo doutrinário – sobretudo entre aqueles que defendem que não cabe imputar ao facto do agente uma causalidade geral – o entendimento que singra no sentido de que a imputação ficará a depender, preponderantemente, da “definição do resultado” ⁽¹⁵³⁹⁾. Posto isso assim, cumprir-nos-á, já no

⁽¹⁵³⁷⁾ VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstrato y Resultado*, ob. cit. [n. 1534], p.164 e s.

⁽¹⁵³⁸⁾ VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstrato y Resultado*, ob. cit. [n. 1534], p.165.

⁽¹⁵³⁹⁾ Sobre o tema, em pormenor, SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, cit. [n. 929], p. 630; v. também, PUPPE, Ingeborg, “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”, *ZStW* 92 (1980), p. 863 ss., p. 873, quem partindo de casos rediscutidos (“caso do vaso pintado por um artista” e o “caso da enchente”) procura reenquadrar o problema da “definição do resultado” como essencial para a imputação da responsabilidade ao agente.

próximo ponto, analisarmos uma das principais teorias que põem especial ênfase na delimitação do resultado.

4.7. Teoria do resultado em sua concreta configuração

Pode dizer-se, sem incorrer em erronia, que hodiernamente um amplo setor doutrinário tem vindo a admitir que, para o efeito de constatação do “nexo segundo as leis”, caberá observar o *resultado em sua concreta configuração*, a significar que para estabelecer a “causalidade é bastante qualquer modificação do resultado”; daí que, “quem mata alguém que está a agonizar – também causa (em sua concreta forma de proceder) a sua morte; e tal se dá mesmo que se não tenha sequer reduzido o tempo de vida da vítima” ⁽¹⁵⁴⁰⁾.

Essa teoria, como se sabe, remonta a MÜLLER e a ENGISCH, para quem o “resultado previsto em abstrato no tipo penal joga um papel orientador, pois é em função deste que serão selecionadas as circunstâncias a incluir na descrição do resultado em concreto, que é, em definitivo, o resultado a que deverá referir-se a explicação causal” ⁽¹⁵⁴¹⁾. PÉREZ BARBERÁ acentua que para os citados autores não padecia dúvida que não se cuidava, rigorosamente, de sondar o resultado absolutamente concreto, *i.e.*, “com inclusão de todos os detalhes, senão do resultado concreto em função do que fora estabelecido pelo tipo penal” ⁽¹⁵⁴²⁾.

Vale anotar que, caso perfilhemos a teoria do resultado em sua “mais” concreta configuração, também a dona de casa que durante uma inundação lançasse um balde d’água na torrente, e com isso viesse a romper um dique seria, com o seu contributo, causal da inundação. O exemplo, como se sabe, remonta a von BURY e é evocado por ENGISCH ⁽¹⁵⁴³⁾ que, ao tratar do problema da definição do resultado, vem a indagar-se se o aumento do efeito em uma “mínima fração” deverá ser considerado seriamente como causal da

⁽¹⁵⁴⁰⁾ ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT*, *ob. cit.* [n. 75], p. 359.

⁽¹⁵⁴¹⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, *ob. cit.* [n. 1450], p.32.

⁽¹⁵⁴²⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, *ob. cit.* [n. 1450], p.32.

⁽¹⁵⁴³⁾ Engisch Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 12.

inundação. Para este autor, “uma tão desimportante quantidade de água, de modo semelhante a uma cortiça que flutuasse sobre a torrente, à luz da natural observação humana, tampouco pode ser considerada uma componente da circunstância fática descrita como inundação” ⁽¹⁵⁴⁴⁾. Numa palavra: seria insignificante. Todavia, para HILGENDORF, aquela mínima porção de água arrojada pela dona de casa “é causal pela concreta inundação, porque esta não pode, de modo preciso, ser esclarecida somente pelo rompimento da barragem” ⁽¹⁵⁴⁵⁾.

Sem embargo, de acordo com ENGISCH “não se deve analisar o condicionamento do resultado em sua determinação totalmente concreta, senão com certa generalização, sobre a base de uma abstração jurídica. E a medida da abstração vem determinada por juízos de valor” ⁽¹⁵⁴⁶⁾. E, com esta ponderação HILGENDORF parece finalmente concordar quando assertoa que o singular ato de esvaziamento do balde por ocasião da inundação “não traz qualquer modificação, mas envolve uma outra questão, de valoração jurídica”. Depois complementa que esse aspecto torna-se cristalino quando, ainda com esteio no mesmo caso da inundação, promove-se uma ligeira modificação, a saber: “o agente já não esvazia um simples balde d’água na torrente, mas abre uma segunda eclusa e com isso a enchente é acrescida em um metro”. Consoante afirma o referido autor, “diante de uma inundação isso também não altera nada; todavia, dificilmente poderá ser defensável não responsabilizar este último agente pelo resultado total” ⁽¹⁵⁴⁷⁾.

Bem vistas as coisas, a definição de resultado fundada na teoria da concreta configuração confere ao tipo penal um “papel de orientação” a que caberá subsumir o caso concreto, podendo também exprimir-se que uma tal

⁽¹⁵⁴⁴⁾ ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *ob. cit.* [n.1543], p.12.

⁽¹⁵⁴⁵⁾ HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, *cit.* [n. 1456], p.528. Deve gizar-se que este autor também sublinha a relevância do “caso da inundação” para a análise dos atuais problemas colocados pela progressiva degradação do ambiente.

⁽¹⁵⁴⁶⁾ ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, *ob. cit.* [n. 1543], p.12.

⁽¹⁵⁴⁷⁾ HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, *cit.* [n. 1456], p.528.

definição de resultado estabelece já um “método para sua individualização”, pois, efetivamente, do que se cuida “é de selecionar e delimitar aquelas circunstâncias relevantes que não de ser incluídas na descrição do resultado efetivamente ocorrido” (1548).

Já uma autora como PUPPE, depois de voltar pesadas baterias contra a teoria em disceptação (resultado em sua concreta configuração [1549]) define o resultado como a “modificação prejudicial, em atenção ao correspondente bem ou interesse jurídico protegido de um objeto do bem jurídico” (1550). Trata-se, bem é de ver, cristalinamente, de um conceito normativo de resultado (1551). Segundo o juízo (acentuadamente crítico) de ROXIN cuida-se de uma “normativização radical do conceito de resultado”. Este autor também adverte para as consequências de um “abandono da teoria da equivalência e um retorno a um conceito jurídico de causalidade à semelhança das teorias individualizadoras”, capaz de inserir praticamente toda a “teoria normativa da imputação objetiva dentro do conceito causal”, entendendo que “mesmo uma teoria jurídica da causalidade não estaria em condições de recepcionar as

(1548) PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.32 e s.

(1549) PUPPE argumenta que a principal razão por que a doutrina majoritária tem se valido da teoria do resultado em sua configuração mais concreta deve-se ao entendimento de que ela presta-se a excluir as chamadas “causas substitutivas”, que, como se sabe, colocaram em crise a fórmula da *condicio sine qua non*. Para a mencionada autora, esta teoria vale-se de uma “lógica circular”, que “não autoriza apresentar qualquer ação como causal de qualquer resultado”, posto que “qualquer pessoa que tenha causado algum estado de coisas mediante sua ação, pode dizer-se que causou um resultado típico, na medida em que se inclua este estado de coisas na descrição do resultado”. Também afirma que essa teoria resulta “ilimitadamente manipulável” e que existe uma claro equívoco dogmático em albergá-la, uma vez que termina-se por “incluir dentro do resultado penal relevante aquilo que deve explicar-se causalmente”. V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n.584], p. 46; 55 e s.

(1550) PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 43; igualmente em “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”, cit. [n. 1539], p. 886.

(1551) PUPPE reconhece que a expressão “modificação prejudicial” revela já uma valoração “pois as distintas lesões jurídicas que se descrevem nos tipos do código penal não se podem reduzir a um denominador comum geral”. V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 44.

regras complexas da moderna teoria da imputação”, para em seguida arrematar: “a separação entre causalidade e imputação é uma conquista dogmática que não deve ser novamente abandonada de forma precipitada”⁽¹⁵⁵²⁾.

PUPPE rebate essa crítica argumentando que se trata, apenas, de ter em conta o facto de que o resultado (material) penalmente relevante já se encontra “normatizado” por meio dos tipos do Código Penal. De sua vez, BARBERÁ ⁽¹⁵⁵³⁾ infere que PUPPE pretende formular uma regra geral que estabeleça “o que deve considerar-se resultado”, assinalando que segundo a intelecção desta autora só a chamada “modificação prejudicial” é que requer uma explicação causal ⁽¹⁵⁵⁴⁾. Ainda de acordo com o citado autor “é duvidoso que esta suposta regra geral ⁽¹⁵⁵⁵⁾, baseada na concepção do resultado como modificação prejudicial, seja algo mais que uma mera complementação da teoria do resultado em sua concreta configuração” ⁽¹⁵⁵⁶⁾. Teoria essa que

⁽¹⁵⁵²⁾ ROXIN, *Strafrecht – AT*, ob. cit. [n. 75], p. 360 e s.

⁽¹⁵⁵³⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.38.

⁽¹⁵⁵⁴⁾ Segundo PUPPE (*La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 30), apresenta-se como “assistemático vincular um problema ao nível superior se se pode solucioná-lo já em um nível inferior com os conhecimentos e métodos ali alcançados”.

⁽¹⁵⁵⁵⁾ Mas, também adverte que “não queda de todo claro na concepção de PUPPE se aquela regra geral da ‘modificação prejudicial’ constitui uma redefinição conceitual de ‘resultado’, não deduzível da teoria do resultado em sua concreta configuração, ou se ela é nada mais que um critério a utilizar para determinar que circunstâncias são relevantes para a descrição do resultado concreto, com o que tal ‘regra geral’ não excluiria nem agregaria nada ao aspecto conceitual do resultado, senão que complementaria metodologicamente a teoria do resultado em sua concreta configuração, em ordem a estabelecer como se individualiza um resultado em um caso concreto”. V. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p. 38 e s.

⁽¹⁵⁵⁶⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.40. Para este autor, se por “modificação prejudicial do objeto do bem jurídico” deve entender-se “uma nova definição de resultado, ela resulta trivial e não contribui em absoluto para solucionar o problema colocado: o que deve incluir-se e o que deve excluir-se da descrição do resultado concreto. Pois também até para o leigo é evidente que todo resultado material penalmente relevante significa uma modificação prejudicial do objeto do bem jurídico”. V. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p. 42 e s.

“contém um núcleo correto que não convém abandonar: do que se trata sempre é de determinar a causa de um resultado concreto” ⁽¹⁵⁵⁷⁾.

Pode dizer-se que em seus traços essenciais também a tese de PUPPE deflui do tipo penal estabelecido pelo legislador como marco a partir do qual caberá determinar o resultado concreto a explicar-se causalmente; o certo porém é que tampouco as modificações prejudiciais do objeto do bem jurídico aparecem de pronto na realidade como algo dado, senão que também é necessário decidir que circunstâncias (que constituem uma modificação prejudicial do objeto do bem jurídico) caberá considerar relevantes para individualizar o concreto resultado ⁽¹⁵⁵⁸⁾.

4.8. Contributo acumulativo à luz do problema da prévia individualização do resultado

Comparecem, pois, e é curial assinalar, como fatores determinantes para a individualização do resultado tanto a precisa delimitação da sua extensão, como a questão de saber se o resultado é divisível ou indivisível, aspectos estes decisivos para o efeito de saber:

a) se o resultado deve ser imputado por inteiro a cada agente (imputação pelo resultado global), ou;

b) se deve imputar-lhe somente o resultado correspondente à conduta individualmente considerada (imputação pelo resultado parcial).

⁽¹⁵⁵⁷⁾ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.42.

⁽¹⁵⁵⁸⁾ Nesses exatos termos, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p. 43. A propósito este autor é levado a concluir que a individualização das circunstâncias fáticas que hão de incluir-se na descrição do resultado concreto penalmente relevante é o produto de um *processo* de constatação, presidido por uma decisão do intérprete ou do juiz” (V. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, ob. cit. [n. 1450], p.44, *itálico do autor*). Tudo a demonstrar que a tese de que a análise da causalidade é uma operação “puramente cognitiva” não se sustenta, não se podendo então deixar de reconhecer a existência de um destacado componente valorativo.

Logo, já em situações de degradação ambiental provocada por múltiplos aportes questão que parece ter uma importância não menor é a de saber se o respectivo agente apenas deve ser responsabilizado criminalmente pelo “seu” contributo para o resultado parcial (caso cindamos o resultado), ou então, se deve imputar-lhe o resultado típico unitário ou conglobado ⁽¹⁵⁵⁹⁾.

4.8.1. Imputação pelo resultado global

Na dimensão em que especialmente na cartografia do direito penal ambiental pode-se prever a intercorrência de comportamentos nocivos de inúmeras pessoas (a tecerem uma cadeia causal complexa e longa, que ao final e ao cabo pode resultar num abalo de uma componente ambiental), tem-se argumentado como plenamente justificada – e político-criminalmente racional – uma imputação pelo resultado global.

Seja dito que a ideia de que o contributo singular (mas não ímpar) pode somar-se a outros aportes (futuros e, sobretudo, pretéritos – pois, onde há o homem, já não há mais natureza incontaminada) e então provocar ou intensificar uma degradação ambiental é remontável à jurisprudência alemã que desde há muito reconhece, por exemplo, que um curso d’água já fortemente poluído encontra-se particularmente susceptível de sofrer uma degradação... de amplitude ainda mais impactante ⁽¹⁵⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁵⁹⁾ SAMSON, em face de um caso hipotético em que várias pessoas “de modo independente uma da outra vertem substâncias em um curso d’água, cujas respectivas quantidades não se revelam, quando singularmente consideradas, bastantes a ultrapassar a fronteira da insignificância e assim configurar um resultado típico”, indaga se o agente singular deverá ser responsabilizado apenas pelo “resultado parcial por ele provocado ou se caberá atribuir-lhe o resultado global por todos conjuntamente precipitado”. V. SAMSON, Erich. “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 618. Para uma análise mais detida deste caso, ver o ponto 4.8.2., *infra*.

⁽¹⁵⁶⁰⁾ Sobre isso, KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n.937], p.119. Com efeito, a jurisprudência (V. OLG Hamburg, *ZfW*, 1983, p. 112 e s;) confere uma interpretação extensiva ao conceito de degradação (“Verschlechterung”) e isso vale sobretudo ali onde emissões, ainda que insignificantes, logram intensificar uma degradação já existente. Aludindo a uma decisão do BGH (*NJW*, 90, p. 2.566), em que houve uma responsabilização pelo resultado global, muito embora a ela não se acoste, WINKELMANN,

Também no âmbito doutrinário busca-se fundamentar a responsabilização do agente pelo resultado global, isso independentemente do *quantum* – afinal sempre difícil de lograr tradução para uma expressão numérica – de sua intervenção individual, forte com baldrame no argumento que o desviante pode calcular (ingressa em sua esfera de cognição), de antemão, que a sua conduta, em que pese em si mesma inconspícua, irá unir-se a contributos de terceiros, para então produzir ou desencadear um efeito total considerável sobre o meio ambiente. Deveras, a doutrina alemã, aparentemente majoritária, defende o ponto de vista que em casos tais não se põe qualquer dificuldade para uma constatação da causalidade e subsecutiva atribuição da responsabilidade pelo resultado global a cada contributor individual ⁽¹⁵⁶¹⁾, por vezes considerando irrelevante se a conduta cocausadora comparece como causa final ou primordial, vindo a aplicar a teoria da equivalência das condições – “dado que também intercedem outros acontecimentos, que são condições do resultado” ⁽¹⁵⁶²⁾ – associada à teoria do resultado em sua concreta configuração.

HORN também entende que, quanto aos delitos de poluição ambiental não é necessário que a ação seja uma condição única, a mais eficaz, a mais dinâmica ou a mais imediata ao resultado. Assim, “se o funcionário ‘A’ permitiu que a usina ‘C’ poluísse o ar, ‘A’ causa o dano por meio de ‘C’. A causalidade também não é excluída pelo facto de que o mesmo dano tenha sido provocado simultaneamente por outros fatores”. A causalidade de uma ação também não é excluída pelo facto de que as condições, mesmo atípicas, possam se associar e só então provocar, por combinação, o dano. Em continuação

Thomas, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, Frankfurt-Bern-New York-Paris: Peter Lang, 1991, p.105.

⁽¹⁵⁶¹⁾ Sustentam essa posição: KLOEPFER, Michael/VIERHAUS, Hans-Peter, *Umweltstrafrecht*, München: Beck, 1995, p. 76 e 91; MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *cit.* [n. 929], p. 62 e s; MEURER, Dieter, “Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?”, *cit.* [n. 523], p. 2068; WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1524], p. 95; SAAL, Martin, *Das Vortäuschen einer Straftat*, *ob. cit.* [n. 972], p. 96; KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 937], p. 121; KUHLEN, Lothar, “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 196.

⁽¹⁵⁶²⁾ KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 937], p. 121.

apresenta o seguinte exemplo: a usina ‘A’ perde uma quantidade de gás queimado que não atende aos limites mínimos de uma poluição incriminada. A usina ‘B’, contígua, procede da mesma maneira. Se os dois rejeitos gasosos ultrapassam a quantidade permitida ao se amalgamarem, a usina ‘A’ e a usina ‘B’ são igualmente causais de tal evento, independentemente da ordem cronológica da poluição respectivamente observada (¹⁵⁶³).

Não haveria, por essa óptica, pois, consoante tem-se defendido, uma vez demonstrada a causalidade (primeiro degrau da imputação), maiores problemas em responsabilizar-se a cada agente singular pelo resultado unitário (total ou global), tido como incindível. Em espartilhada resenha impende logo chamar à atenção que a doutrina que defende uma imputação pelo resultado integral baseia-se na premissa que se o resultado concreto global decorre da conduta de várias pessoas, cada conduta é, conseqüentemente, causal para esse mesmo resultado (¹⁵⁶⁴). Assim, todos que contribuírem para o dano global devem ser responsabilizados, independentemente de vir-se a saber que isoladamente considerados os aportes não teriam podido afetar o bem jurídico(¹⁵⁶⁵). Funda-se, pois, no raciocínio que a emissão ou imissão contributiva de cada agente individual apresenta-se já como condição necessária para o resultado total – em sua concreta configuração. Logo para “a afirmação da causalidade é suficiente que a conduta típica haja precipitado a produção do resultado antijurídico” (¹⁵⁶⁶).

(¹⁵⁶³) HORN também afirma que um “vínculo causal que existe não pode ser rompido pelo facto de que uma terceira pessoa ter atuado com dolo, donde, a usina ‘A’ que deixa escapar gás inofensivo causa uma poluição mesmo quando a usina ‘B’, agindo do mesmo modo, souber que a combinação dos dois gases produz uma poluição”. V. HORN, E., “Les Problèmes de la Causalité dans le Domaine de la Pollution e de la Suereté des Médicament”, *RIDP*, 58 (1987), p. 166 ss., esp. p. 168 e s.

(¹⁵⁶⁴) WEGSCHEIDER, Herbert, “Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 1524], p. 95.

(¹⁵⁶⁵) Estimamos, porém, que cada singular contributo deve apresentar um peso mínimo, que ultrapasse o *limiar da relevância* – um critério normativo-valorativo e não um conceito naturalista, pese embora ele não dispensar de modo algum o conhecimento ontológico.

(¹⁵⁶⁶) RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, *ob. cit.* [n. 578], p. 19 e s.

4.8.1.a. Crítica à imputação pelo resultado global

A teoria da imputação pelo resultado global (apoiada na teoria da equivalência em combinação com a teoria do resultado em sua concreta configuração) encontra a resistência doutrinária daqueles que entendem que uma imputação pelo resultado global terminará por reduzir a conduta objetivamente típica à mera cocausação (entendida esta como simultâneo encontro de várias condições da ação necessárias ao resultado), isso quando a legislação determina que autor é aquele que “executa o facto por si mesmo”⁽¹⁵⁶⁷⁾. Ou seja, alega-se que uma responsabilização penal do agente não exclusivamente pelo seu contributo mínimo, mas sim pelos “danos globais” situados além do “umbral da relevância”, não se encontra autorizado, posto que os pressupostos para uma imputação por conduta de terceiro não estão estabelecidos pela legislação, de modo que se não pode responsabilizar como injusto o mero conhecimento (antecipado) das condutas desvaliosas prováveis de terceiros; faltaria, pois, alega-se, base legal para derivar a responsabilidade penal do indivíduo de uma mera cocausação do dano global ⁽¹⁵⁶⁸⁾.

Também argumenta-se que uma tal interpretação poderia conduzir a uma considerável “ampliação do círculo de destinatários da norma”, além de também não ficar muito claro – objeta-se – o porquê de cada agente isolado ter de responder como se sozinho tivesse provocado o resultado total ou global, vindo assim a assumir “responsabilidade integral pelo evento” ⁽¹⁵⁶⁹⁾. Pondera-se, demais disso, que para os cidadãos não é normalmente suscetível de cognição se o limiar de relevância (“Erheblichkeitsschwelle”) – geralmente fixado em norma ou regulamento administrativo – foi ou não faticamente ultrapassado, sequer percepcionável se somente mercê do mínimo contributo individual é que tal limiar ou umbral será transposto, cuidando-se, então –

⁽¹⁵⁶⁷⁾ A doutrina alemã refere ao Art. 25, 1, 1, do StGB; Já o Código Penal Português estabelece em o Art. 26º.: “É punível como autor quem executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem (...)”.

⁽¹⁵⁶⁸⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, ob. cit. [n. 91], p. 79.

⁽¹⁵⁶⁹⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, ob. cit. [n. 91], p. 74 ss.

ênfatiza-se – simplesmente de deixar o *acaso* (*Tychê*) decidir “quem haverá de suportar a responsabilidade penal por um determinado dano ambiental” ⁽¹⁵⁷⁰⁾.

Defende-se, então, ao partir-se da premissa de que se não pode de modo algum determinar a responsabilidade pelo facto global a cada um dos intervenientes (vindo-se, destarte, a responsabilizar o autor, então, por um abalo ambiental provocado por meio de outras pessoas, e a estabelecer-se, desse modo, delitos de participação incompatíveis com as normas que regem os institutos da autoria e da cumplicidade), que, em situações de tal jaez, deverá incidir a figura jurídica do “desvio do curso causal”. Advoga-se, demais disso, que do mesmo modo que acontecimentos que não derivam da atividade humana, que pertencem pois ao acaso, não podem ser objeto de imputação individual, também “o comportamento delituoso de outras pessoas é um obstáculo à imputação da responsabilidade”, devendo, quando muito, “incidir uma responsabilidade penal por tentativa” ⁽¹⁵⁷¹⁾.

4.8.2. Imputação pelo resultado parcial (SAMSON)

Uma aproximação da doutrina que defende a imputação do agente tão-só em função do resultado parcial pode ser melhor inteligida, “*rectius*”, não dispensa o estudo de um caso bastante discutido na doutrina especializada – proposto por SAMSON ⁽¹⁵⁷²⁾ – em que o contributo singular de diferentes

⁽¹⁵⁷⁰⁾ WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, *ob. cit.* [n. 91], p. 142; veja-se também, DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 114.

⁽¹⁵⁷¹⁾ DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 75 e 82.

⁽¹⁵⁷²⁾ SAMSON entende que há algum consenso doutrinário quanto à existência de dificuldades relativamente à *deviance* ambiental não apenas para a produção de provas, como até para o emprego da teoria da imputação objetiva, assim como também das tradicionais teorias da imputação, como também reconhece que os problemas que se colocam possuem características bem específicas, uma vez que com frequência as ofensas – ao ambiente em geral e às respectivas entidades: flora, fauna, águas etc – têm origem não na conduta de um agente individual, mas na ação de um grande número de pessoas, para além de que não raro os cursos causais revelam já uma espessa opacidade, que muito fica a dever aos efeitos de cumulação e somação, bem como efeitos sinérgicos, de modo que as propostas de solução que se apresentam no âmbito da doutrina penal ambiental diferenciam-se em medida considerável daquelas soluções oferecidas para a teoria geral da imputação. V. SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 618.

agentes, cujas respectivas condutas consistem em fazer escoar em um curso d'água natural ⁽¹⁵⁷³⁾ substâncias poluentes em doses individuais diminutas, as quais, todavia, já em função dos efeitos de somação das reportadas quantidades, vêm a alterar a estrutura das referidas águas – componente ambiental objeto da ação contaminante. É conferir:

“A, B e C vertem resíduos em um curso fluvial de modo independente um do outro e de forma temporalmente subsecutiva. A consequência da ação individual de A consiste em elevar o valor de acidez do ph de 6,0 para 6,5 (o que, *in casu*, presume-se uma alteração vantajosa posto que o valor limite do ph deveria cifrar-se em 7,0). De outra banda, o efeito da conduta de B, traduz-se em uma elevação do ph, de 6,5 até 7,1. Finalmente C, com o seu proceder, faz ultrapassar ainda um pouco mais essúltimo valor, elevando-o até o patamar de 7,3”⁽¹⁵⁷⁴⁾.

De mencionar que no aludido exemplo as ofensas ocorrem não de modo simultâneo, mas sucessivo. Donde, os contributos danosos apresentam-se, em tese, passíveis de serem diferenciados uns dos outros graças a um ponto de vista temporal. Em situações que tais, segundo SAMSON, colocar-se-á o problema causal para cada facto separadamente. Deveras, este autor afirma, logo de saída, que não existirem maiores dificuldades em determinar que “B” produzira uma degradação típica das águas, mesmo quando tenha excedido o

⁽¹⁵⁷³⁾ Cumpre exprimir que também aqui o tipo de ilícito onde encontra-se estalajado o crime de poluição de águas (parágrafo 324, da StGB) servirá de ponto de partida ao desenvolvimento de uma dogmática que advoga tratar-se de um tipo que abarca um injusto gradualmente quantificável.

⁽¹⁵⁷⁴⁾ SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p.627.

valor limite ou “valor devido” (que não representa nem o “valor ideal” [1575], nem o “valor dado” [1576], mas sim o valor para o qual as águas devem tender), em apenas 0,1. No que toca a “C”, à primeira visada também não haveria maiores dificuldades em constatar a causalidade da sua conduta, uma vez que ele proporcionara uma piora da acidulação das águas à ordem de 0,2. Sem embargo, quanto à imputação do resultado à conduta desenvolvida por “A”, a questão seria menos axiomática e mais complexa.

É que tivesse ele realizado a ação isoladamente não restaria preenchido o elemento do tipo, porquanto com o seu comportamento não teria produzido qualquer piora sensível para as águas – antes um benefício. Todavia, fosse de lhe imputar o estado final das águas (ph de 7,3) sob o pressuposto de que tanto as emissões de “B” como de “C” tiveram os seus efeitos erguidos a partir do contributo do primeiro, então, dentro desse esquema lógico, “A” também teria realizado o tipo (1577), isto é, também teria poluído as águas em “medida inadmissível”.

Também convém exprimir que ao parecer de SAMSON (1578) a hipótese suprarreferida pode ser generalizada para todos os delitos ambientais (de resultado) que apresentem idêntica estrutura, ou seja: um injusto gradualmente quantificável que tolera que se parta de uma zona de insignificância ou espaço livre de tipicidade, para em seguida identificar-se efeitos individuais que se superpoem continuamente uns sobre os outros (identificação esta, segundo pensamos, extremamente improvável de demonstrar-se na *praxis*), em que é, em tese, possível divisar ao menos três distintas modalidades de resultado, aqui expostas de modo esquemático:

(1575) A entender-se como tal o valor que tais águas teriam, em concreto, caso se encontrassem em seu estado natural. V. SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 622.

(1576) Valor que representa, segundo o magistério de SAMSON, a situação real. V. Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 622.

(1577) SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p.627.

(1578) SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p.628.

1. O facto diretamente perpetrado pelo agente não pode, isoladamente, sequer completar o tipo (evidentemente, a situação de “A”), embora ele possa ser completado pela conduta de outrem;
2. A conduta pode, sem mais, já transpor o umbral da relevância típica (“B”);
3. Finalmente, com a sua conduta pode o agente (“C”) agravar as consequências de um facto típico já perpetrado.

Porém, segundo reconhece o próprio SAMSON, fica ainda por esclarecer se o agente deve ser responsabilizado tão-só pelo resultado parcial, por ele próprio diretamente causado, ou pelo resultado global. Importante é sublinhar e deixar bem transparente que o eixo central da tese defendida por SANSOM consiste em assumir que efeitos de acumulação na modalidade de somação, na hipótese de tratar-se de “injustos quantificáveis”, simplesmente não podem ser “causados” posto que não existe, segundo sustenta, “nenhuma relação no sentido causa-efeito entre o contributo (entornadura) individual propiciado por “A”, “B” ou “C” e o resultado unitário”. Ou seja, a conduta de despejar substâncias degradantes em um curso d’água poderia causar tão-só um “resultado parcial, mas não ser causal de uma somação”. Esta, defende o autor em epígrafe, só se constitui (é possibilitada, mas não causada), mercê dos vários resultados parciais (ou “resultados subsumíveis”) ⁽¹⁵⁷⁹⁾.

⁽¹⁵⁷⁹⁾ Tal intelecção funda-se no facto de que para SAMSON o caso entelado, como já se acentuou, reporta-se a um efeito de somação que, diversamente do chamado efeito sinérgico – que se apresenta quando, a partir da associação de diferentes substâncias eclode um novo efeito –, não se reduz a um único resultado derivado da combinação de várias cadeias causais, mas “resume conceitualmente um determinado número de acontecimentos individuais”. Daí que o “efeito” de somação na ótica deste autor envolve um juízo ou resultado de subsunção e, juízos de subsunção, como ele mesmo afirma, “não podem ser causados”. V. SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 629 e s. Neste passo, merece registo que PUPPE posiciona-se contra a diferenciação realizada por SAMSON entre efeitos de somação e efeitos sinérgicos. Para ela a única diferença que há entre tais efeitos é que uma cumulação, a partir de um efeito sinérgico, dá-se já em “um estágio prévio ao resultado, enquanto os efeitos de somação reconduzem-se ao próprio resultado”. V.

Donde, é bem de ver, SAMSON não interpreta os casos de contaminação ambiental desencadeados por efeitos acumulativos de somação como um qualquer resultado global ou unitário. Propugna, então, que objeto de imputação deve ser unicamente a conduta correspondente ao resultado (ao *quantum*) parcial ⁽¹⁵⁸⁰⁾, pronunciando-se, destarte, contra uma imputação do contributo singular pelo resultado unitário (global [¹⁵⁸¹] ou final).

Posto isso, em continuação ao caso proposto, conclui SAMSON que o resultado total de uma acidez do *ph* no valor de 7.3 não deve ser interpretado como “resultado coletivamente cocausado por todos os autores, mas como simultânea existência de vários resultados individuais” ⁽¹⁵⁸²⁾. Defende, pois, que seria equivocado considerar causante quem somente produziu uma parte do coeficiente total e, nessa linha de desenvolvimento lógico, no que refere especificamente à situação de “C”, argumenta que “(...) Se ‘C’ já depara com um estado degradado das águas à ordem de 7.1 e o piora um pouco mais até 7,3, não se lhe poderá atribuir a diferença total relativa ao valor devido (“Soll-

PUPPE, Ingeborg, “Tagungsbericht Perron”, *ZStW* 99 (1987), p. 657, citada por DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 73.

⁽¹⁵⁸⁰⁾ Também defendem, minoritariamente, somente uma imputação pelo resultado parcial, NIERING, Christoph, *Der Strafrechtlicher Schutz der Gewässer*, *ob. cit.* [n. 930], p. 57; DAXENBERG, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 55; WINKELMANN, Thomas, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1560], p. 105. Este autor, aliás, procura ilustrar de modo bem gráfico o que entende como grande desacerto da teoria da imputação pelo resultado global, tomando como hipótese um sujeito que lança um litro de ácido ao pé da saída da canalização de uma indústria química, cujos resíduos deságuam em um regato. Analisando este caso, e concordando com SAMSON, diz-nos WINKELMANN que uma solução “segundo o resultado global importaria não em uma imputação pela poluição mínima do litro de ácido, mas incluiria toda a poluição produzida pela indústria química”. V. WINKELMANN, Thomas, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1560], p.105.

⁽¹⁵⁸¹⁾ Logo, encontra-se em aberto dissenso com o entendimento esposado pela doutrina majoritária (em Alemanha), que sustenta uma responsabilização pelo resultado global em situações de pluricausalidade.

⁽¹⁵⁸²⁾ SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p.629.

Zustand”) na quantidade de 0.3, já que não causou o distanciamento-base em relação ao valor exigido na quantidade de 0,1” (¹⁵⁸³).

É preciso ainda dizer que para o autor *sub studio* o âmbito de aplicação da imputação não pode ser decidido por intermédio da causalidade cumulativa(¹⁵⁸⁴), vindo a sustentar que o simples reconhecimento de que o resultado (efeito de acumulação na modalidade somação) como tal não pode ser causado, “não decide o problema da imputação”, que só se faria possível a partir da “definição do resultado” e, já a depender da definição de resultado adotada, conclui que “não apenas C, mas tanto A como B também podem, eventualmente, responder objetivamente pelo resultado global” (¹⁵⁸⁵\¹⁵⁸⁶).

(¹⁵⁸³) Argumenta, pois, que, quanto a “C” só cabe uma imputação pelo resultado parcial, muito embora reconheça que é grande a “tentação” em buscar-se uma solução rápida para o problema mediante o emprego da teoria da equivalência e, desse modo, também considerar o comportamento do primeiro agente, “A”, como causal para o resultado global, sob o fundamento de que sem o contributo deste a conduta já do segundo agente, “B”, simplesmente não teria causado o resultado unitário. V. SAMSON, Erich, “Kausalität-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 628.

(¹⁵⁸⁴) De facto, para ele os chamados efeitos de somação não são passíveis de acomodação, ao menos não de modo bem ajustado, ao já estudado modelo da causalidade cumulativa (“Giftmordfall”), mormente porque, segundo pensa, diferentemente do caso do veneno, a “fronteira de significância, sob o ângulo do resultado individualmente causado (ele menciona como hipótese o arrojado pelo agente de uma pequena quantidade de lixo: duas baterias de lanterna de bolso em um bosque – precisamente em um local em que o autor sabe que ali muitas outras pessoas habitualmente também lançam dejetos) pode não vir sequer a ser atingida”. V. SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 619 e s. Interpolamos.

(¹⁵⁸⁵) A bem de ver, para o mencionado autor, a solução do problema apresentado fica mesmo a depender de uma prévia análise do resultado, posto que em situações que apresentem essa natureza o alcance da imputação não se decidirá com base nas teorias da causalidade, mas sim, segundo pensa, a partir de “modificações na definição do resultado”. Quanto a isso SAMSON (“Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 630) segue, bem de perto, a orientação de PUPPE.

(¹⁵⁸⁶) Já BLOY entende que “A”, o primeiro a atuar, não realizou nenhum risco proibido, logo não pode ser responsabilizado por ações de terceiros. Quanto a “B”, isto é, o segundo a agir, deve-se imputar – segundo o parecer deste autor – o resultado global, “uma vez que ele com o seu contributo terá configurado (compartindo do resultado preexistente estruturado por ‘A’) a realidade exterior”. V. BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 583. Interpolamos.

Não por outra razão assegura que em situações de injustos típicos *quantificáveis* – como é o caso da hipótese em baila – a imputação mercê manejo de uma ou de outra definição do resultado, deixar-se-ia, aparentemente, “manipular à vontade” ⁽¹⁵⁸⁷⁾; depois lança uma dura crítica aos defensores da imputação pelo resultado global ⁽¹⁵⁸⁸⁾, vindo a acusá-los de valerem-se do emprego da teoria do resultado em sua concreta configuração para chegarem a uma definição de resultado capaz de ensejar a inclusão de qualquer contributo, ainda que mínimo ⁽¹⁵⁸⁹⁾.

4.8.2.a. Crítica à imputação pelo resultado parcial

A concepção sufragada por SAMSON foi criticada, entre outros, por KUHLEN, para quem, consoante já ficou investigado, a problemática dos contributos somente perigosos quando envoltos em uma peculiar dinâmica cumulativa com outros aportes deve ser objeto de cuidadosa atenção dogmática. No que pertine mais especificamente à crítica elaborada por SAMSON à imputação do agente poluidor pelo resultado global KUHLEN objeta que trata-se simplesmente de uma argumentação equívoca, posto que, segundo pensa, muito embora não fosse lícito falar de uma relação ou vínculo causal entre os diversos e autônomos contributos individuais, também não estaria autorizado inobservar que, em conjunto, foram precisamente eles que desencadearam o resultado danoso. Em seguida arremata: “caso sejam observados os respectivos resultados poder-se-á verificar que um resultado

⁽¹⁵⁸⁷⁾ SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p. 636.

⁽¹⁵⁸⁸⁾ Igualmente WINKELMANN assinala que para aqueles que defendem uma responsabilização pelo resultado global ao fundamento que o direito penal deve contar com o facto de que outras pessoas também degradam o meio ambiente, ficará justificada uma responsabilização seja de “A”, como dos demais: já pela modificação no valor global de 0,6 do ph, isto é, independentemente do *quantum* do contributo individual. Todavia, este autor afirma que tal “concepção, conforme demonstrou SAMSON, é de recusar-se”. WINKELMANN, Thomas, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, *ob. cit.* [n. 1560], p. 105.

⁽¹⁵⁸⁹⁾ SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n.929], p. 635.

global também é real, portanto, objeto idôneo a um juízo causal tal qual o são os resultados parciais que o configuram” (1590).

Aliás, ao partir de um exemplo diverso, porém bem assemelhado àquele proposto por SAMSON, afirma Lothar KUHLEN: “quando ‘A’ introduz 50 íons e em seguida ‘B’ introduz 60 íons num curso d’água, então a existência de 110 íones nessas águas é tão real como a existência de 50 e de 60 íones” (1591), para depois esgrimir que consoante resulta da simples aplicação da fórmula da *c.s.q.n.*, “é correto reconhecer a causalidade de cada singular contributo para o resultado lesivo global” (1592). Ou seja, o resultado unitário (global) também terá sido causado por ambos os autores.

4.9. Consideração intercalar

Consoante deixámos insinuado a análise dogmática da acumulação em direito penal ambiental, designadamente no espaço jurídico alemão, tem vindo a interlaçar-se fortemente com os problemas da definição do resultado e determinação de sua extensão. Dito isso, relativamente ao caso de contaminação das águas formulado por SAMSON, deve-se ponderar que, e a depender de como se venha a determinar o resultado, tanto esse autor, que defende uma imputação pelo resultado parcial, como KUHLEN, que advoga uma imputação pelo resultado global, podem, conquanto não duvidemos do antagonismo das respectivas assertivas, estar certos – “a partir de suas próprias proposições” (1593). Com efeito, não há como duvidar de que se se estabelece como resultado a imputar, como propõe KUHLEN, o resultado

(1590) KUHLEN, Lothar, “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 196

(1591) KUHLEN, Lothar, “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 196, nota 130.

(1592) KUHLEN, Lothar, “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 196. Entendendo que com a asseveração da cocausalidade do resultado global através de cada ação individual, afinal defendida por KUHLEN, “não se decidiu nada conclusivamente acerca da questão da imputação nos casos de cumulação na modalidade de somação”, BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n. 918], p. 583.

(1593) V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 584], p.46.

global da contaminação do rio, tanto “A”, como também “B” e “C”, uma vez tendo ali despejado substâncias poluentes “são causais da existência da quantidade global”. Mas se em sentido oposto, procura-se, como sugerido por SAMSON, desconectar as quantidades parciais vertidas individualmente pelos agentes da quantidade global, a conclusão lógica é de que “ninguém pode ser considerado um fator causal pela existência da quantidade parcial vertida por outrem” ⁽¹⁵⁹⁴⁾. Mas um tal desacoplamento só revela-se factível se estivermos em face de um resultado decomponível, ou seja, passível de subdivisão em partes quantificáveis. De modo que em casos tais e quejandos aparentemente não seria possível resolver-se a questão da imputação da responsabilidade sem antes solucionar-se precisamente a questão da determinação (e individualização) do resultado.

Alcançado este ponto da investigação, cumpre analisarmos, já na epígrafe subsequente – e ainda no espaço normativo integrado pelos crimes de resultados quantificáveis – a proposta de solução que PUPPE apresenta, devendo lembrar-se que esta autora define o resultado como uma “modificação prejudicial, em atenção ao correspondente bem ou interesse jurídico protegido de um objeto do bem jurídico” ⁽¹⁵⁹⁵⁾.

4.10. Imputação em hipótese de delito cumulativo de resultado quantificável (O contributo de PUPPE)

PUPPE assevera que antes de pôr-se tanto a questão da causalidade como da imputação do resultado deve-se precisar, com rigor, em que consiste esse resultado, *i.e.*, é mister fundamentalmente especificar se o resultado pautado no tipo é indivisível ou divisível. Depois argumenta a referida autora que se o resultado modelado na estrutura do tipo penal é suscetível de sofrer divisão e se todos os agentes realizam o tipo por igual caberá fundamentalmente definir: a) se o resultado global será imputado a todos que o tiverem cocausado; ou b) se o resultado será disposto fracionadamente, ou seja, como um conglomerado de “resultados parciais” individualmente causados. Abreviando razões assevera: “(...) o primeiro consequentemente

⁽¹⁵⁹⁴⁾ PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 584], p. 46.

⁽¹⁵⁹⁵⁾ PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 584], p. 43.

aplicado levaria a que se tivesse que imputar a todos que contaminam uma entidade do ambiente”, isto é, responsabilizá-los pela degradação global das componentes do meio ambiente “no mundo inteiro”. Daí ser de parecer que na hipótese de tratar-se de um *resultado divisível* não caberá responsabilizar o agente por uma “quantidade de resultado que não cocausou” ⁽¹⁵⁹⁶⁾, vindo, então, a construir a seguinte regra para a determinação do resultado: “Se uma parte do resultado quantificável pode explicar-se causalmente sem o comportamento do autor, então esta parte não se poderá imputar-lho” ⁽¹⁵⁹⁷⁾. Mais. Também entende a mencionada autora que esta regra vigora para todos os resultados quantificáveis indiferentemente das quantidades poderem ou não ser mensuradas de modo preciso ⁽¹⁵⁹⁸⁾.

Bem, recuperando agora a controvérsia lançada a girar a partir do interessante caso de contaminação ambiental proposto por SAMSON, pode ensaiar-se, quiçá, uma solução a ensejar a imputação a cada agente somente quanto ao respectivo contributo individual (correspondente à parte do resultado que pode explicar-se causalmente em função do comportamento do agente) ou, para dizer com PUPPE, “cabe imputar como resultado da contaminação das águas somente a quantidade de substâncias degradantes que cada agente tiver vertido” ⁽¹⁵⁹⁹⁾. Pode, claro, objetar-se, com HILGENDORF⁽¹⁶⁰⁰⁾ que nem todos os resultados graduáveis podem contar-se ou medir-se exatamente em unidades, todavia pensamos que, quanto a isso, PUPPE está com melhor razão quando argumenta que “ali onde se não pode realizar uma especificação

⁽¹⁵⁹⁶⁾ PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 48.

⁽¹⁵⁹⁷⁾ PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 48 e s.

⁽¹⁵⁹⁸⁾ PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 49.

⁽¹⁵⁹⁹⁾ Por outro lado, também advoga que “o lugar sistemático em que deve solucionar-se este problema é a determinação do resultado típico, não a causalidade e muito menos a adequação social ou a imputação objetiva. Pois, uma vez que se tenha determinado o resultado típico como resultado global ou resultado parcial, terão sido cumpridos todos os outros pressupostos da imputação objetiva com respeito a este resultado”, PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 50.

⁽¹⁶⁰⁰⁾ HILGENDORF, Eric, “Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt”, cit. [n. 1456], p.528.

exata sobre as partes de resultados graduáveis, deve utilizar-se precisamente de especificações inexatas e não imputar a todos o resultado completo” (¹⁶⁰¹).

Mas, evidentemente, uma tal solução não é de aplicar-se às situações em que o resultado não seja passível de qualquer quantificação, restando absolutamente indivisível, ou ainda nos casos em que tiver lugar não uma modificação prejudicial (em atenção ao correspondente bem ou interesse jurídico protegido) de um objeto do bem jurídico, mas já sua completa destruição. Estamos, portanto, é bem de ver, numa área bem estreita ou apertada da fenomenologia ambiental, uma zona em que o resultado se deixa interpretar ou definir na formulação proposta por PUPPE, revelando-se, em tese, suscetível de objetiva individualização (algo que, em definitivo não se apresenta como regra ou norma na constelação ambiental); de jeito que o referido critério parece já entrar em dificuldades, aliás, não é mesmo aplicável naqueles casos em que o resultado não é de modo algum passível de subdivisão, quantificação e individualização.

4.11. Imputação da responsabilidade em hipótese de um resultado insuscetível de quantificação

Quando o resultado está determinado *qualitativamente* já não será factível realizar-se a separação das quantidades do resultado; daí que no caso em que os fabricantes “A” e “B” tenham vertido cada qual certas quantidades de ácido em um rio, quantidades estas que somente quando somadas provocam a morte de peixes e o desequilíbrio das águas, não poderá qualquer dos fabricantes alegar “que sua ação de verter não fora suficiente, por si só, para causar este resultado (global)” (¹⁶⁰²).

(¹⁶⁰¹) PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 49 e na nota 30.

(¹⁶⁰²) PUPPE complementa: “Também não se estaria a punir o fabricante ‘A’ com a infração de ‘B’. Do mesmo modo que o autor não pode alegar que ademais de seu comportamento também outra causa natural (acidental) fora necessária para a aparição do resultado, tampouco pode alegar que ademais de seu próprio comportamento defeituoso também o comportamento defeituoso de outrem terá sido necessário para a aparição do resultado”. V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, ob. cit. [n. 584], p. 53 e s. Interpolamos no texto principal. Curiosamente, temos aqui uma assertiva que dá suporte à opinião de alguns

Não se pode deixar, pois, de observar que numa tal situação, *i.e.*, na hipótese de o resultado encontrar-se “qualitativamente determinado” o agente que colaborou para o resultado global, de resto indivisível, encontra-se-á em situação desvantajosa (vez que responderá pelo resultado integral) se a confrontarmos com aquelas hipóteses em que o resultado pode ser decomposto e quantificado. Bem vistas as coisas, para este específico grupo de casos (resultado determinado qualitativamente e que, segundo pensamos, compõem a maioria das situações envolvendo resultados cujos danosos efeitos cumulativos têm como antecedente a ação de um grande número de agentes), em que pese não o reconhecer expressamente – PUPPE concede, apenas, que isto ficaria a dever-se “à natureza das coisas” (¹⁶⁰³) – ela alcança uma conclusão que, em seus efeitos práticos, não irá diferir daquela sugerida pelos defensores da teoria da equivalência das condições associada ao resultado em sua concreta configuração. Também fica evidenciado que a proposta de PUPPE não resolve satisfatoriamente todos os problemas de causalidade e de imputação que envolvem a questão da acumulatividade, sobremor porque permanecem em aberto problemas relacionados àqueles comportamentos tidos por bagatelares, questão esta que a seguir passaremos a nos ocupar.

5. O problema da insignificância no paisagem do direito penal do ambiente: confronto com o problema da acumulação

Uma significativa quantidade de comportamentos típicos da vida moderna quando contemplada bem de perto revela logo uma dimensão, digamos, bagatelar. Por outro lado, a criminalização de condutas individualmente inofensivas, mas que em razão de uma massiva realização podem conduzir a uma ofensa de perigo, ou até de dano-violação do bem jurídico penalmente tutelado tem lugar, de acordo com um setor doutrinário já estudado, por intermédio dos tipos de ilícito agrupados sob a designação de

doutrinadores de que PUPPE não consegue afastar-se cabalmente da teoria do resultado na sua concreta configuração.

(¹⁶⁰³) Posto que “um resultado qualitativamente determinado não pode dividir-se em distintas partes como sucede com um determinado quantitativamente”. V. PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, *ob. cit.* [n. 584], p. 54.

delito cumulativo. A elaboração desses tipos, ao ver de alguns, encontra-se justificada sobretudo em um argumento de prevenção geral ⁽¹⁶⁰⁴⁾.

Fica, contudo, ainda por saber, se apesar de subsumíveis, em tese, a um “tipo de acumulação”, condutas de mínimo conteúdo ofensivo e que não ostentem qualquer perigo ao bem jurídico tutelado podem, no caso concreto, ser objeto de interpretação – com baldrame no princípio da insignificância ⁽¹⁶⁰⁵⁾ – que as excluam da moldura típica.

Dito de outro modo: cumprirá investigar se a ideia de acumulatividade penalmente relevante afasta sempre (em abstrato) qualquer possibilidade de incidência (em concreto) do referido princípio ⁽¹⁶⁰⁶⁾ que, conquanto nem sempre sujeito a ser topograficamente localizado na legislação ⁽¹⁶⁰⁷⁾ é, ainda assim, amplamente aceite, tanto doutrinária ⁽¹⁶⁰⁸⁾ como jurisprudencialmente,

⁽¹⁶⁰⁴⁾ Também acentua esse aspecto, mas pondera que essa tentativa de legitimação da acumulação não representa uma “justificação boa e viável”, pois em última instância assenta num direito penal da atitude interna (“Gesinungsstrafrecht”) que simplesmente despreza o “estatuto de pessoa dos cidadãos”, KAHLO, Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, ob. cit.* [n. 1038], p. 159 e s.

⁽¹⁶⁰⁵⁾ Intervém aqui a parêmia jurídica “*minima non curat praetor*”. Deve ainda articular-se que o princípio de bagatelas exprime o dogma da insignificância como “exigência de proporcionalidade das intervenções penais, donde o pensamento de *ultima ratio* da tutela de bens jurídico-penais”. V. DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 49. É de ponderar que boa parte da doutrina, sobretudo europeia, utiliza de forma intermutável as expressões princípio da insignificância e princípio de bagatela. Mas, é correto e ajustado dizer que o princípio da insignificância atua os seus efeitos excludentes da tipicidade sobre os chamados delitos de bagatela, harmonizando-se assim com os preceitos norteadores de uma política criminal em um Estado Democrático e de Direito. Cumpre ainda observar que o princípio da insignificância malgrado não insculpido expressamente no direito positivo emerge da própria natureza *fragmentária* do direito penal, que só deve atuar até “onde seja necessário para a proteção do bem jurídico”. V. TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.133.

⁽¹⁶⁰⁶⁾ Assinalando, com propriedade, que no espaço jurídico ocupado pelo meio ambiente o princípio da insignificância “deve ser aplicado com muita cautela”, FREITAS, Gilberto Passos de, *Ilícito Penal Ambiental e Reparação*, São Paulo: RT-Revista dos Tribunais, 2005, p. 117.

⁽¹⁶⁰⁷⁾ No ordenamento jurídico brasileiro ele surge episodicamente, por exemplo no Código Penal Militar: arts. 209, parágrafo 6º e art. 240, parágrafo 1º.

⁽¹⁶⁰⁸⁾ A tese de que o direito penal não deve lidar com ninharias é já um programa fundamental da doutrina penal, que “transformou-se em algo positivo ao exigir uma autorrestrição do direito

na qualidade de mecanismo de interpretação restritiva ou corretiva do tipo⁽¹⁶⁰⁹⁾. Ou seja, impende perquirir se poderá falar-se em adequação típica da conduta de somenos importância para o bem jurídico – dês que considerada de forma isolada – quando esta compuser uma modalidade de ação interpretável como cumulativa, logo teoricamente ofensível ao bem jurídico.

Aduza-se que existe doutrina que sustenta o entendimento que muito embora coubesse a uma ideia de acumulação (dita “em sentido puro”) incluir para o efeito de imputação penal toda e qualquer conduta cumulativa (ainda que ínfima) – tendo em vista uma prognose realística e não meramente hipotética de acumulação – tal não seria, sempre, factível. Com efeito, HEFENDEHL⁽¹⁶¹⁰⁾ e o próprio KUHLEN (um dos principais advogados da relevância dogmática e político-criminal do delito cumulativo), sustentam a possibilidade de harmonização da acumulação com o princípio da insignificância⁽¹⁶¹¹⁾, sobretudo quando uma situação de bagatela, embora

penal a condutas com *dignidade* penal”. Logo, o princípio da insignificância põe em evidência que uma “calibragem de acordo com pontos de vista da dignidade penal ainda é possível e necessária”. V. KUNZ, Karl-Ludwig, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlin: Dunker und Humblot, 1984, p. 11 e 31. Itálico nosso. Deve acrescentar-se que o problema relacionado a um especial tratamento para os crimes de bagatela representa, a todas as luzes, uma importante questão de política criminal, posto relacionar-se bem de perto com a procura de uma “limitação do direito penal”, em ordem a que tão-só aquelas condutas “socialmente intoleráveis” sejam atraídas para o espectro penal, evitando-se assim a exorbitação do poder punitivo do Estado. Sobre isso, KRÜPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin: Dunker & Humblot, 1986, p. 16 e s.

⁽¹⁶⁰⁹⁾ Considerando-o um instrumento de interpretação teleológica hábil a ensejar a realização de correções ou até reduções no âmbito do resultado típico, OSTENDORF, Heribert, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, *GA* (1982), p. 333 ss., p. 345.

⁽¹⁶¹⁰⁾ V. HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, *ob. cit.* [n. 76], p. 153.

⁽¹⁶¹¹⁾ KUHLEN, *e.g.*, tem a “cláusula mínima” por essencial e indispensável (KUHLEN, Lothar, “Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 91], p. 717, nota 95). Cuida-se aqui, é mister esclarecer, de uma particularidade do Código Penal Alemão, cujo § 326, 6, reza: “O facto não é punível se os efeitos prejudiciais ao ambiente, em especial às pessoas, à água, ao ar, ao solo, animais ou plantas úteis, em função do diminuto volume de resíduos, são claramente excluídos”. É dizer, o referido autor procura, no marco do direito positivo alemão, compatibilizar a noção de delito cumulativo com o citado normativo.

reproduzida em larga escala, não comprometa, por exemplo, as “funções das águas” (1612).

No entanto, deve dizer-se que uma expressiva vertente doutrinária (1613) voga no sentido de que a ideia de acumulação simplesmente transgride, senão já malferre o princípio da insignificância (1614), princípio que encontra-se imbricado aos princípios da lesividade, proporcionalidade, fragmentariedade e intervenção mínima e que, como se sabe, autoriza uma interpretação restritiva (1615) do alcance do tipo, em ordem a que infrações mínimas sejam logo excluídas de seu perímetro e não se submetam a um juízo de tipicidade meramente formal. Deveras, critica-se, não sem alguma contundência, que os chamados crimes de acumulação fazem *tabula rasa* de condutas triviais ou de bagatela e, deste modo, colaboram para uma dissipação das fronteiras entre o direito penal e outros mecanismos (extrapenais) de reação à *deviance* ambiental.

De outra banda, uma vez que para o efeito de argumentação tenha-se como aceite que em um (hipotético) delito cumulativo o preenchimento do tipo basta-se já com a ação mínima e se, concomitantemente, também houver acordo quanto a um normal efeito de limitação ou redução do tipo decorrente da observância do princípio da insignificância, então – argumenta-se –

(1612) KUHLEN, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung”, *cit.* [n.91], p. 407.

(1613) DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 61 ss.; SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 635; ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, *ob. cit.* [n.676], p. 186.

(1614) Assertivas algo “mundanas” tais como: “a afiada espada do direito penal terá o gume embotado caso usada com muita frequência”; ou então, que se não deve querer “matar pardais com disparos de canhão” servem bem para ilustrar – com alguma força metafórica –, que o direito penal não deve ocupar-se com bagatelas. No sentido de que todos os crimes ambientais estalajados no código penal alemão são delitos de bagatela, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *cit.* [n. 97], p. 516.

(1615) “A função do Princípio da Insignificância consiste em servir de instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tomando-o como possuidor de um conteúdo material, para excluir do âmbito da lei penal condutas formalmente típicas que, em face da sua escassa lesividade, não demonstram relevância jurídica para o Direito Penal”. V. SILVA, Ivan Luiz da, *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, Curitiba: Juruá, 2004, p. 111.

permanecerá, quiçá, como enigma a desvendar por que meios uma “interpretação extensiva da determinação do resultado” (que leva em conta uma potencial cooperação com outros prováveis contributos), afinal ingênita ao delito cumulativo em sua concepção teórica primordial, poderá coadunar-se com o citado princípio, tendo vindo, inclusive, a objetar-se que uma tal exegese (extensiva) praticamente anularia a influência da princípio da insignificância do âmbito dos delitos de acumulação (¹⁶¹⁶\¹⁶¹⁷).

Insta também salientar que ao esquadrihar os textos em que KUHLEN trabalha a proposta do delito cumulativo DAXENBERGER conclui pela existência de uma “evidente contradição”, consistente em “de um lado propor ou apoiar tipos de acumulação; de outro, defender a manutenção da cláusula de bagatelas (¹⁶¹⁸)”. Este autor também esgrima que os ditos tipos de

(¹⁶¹⁶) DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 61.

(¹⁶¹⁷) Cabe sublinhar que se tem entendido que o princípio da insignificância só demonstra aptidão para irradiar algum efeito (de exclusão da tipicidade) naqueles tipos penais cujos resultados sejam passíveis de quantificação, ou seja, que possuam um injusto intensificável. Aliás, defendendo que o problema de bagatelas atinge simplesmente “todos os tipos de resultados quantificáveis”, SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 624. Também não se desconhece que o problema da insignificância encontra-se necessariamente vinculado não só ao esclarecimento do significado da ação como também do resultado para a ilicitude do ato (conteúdo do injusto). Aliás uma determinação quantitativa do resultado comumente apresentará consequências bem distintas do que quando temos em consideração ou em ponto de mira tão-somente a ação. Onde o delito como um conceito ou noção de gradação ou intensificação encontra-se necessariamente “implicado ao desenvolvimento de uma abordagem quantitativa em direito penal”, e que não se limita à ideia de proporcionalidade da pena relativamente ao facto, posto que também projeta-se, não padece dúvida, sobre a noção de “gradação do injusto como natural corolário da evolução da doutrina da ilicitude material”. Assim, a bem de ver, a própria teoria do grau do injusto lança algumas luzes sobre a “importância sistemática” que tem a abordagem *quantitativa* para a doutrina da proporcionalidade do crime e também da pena. Nesse sentido, KRÜMPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte*, *ob. cit.* [n. 1608], p. 16 ss. Advogando que não é só a gradação quantitativa do injusto que enseja a exclusão do facto penalmente irrelevante da moldura típica, posto que também o aspecto qualitativo deve ser levado em consideração, TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, *ob. cit.* [n. 1605], p. 134.

(¹⁶¹⁸) Com efeito, Mathias DAXENBERGER (*Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 63) polemiza com KUHLEN e aponta contradição séria afirmando que este autor, no mesmo texto (“Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung”) em que advoga a criação dos

acumulação só guardariam alguma coerência caso se procedesse, concomitantemente, a uma “extensiva eliminação do princípio de bagatela” do âmbito penal (¹⁶¹⁹). A bem de ver, DAXENBERGER associa-se ao segmento doutrinário – majoritário – que põe seriamente em causa se uma responsabilização penal por um comportamento singularmente inofensivo somente à guisa de obstar-se um hipotético *perigo de acumulação* acresceria alguma eficácia à proteção ambiental, vindo a advogar que, já em atenção ao princípio de *ultima ratio*, tais contributos deveriam ver-se atraídos para o raio de influência ou campo gravitacional das contraordenações sociais (¹⁶²⁰).

Bem, pensamos que uma vez interpretada a ação do agente como um contributo acumulativo apto a turbar o bem jurídico, acentuando-se-lhe pois o timbre da acumulatividade (posto haver o legislador deliberado, com base em uma prognose realista, atrair para a malha penal certos comportamentos que, individualmente perspectivados, apresentam uma quase nula ofensividade), fácil então será constatar-se a virtual impossibilidade entre a noção de acumulação e o princípio da insignificância. Com isso queremos tão-só significar que o adscrever-se, *tout court* (isto é, sem agregar-lhe mais nada) a ideia de acumulatividade ao aporte insignificante, poderá significar, no limite, a exclusão do referido princípio do microssistema ambiental.

Estamos, pois, então, diante de dois *instrumentos de interpretação* que – à míngua de acrescentamentos e ajustes à teoria do delito cumulativo hábeis a desocultar a episódica relevância factual do contributo singularmente diminuto para a afetação do bem jurídico ambiental – poderão entrar em frontal rota de colisão.

Também é importante assinalar, agora em uma outra linha de apreensão, que o princípio da insignificância como refração da princípio da

chamados tipos de acumulação, também defende que contributos que causam apenas uma “profanação” das águas, em razão de seu “pequeno conteúdo de injusto”, sejam classificados como contraordenações, bem como também que em um outro local (KUHLEN, “Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland”, *cit.* [n. 943], p. 199) afirme que uma conduta que por si mesma representa apenas um perigo mínimo, revela-se já uma conduta de bagatela e que, portanto, não se apresenta como nenhum injusto digno de pena.

(¹⁶¹⁹) DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 63.

(¹⁶²⁰) DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 65.

proporcionalidade não se limita, segundo pensamos, tão-só à interpretação de tipos penais orientados à proteção de bens jurídicos individuais, podendo ser igualmente empregue aos ilícitos típicos protetivos de bens jurídicos da coletividade, tal como o é o meio ambiente (¹⁶²¹). Daí que a ideia de ninharia ou de bagatela também não autoriza a punição da dona de casa que lança restos de cozinha em um córrego. Mas, *quid juris* se esse comportamento apresentar um carácter acumulativo e com aptidão para desequilibrar as funções ecológicas de uma específica entidade ou componente ambiental? Estimamos que em situações desta índole instam, com verdadeiro rigor, que se delimite os contornos do que poderemos chamar de “limiar de significância”.

5.1. A relevância da delimitação do “limiar de significância”

Há um certo consenso na doutrina de que não é factível estabelecer uma fórmula positiva geral para isolar nos tipos penais, de modo sistemático, um qualquer conteúdo de bagatelaridade. Quer-se com isso exprimir que um conteúdo de injusto mínimo não se consegue alcançar por meio de uma qualquer norma legal de carácter generalizador (¹⁶²²), cabendo antes realizar-se uma detida e cuidadosa interpretação de cada conduta a lume do tipo penal no caso concreto (¹⁶²³). Mas, é meridiano, isso não impedirá de confrontarmos,

(¹⁶²¹) Cabe trazer à tona que o direito pretoriano tem vindo a reconhecer, não em qualquer instância, mas em alcandorado sinédrio, que ainda nos delitos ambientais, a depender dos concretos matizes do caso (“surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido”), poderá ser reconhecida a inexpressividade da conduta, tudo a fazer ativar as forças deprimentes do tipo, que encontram-se acantonadas naquele princípio. V. STF, Tribunal Pleno, AP 439/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.06.2008, *RT*, v. 98, n.º 883 (2009), p. 503 s.

(¹⁶²²) Mostram-se cétricos quanto à possibilidade de resolução, de *lege lata*, do problema da insignificância em direito penal, HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit, ob. cit.* [n. 548], p. 152; e, RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, ob. cit.* [n.931], p.62.

(¹⁶²³) Nesse sentido, acompanhando Rudolf RENGIER (*Das Moderne Umweltstrafrecht*, p. 15), DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte, ob. cit.* [n. 91], p. 50. Este autor pondera, a propósito, que a “tentativa de definir de modo preciso um limiar fundamental e constitutivo da insignificância para os tipos penais do direito penal ambiental pressupõe, de partida, o método da análise dos demais tipos da parte especial”; também assinala, de modo absolutamente ajustado, que não se trata de uma “fronteira fundamentada nas ciências naturais, mas antes de

teoricamente, a ideia de acumulação com a questão da inânia da conduta ou do resultado.

Aduza-se que a análise e a meditação acerca da eventual incidência do princípio da insignificância parece exigir – na órbita penal do ambiente – uma precisa demarcação da fronteira ou “limiar de significância”, que deverá desempenhar a função de filtro seletivo da responsabilidade, forte se tivermos como pista de reflexão que a insignificância – um conceito relacional ⁽¹⁶²⁴⁾ – possui como conceito obverso a noção de significância.

Deve-se agora vincar que a descoberta das precisas linhas demarcatórias desse limiar ⁽¹⁶²⁵⁾ parece não dispensar, primeiro que tudo, a prévia determinação do objeto da ação (a coincidir, parcialmente, com as chamadas componentes ou entidades do ambiente natural). Bem, se escolhermos como objeto da ação (tomado como expressão fenomênica do objeto de tutela da norma), uma grande massa d’água (por exemplo: o Mar Mediterrâneo), fará todo sentido afirmar que uma modificação prejudicial de suas características ou de suas funções dificilmente terá lugar.

Realmente, nenhuma ação poderá isoladamente ter êxito em degradar a superfície total de um inteiro oceano ou mesmo toda a extensão de um longo leito fluvial. Uma tal fenomenologia – catástrofe de dimensões épicas – não se encontra, normalmente, relacionada com o problema da acumulação (pluralidade de microlesões); e, mesmo ainda um evento único de grandes proporções (megadano), envolvendo, forçosamente, um macrossujeito (corporação) ⁽¹⁶²⁶⁾ dificilmente atingirá por inteiro o meio aquífero, o ar, o solo, a flora ou a fauna. No entretanto, uma degradação parcial poderá bastar para afetar as funções de quaisquer das entidades do ambiente natural. Senão vejamos.

uma fronteira normativa influenciada mormente por concepções morais e éticas de uma bem determinada estrutura social”. V. DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte*, *ob. cit.* [n. 91], p. 51.

⁽¹⁶²⁴⁾ Proposição semelhante em KRÜMPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte*, *ob. cit.* [n.1608], p. 38.

⁽¹⁶²⁵⁾ Limiar ou umbral da significância ou território de relevância jurídica, a significar que tudo o que encontre-se para além desse portal é intolerável à higidez do bem jurídico.

⁽¹⁶²⁶⁾ V.g.: um conglomerado industrial-petroleiro.

Apressuremo-nos por primeiro em assentar que não se cuida de modo algum de uma questão teórica ou meramente acadêmica ⁽¹⁶²⁷⁾, mas, inversamente, de um problema que tem grande relevância prática. Com efeito, a tanto basta pensarmos em uma conspiração de águas oceânicas por um navio petroleiro. É dizer, mesmo um derramamento de óleo de grande extensão, de regra, não produzirá contaminação ambiental em todo lugar, mas por certo num círculo próximo ao local do vazamento encontrar-se-á uma concentração bastante significativa daquela substância. Em uma tal situação usualmente é possível observar que no círculo mais apertado ou zona imediata à embarcação a qualidade das águas encontra-se fortemente degradada; mas, numa distância ainda não muito grande, uma modificação das suas características já não será mais facilmente passível de medição ⁽¹⁶²⁸⁾.

Mas qual é a grandeza desse círculo e como ela deve ser dimensionada? BLOY opina, e com boa razão, que se determinarmos o círculo ou “zona de relevância” de modo muito apertado e restrito, o princípio da insignificância tornar-se-á “vazio e supérfluo” – neste caso todo e qualquer contributo mínimo, por si só, poderá ter já o condão de alterar as características das águas, do solo, do ar etc, que se encontrarem na zona sob direto e imediato impacto da substância ou do produto vertido ou emitido. Daí entender o referido doutrinador que a “zona de relevância” não deverá ser “desproporcionalmente pequena em relação à dimensão total do objeto da ação” ⁽¹⁶²⁹⁾.

Logo, a responsabilidade individual do agente dependerá, consoante acenámos, sobretudo, da verificação da ultrapassagem de um *limiar* ou *umbral de significância*, e, é meridiano, tal limiar somente é passível de especificação caso tenha-se definido previamente a “zona de relevância”, que mais não é, segundo defendemos, do que os *limites territoriais do contexto relevante de acumulação*.

⁽¹⁶²⁷⁾ O adjetivo vai aqui, claro, empregue em uma acepção depreciativa, a indicar algo bizantino ou falta de resultado prático.

⁽¹⁶²⁸⁾ No sentido do texto, SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *cit.* [n. 929], p. 625.

⁽¹⁶²⁹⁾ BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *cit.* [n.918], p. 582.

Quer-se com tal afirmação chamar a atenção para o facto de que quase sempre a delimitação da “zona de relevância” será influenciada, *rectius*, será determinada por um não ocasional acúmulo de contributos em um certo espaço territorial. A propósito a poluição atmosférica em grandes centros urbanos, como as cidades de Lisboa e de São Paulo, reclama constantes medições e controles com vistas a evitar que os níveis máximos suportáveis sejam superados. Não se faz, como se sabe, um controle de poluição em “todo” o ar atmosférico circulante, mas tão-somente o controle dos níveis de poluibilidade em uma específica zona espacial – tornada relevante precisamente em razão da concentrada conglomeração de diversos fatores contaminantes de natureza antrópica (¹⁶³⁰).

De observar (de um jeito quase lateral) que, ocasionalmente, dados estritamente quantitativos são atraídos para o direito penal – de regra mercê preceitos extrapenais complementares de normas penais em branco (¹⁶³¹) –, que, só então, fará emprego de termos métricos ou numericamente definidos, tais como limites de velocidade, porcentagem de álcool no sangue, índices máximos de “ph” da água etc. Também não é demasia recordar que, segundo a lição de GALLAS, o “quantitativo” é a “base para o juízo ético de desvalor social”, sendo factível “estabelecer uma fronteira a partir da qual o facto revela-se tão reprovável que está já a necessitar de uma sanção penal” (¹⁶³²). E, deve-se agora articular, somente na hipótese de contributo do agente singularmente considerado não lograr ultrapassar tal umbral ou fronteira é que deverá incidir o princípio da insignificância (¹⁶³³).

Acresce que para que o prefalado “limiar de significância” não seja colocado em um patamar ou valor demasiado ínfimo e portanto facilmente

(¹⁶³⁰) É dizer, delimita-se uma “zona de relevância” urbanamente circunscrevível e em seguida procura-se estabelecer o “limite de significância” para cada contributo singular tomando-se em conta os massivos aportes individuais.

(¹⁶³¹) V. o ponto 6, do Cap VIII, *supra*.

(¹⁶³²) GALLAS, Wilhelm, *Niederschriften*, Bd 1, p. 87, *apud*, KRÜMPELMANN, Justus: *Die Bagatelldelikte*, *ob. cit.* [n. 1608], p. 132.

(¹⁶³³) A insignificância, então, como a “menor graduação de uma classificação”, pressupõe a existência de uma hierarquia. V. KRÜMPELMANN, Justus: *Die Bagatelldelikte*, *op. cit.* [n.1608], p. 48.

ultrapassável a “zona de relevância” – consoante já acenado – deve ser proporcional à dimensão do objeto da ação. Logo, o “limiar de significância” também deve ser determinado com atenção à dimensão do objeto da ação.

De ver-se, pois, a importância em dimensionar-se uma zona de relevância bem proporcionada, zona esta que se prestará não apenas para que possa fixar-se o já referido limite de significância do singular contributo, como, sobretudo, para poder delimitar-se um concreto contexto de acumulação (acumulatividade de condutas nocivas à componente ambiental perspectivada espaço-temporalmente) ⁽¹⁶³⁴⁾.

De conseguinte, deve procurar limitar-se (em interpretação teleológico-contextual) o alcance da proibição normativa (delito cumulativo) tendo em vista o grau de lesividade contextualmente relevante. E, nesse sentido, o aporte singular que apresentar ao ingressar no âmbito territorial (“zona de relevância”) de um contexto de acumulação um valor que ultrapasse o “limiar de significância” aferível no caso concreto – é já um contributo socialmente desvalioso.

De todo o exposto cumpre-nos concluir que a lógica da acumulação não suspende nem tampouco neutraliza a incidência do princípio da insignificância. Mas, este princípio, no entorno normativo do ambiente, deverá ser sempre analisado *cum grano salis*. Enfim, a convivência ou compossibilidade entre a acumulação e o princípio da insignificância, reclama que os contributos singulares devam apresentar alguma potencialidade lesiva (contextualmente relevante) detectável a partir da definição da “zona de relevância”.

6. Considerações do Capítulo

Os complexos e estendidos cursos causais e os intrincados nexos que caracterizam a *deviance* ambiental traduzem-se em problemas jurídicos acrescidos para as tradicionais teorias da imputação, vez que, intuitivamente, extravasam da ação meramente individual. Vale por dizer: a degradação do ambiente natural resultante de uma prolixa ação cumulativa não se apresenta como obra individual – não constitui o produto final do projeto de um único

⁽¹⁶³⁴⁾ Donde, também o caso da dona de casa que lança resíduos alimentares em um rio de águas caudalosas, deverá ser analisado e decidido à luz dos critérios ora sugeridos.

personagem ou autor –, porquanto, normalmente, emerge como resultado de um amalgamado somatório de condutas relativamente uniformes e de modo algum vinculadas.

Deve-se também articular que muito embora existam claros pontos de contato⁽¹⁶³⁵⁾ entre a categoria que se usou denominar de “causalidade cumulativa” e a figura do delito cumulativo, não se pode, rigorosamente, falar em uma perfeita sintonia entre estas duas figuras, algo que fica sobretudo a dever-se à maior complexidade ⁽¹⁶³⁶⁾ dos efeitos de acumulação, de regra, resultantes da combinação de uma pluralidade de fontes contaminantes. Por outro lado, em um delito cumulativo, diversamente do “caso do veneno”, a fronteira de significância, sob o ângulo da conduta singular pode, eventualmente, sequer mesmo vir a ser ultrapassada. Demais disso, contrariamente às situações de “causalidade cumulativa”, em que não é antevizível ou representável a colocação de uma adicional dose de veneno por uma outra pessoa (daí a doutrina majoritária, e também a jurisprudência, posicionarem-se no sentido da punição dos agentes apenas por tentativa), no âmbito dos delitos de ação massiva perigosa podem os agentes, independentemente de conhecimentos especiais, calcular os venenos alheios como certos, muito embora possam não dimensionar, de modo preciso, a intensidade da ofensa advinda da sua combinação, não tendo eles, por outro lado, o controle final dos cursos causais.

Pensamos, contudo, que não é correto afirmar-se, em tonalidade generalizante, que o delito cumulativo, já por não harmonizar-se plenamente com a figura da “causalidade cumulativa”, prescindia, sistematicamente, de uma análise de causalidade. Para nós os problemas convocados pelos crimes de acumulação no microssistema penal do ambiente, em que pese terem eles sede nuclear em um enigma de atribuíbilidade relacionado com a responsabilização individual por uma conduta ou contributo aparentemente

⁽¹⁶³⁵⁾ V.g.: pluricausalidade, vez que ambas exigem mais de uma conduta para que se possa explicar capazmente a produção do resultado; além disso, e não menos importante, também prescindem de vínculos de cumplicidade entre os intervenientes.

⁽¹⁶³⁶⁾ Mas isso não afasta, *per se*, a existência de um resultado real a imputar objetivamente no caso concreto.

irrelevante, exigem, por norma, o exato estabelecimento (¹⁶³⁷) do liame fático entre o contributo do autor e o sucesso já como exigência mínima.

Como questão próxima à da (pluri)causalidade iremos deparar na zona turbulenta do delito cumulativo com uma peculiar pluralidade de autores – diretamente relacionada a uma fenomenalidade de tipo cotidiano – em “autoria paralela aditiva”: categoria esta que entendemos constituir algo mais do que um simples conceito negativo orientado a repelir (em situações de autoria coletiva que povoam a criminalidade ambiental) as tradicionais formas de concurso de agentes. É que conquanto os autores paralelos devam ser sancionados conforme as regras gerais da autoria simples (vez que coautoria ou participação, em sentido clássico, efetivamente não há), não se pode deixar de observar que a autoria paralela aditiva liga-se, de forma indissociável, ao delito cumulativo, prestando-se já para identificá-lo.

Com efeito, pese embora não existir divisão de trabalho nem deter o domínio funcional do risco, ao realizar a ação cumulativa o agente pode previamente representar que estará a contribuir dinamicamente (já que o alheio agir é um elemento dado no âmbito do comportamento massivo uniforme) para afetar o bem jurídico, e isto comunicará um especial significado axiológico ao seu singular aporte, que ao ingressar em um território de acumulação perderá, em definitivo, a natureza de *quantité négligeable*, vindo a converter-se em um comportamento objetivamente cooperativo para um resultado coletivamente construído, mas a ser *individualmente* imputado.

Essa intelecção das coisas não autoriza, é verdade, qualquer comunicação de culpas (já à míngua de vínculo intersubjetivo); concorre, no entanto, para fundar um juízo de censura ética. Bem é de ver que o agente não responderá pelo comportamento de terceiros; contudo, é de reconhecer que o seu agir não é *axiologicamente neutro*, mormente porque ele entremostra-se portador de um certo peso causal (para codeterminar uma grave lesão a um bem jurídico macrosocial), estreitamente vinculado à natureza acumulativa do comportamento. Dito em forma de exemplo: quem elimina um exemplar de uma

(¹⁶³⁷) Salvante, claro, quando se estiver perante situações marcadas pela “presença” de cursos causais não verificáveis, quando então ter-se-á de recorrer a outras categorias da determinação.

espécie em risco de extinção (em função da ação aditiva de inumeráveis autores paralelos) não elimina toda a espécie sob tutela penal, mas o seu aporte (dano-contributo) converge, inegavelmente, para lesionar o bem jurídico.

De retorno a questões que giram em volta do problema do determinismo causal há de reconhecer que no movimentado palco ambiental também ocorrem fenômenos marcados por uma forte opacidade, e para os quais a pura análise causal-mecanicista nem sempre oferecerá adequada resposta (¹⁶³⁸). Nesses casos, de insuperáveis dificuldades, poderá faltar o necessário conhecimento empírico para a verificação causal. Tais dificuldades repercutem de modo quase que automático na atribuição da responsabilidade individual, cuja imputação poderá simplesmente não ocorrer, mormente se ficarmos adscritos a um modelo causal-naturalista estrito, isto é, submissos a um determinismo unidimensional. Com isso queremos apenas significar que o resultado típico, excepcionalmente, pode não apresentar uma “causa” como antecedente empírico; ou seja, é possível que o resultado vincule-se ao seu antecedente não através de leis causais, mas por meio de leis probabilísticas. Mas, e cabe deixar bem vincado, não se cuida aqui de rejeitar o princípio causal, tão-só de acentuar que ele coabita com outras modalidades ou categorias determinísticas.

Defendemos, pois, o ponto de vista de que uma parte da segmentada resposta a dar aos assaz complexos problemas suscitados na ribalta ambiental pelo chamado delito cumulativo (designadamente nas hipóteses de sinergismo) passa logo por reconhecermos o seguinte: a) que a categoria científico-natural da causalidade já não pode oferecer, ao menos não de modo sistemático e generalizante, a derradeira palavra, e; b) que o princípio da causalidade compõe o princípio do determinismo universal, todavia não o exaure, uma vez que para além da categoria causal, também pervivem outras categorias da determinação, como, *exempli gratia*, a categoria probabilística (¹⁶³⁹).

Não obstante pensamos que haverá sempre, maxime em hipóteses de cumulação e de somação, primeiramente, de tentar demonstrar-se a existência

(¹⁶³⁸) Vide as hipóteses de *sinergismo* – que, frequentemente, não são decodificáveis.

(¹⁶³⁹) De modo que para os problemas ambientais relacionados ao sinergismo não seria desavisado pensar que a categoria do perigo abstrato revele-se, quiçá, como a mais adequada a estabelecer uma tutela penal preventiva.

de uma causalidade linear mínima. Com isso não se pretende significar, evidentemente, que a análise causal limitar-se-á a um exercício puramente sensorial. É que uma rigorosa demarcação do resultado cuja causalidade cabe explicar em ordem a efetivar-se uma adequada imputação, supõe já “decisões de quem há de aplicar o direito” (PÉREZ BARBERÁ). Mas, com tal assertiva não se quer comunicar que o tribunal fique autorizado a “criar” leis causais. Caberá ao magistrado ou tribunal, tão-só, selecionar aquelas *circunstâncias contextuais relevantes*, *i.e.*, capazes de reforçar empiricamente (ou, eventualmente, de afastar) o juízo de prognose levado a cabo pelo legislador, e que hão de ser ponderadas aquando da descrição do resultado efetivamente ocorrido.

De acentuar que em situações em que o resultado for passível de quantificação, a solução apresentada por PUPPE, parece revelar-se proveitosa: “se uma parte do resultado quantificável pode explicar-se causalmente sem o comportamento do autor, então não se poderá imputar-lho”. Contudo, bem vistas as coisas, há de reconhecer a sua baixa operatividade para os delitos ambientais cujo resultado lesivo resulta da conglomeração de um grande número de condutas. Por outra margem, tratando-se de um resultado não quantificável, *i.e.*, na hipótese de estar-se diante de um resultado qualitativamente determinado, a citada “fórmula” também não seria aplicável. Em casos tais – bem como ainda mesmo para situações de resultados quantitativamente determinados – pensamos que a teoria da equivalência das condições já modificada (associada à teoria do resultado em sua concreta configuração) é operatória para clarificar, a relação entre antecedente e o resultado.

Deveras, no estrito plano da causalidade do contributo cumulativo para o resultado é apropriado assinalar a possibilidade de manejo da teoria da equivalência, que admite que a causa radica em cada condição individual, embora esta só ocasione o resultado em sua conjunção com muito outros fatores, em ordem a tratar-se cada causa (contributo) individual como causa autônoma.

Não haverá duvidar da causalidade do aporte singular sempre que o resultado lesivo (que ficará, necessariamente, a depender da existência de um contexto de acumulação), em sua concreta configuração, sem o contributo do

agente, ainda que mínimo (mas não insignificante), ocorreria de outra maneira, ou simplesmente não teria lugar. Também é irrelevante se o contributo individual, isto é, se a conduta cocausadora comparece como causa inaugural ou derradeira. Daí que se dois rejeitos gasosos não insignificantes ultrapassam o valor-limite normativamente fixado e ao se intermisturarem dão lugar a uma ofensa de dano, tanto a fábrica 'A', como as fábricas 'B' e "C" são igualmente causais do resultado. Não haverá, pois, uma vez demonstrada a causalidade (primeiro degrau da imputação), em princípio, maiores dificuldades em responsabilizar-se cada agente singular pelo resultado global e incindível. De outra margem, se a fábrica "B" encontrava-se licitamente autorizada a fazer aquela emissão (que se manteve dentro do valor-limite), conquanto ela se possa perfilar como causal do resultado (em termos naturalísticos), já não o será em termos normativos, logo já não se poderá imputar-lhe o resultado⁽¹⁶⁴⁰⁾.

Deve-se também clarificar que não pode beneficiar-se quem atua precisamente em um contexto em que nem o comportamento (porque cumulativo) nem o resultado se produzem de forma isolada. Mas um tal inteligir também não torna o cidadão em *garante* de um meio ambiente hígido. Apenas reforça que não se pode afastar seja o juízo causal, seja, principalmente, o juízo de imputação ao argumento de que "todos fazem o mesmo". Deve ainda subscrever-se, por oportuno, o pensamento doutrinário ⁽¹⁶⁴¹⁾ que voga no

⁽¹⁶⁴⁰⁾ Não vai demasia lembrar que a causalidade claramente não poderá sozinha decidir acerca do preenchimento do tipo objetivo. É dizer – e seguindo aqui na trilha da doutrina majoritária – a imputação da responsabilidade individual não se esgota na prévia constatação da causalidade.

⁽¹⁶⁴¹⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, "O papel do direito penal na protecção das gerações futuras", *cit.* [n. 766], p. 15 e s. Divergimos, todavia, deste autor quando o mesmo desvalora a chamada questão da causalidade – no estrito âmbito dos delitos aditivos – por entender que os problemas não teriam sede ali, mas sim no âmbito da definição da "ligação entre acção e dano do bem jurídico", ligação esta que, por sua vez, estima como estranha "às doutrinas da causalidade e da imputação objectiva". V. DIAS, Jorge de, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, ob. cit.* [n.17], p. 346; também em "O papel do direito penal na protecção das gerações futuras", *cit.* [n. 766], p. 14. É que, segundo pensamos, sem desvalorizar a relação normativa entre ação e a afetação do bem jurídico, tendo em vista a particular natureza complexa do bem jurídico ambiental, não se pode descartar a relação naturalística entre a ação e as componentes ou elementos desse mesmo bem jurídico.

sentido de que não cabe conceber novas e atípicas estruturas de imputação quando as estruturas tradicionais mostram-se aptas a dar uma razoável resposta ao problema.

A causalidade (substrato ontológico) então não é eliminada ⁽¹⁶⁴²⁾ pelo facto de o mesmo evento haver sido provocado pela conglomeração de diversos comportamentos contributivos realizados em autoria paralela aditiva. Ou seja o facto é simultânea ou sucessivamente realizado por todos e por cada um dos autores. Ergo, cada qual concorre com o seu dano-contributo para o resultado global (somatório dos resultados parciais plasmado no contexto de acumulação).

Mas em que pese cada contributo ser causal de um mesmo resultado, cada aporte singular terá que apresentar um peso próprio mínimo, situado além do limiar de significância. Com isso, aliás, afasta-se a crítica (formulada por SAMSON) contra a imputação pelo resultado global (em sua concreta configuração), posto que não se incluirão na imputação do resultado comportamentos insignificantes. Deveras, definido o enlace da causalidade da conduta, acertado pois o nexos causal, que assume aqui mais do que um papel simplesmente indiciário (porém não decisivo ou determinante), há de passar-se para a análise da imputação, a fundamentar-se não em um “mero aumento do risco”, mas já na criação de um risco penalmente relevante. Onde, para estritos fins de imputação cabe articular que ultrapassado o limiar da relevância (com a superação do valor-limite fixado à guisa de desafiar precisamente o problema da acumulatividade da conduta), já de uma perspectiva *ex ante*, força do conteúdo de desvalor da ação contributiva, preenche-se o primeiro nível de imputação, isto é, o aporte singular é já um risco relevante ⁽¹⁶⁴³⁾: com aptidão, em tese, para afetar o bem jurídico.

Todavia é só com a intersecção do contributo desvalioso na esfera territorial de um contexto de acumulação que se satisfará o segundo nível de imputação, ligado, como se sabe, ao desvalor de resultado, a ser objeto de acerto judicial *ex post*: a realização do risco criado, ou seja, um dano-

⁽¹⁶⁴²⁾ Não defendemos, definitivamente, um normativismo *livre de empirismo*.

⁽¹⁶⁴³⁾ De lembrar que o risco é, sobretudo, um “conceito quantitativo que descreve com métodos confiáveis a estimativa dos danos”. V. citação lançada à nota n. 212, *supra*.

violação. De modo que o “factor” acumulação (densificado no plano do real em um bem específico contexto situacional) comparece como um requisito objetivo determinante à realização do risco.

Com isso fica demonstrado que o delito cumulativo não se subtrai nem ao juízo de causalidade, nem ao de imputação objetiva. Mas esse não é o aspecto mais relevante. Fundamental, a todas as luzes, é procurar limitar-se (em interpretação teleológico-contextual) o alcance da proibição normativa (delito cumulativo) a partir da verificação do grau de ofensividade contextualmente relevante do contributo (¹⁶⁴⁴). E, de acordo com isso, o comportamento individual que não tiver relevância contextual para o dano cumulativo não se reveste de significado jurídico-penal. Dessa forma, com rigor, atuará o critério de verificação do ingresso da conduta em um contexto real de acumulação como critério limitativo de interpretação do tipo no âmbito da criminalidade ambiental de massa. É que o útil, o proveitoso, o vantajoso em termos preventivos para o meio ambiente natural (logo para as atuais e também para as gerações futuras) – não pode ser perseguido a qualquer preço.

Também se não pode desconhecer que a punibilidade de comportamentos de reduzido conteúdo de ofensividade fica a dever-se, disso estamos convictos, ao temor do legislador de que eles se venham a replicar em massa (delitos de ação massiva perigosa). Mas uma tal injunção de política legislativa, que parece conduzir a uma intensiva eticização da constelação em que se encontram anichadas as normas modeladoras da tutela penal do ambiente, reclama – não do direito penal positivo, mas antes da própria ciência (dogmática) penal – um ferramental (também ele adscrito aos fins político-criminais) capaz não de flexibilizar a imputação, mas sim de viabilizar uma limitação teleológico-racional a esses novos artefactos normativos sotoposicionadores da ofensividade penal, em ordem a obstar que o direito penal do ambiente venha a transformar-se em um instância moralizadora,

(¹⁶⁴⁴) Demais disso, pela óptica da imputação objetiva também se pode impor restrições à responsabilização individual, em ordem a que aqueles contributos socialmente adequados, não sejam valorados como risco jurídico desaprovado.

capaz de deflagrar uma histeria coletiva e de apagar as luzes da razão para ascender as fogueiras de uma inquisição ecológica.

Neste ritmo, cumpre articular que, segundo pensamos, o método que melhor estabelece um crivo crítico, senão já um filtro garantístico ao deveras abrangente círculo de punibilidade que abrem os crimes ambientais timbrados pelo signo da acumulatividade, é aquele que lança mão do critério de verificação da efetiva intersecção da conduta contributiva em um contexto de acumulação: um critério objetivo-misto, *i.e.*, empírico-normativo ⁽¹⁶⁴⁵⁾, a ser estudado de forma ainda mais detalhada no vindouro capítulo.

⁽¹⁶⁴⁵⁾ Sem, no entanto, vincularmo-nos a um ontologismo de moldura finalista subscrevemos o entendimento de MIR PUIG quando este autor, com esteio em SEARLE, esgrima que os conceitos “não são puros reflexos necessários da realidade, mas elaborações humanas baseadas em um consenso social contingente”. Daí que “junto ao fático há que reconhecer o papel decisivo do normativo, e o fático tampouco se esgota no naturalístico-causal, nem em sua dimensão subjetiva”. Logo não se pode “negar tampouco a necessidade de uma base empírica aos factos relevantes para o direito penal”. V. MIR PUIG, Santiago, “Limites del Normativismo en Derecho Penal”, *in: Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, T. 1 (Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Política Criminale), Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 455 ss., p. 463.

CAPÍTULO X

O CONTRIBUTO SINGULAR À LUZ DO “CONTEXTO DE ACUMULAÇÃO”

1. Acumulatividade penal à luz da noção de crime de perigo abstrato em “contextos instáveis”; 2. Contexto instável de acumulação como critério objetivo-normativo de verificação da perigosidade da conduta; 3. Contexto instável de acumulação como requisito adicional a que se perfaça uma condição objetiva de punibilidade; 4. Breve olhar para a legislação penal portuguesa: possibilidade de um delito cumulativo de *lege lata*? 5. Considerações do Capítulo.

Sentimos que mesmo depois de serem respondidas todas as questões científicas possíveis, os problemas da vida permanecem completamente intactos

Wittgenstein

1. Acumulatividade penal à luz da noção de crimes de perigo abstrato em “contextos instáveis”

No que toca aos complexos problemas que envolvem os crimes de acumulação um autor como FÁBIO D’AVILA cuidou de empreender a verificação de sua “viabilidade dogmática” com o propósito de testar se condutas inócuas quando singularmente consideradas, mas em conjunto lesivas, “preenchem os requisitos de uma ofensividade de cuidado-de-perigo e assim também as exigências materiais de um ilícito-típico de perigo abstrato que se pretende constitucionalmente legítimo” ⁽¹⁶⁴⁶⁾. De facto, com a intencionalidade de investigar detidamente a ideia de acumulação observa

⁽¹⁶⁴⁶⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p.386.

D'AVILA, logo à partida, que o *punctum saliens* da fundamentação teórica do delito cumulativo reside exatamente na inidoneidade da conduta singular para “lesar o objeto de tutela da norma”, problema (de “ausência de perigosidade”) que, como se sabe, KUHLEN intentou resolver com o emprego de uma hipótese “realista” de acumulação, buscando aí, na precisa análise de D'AVILA, o seu “conteúdo de significação jurídico-penal” (¹⁶⁴⁷).

Diga-se logo de saída que, pese não recepcionar a noção de delito cumulativo nos precisos termos em que propugnada por KUHLEN (¹⁶⁴⁸), não recusa aquele autor, pelo menos não de modo absoluto, a “viabilidade dogmática” dessa teoria. Propõe-se, então, à tarefa intelectual de realizar – sempre por intermédio da categoria do cuidado-de-perigo – uma interpretação restritiva da dogmática da acumulação, colimando desse feitio possibilitar um reenvio aos “limites materiais legítimos de um ilícito típico de perigo abstrato”, circunscrito, porém, a um bem delimitado grupo de casos, que denomina de “crimes de perigo abstrato em contextos instáveis” (¹⁶⁴⁹).

Com esse propósito D'AVILA avança uma hipótese em que a utilização industrial de certo gás – já em função de “descobertas científicas que atestam a sua danosidade ao meio ambiente (danos à camada de ozônio), uma vez alcançados determinados índices na atmosfera” – é objeto de proibição por um tipo penal de perigo abstrato. Tal gás, aduz, revela-se totalmente inofensivo quando observa-se sua colocação em circulação apenas por uma única e bem específica indústria. Com o passar dos anos, prossegue o citado autor, constata-se que todas as indústrias que manipulavam o referido gás finalmente o substituem por um símile inofensivo, exceto uma única unidade fabril que, malgrado a proibição, ainda o emprega. Em continuidade afirma que “tratando-

(¹⁶⁴⁷) D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p. 388 e s.

(¹⁶⁴⁸) Designadamente por entender que ela violaria o postulado da ofensividade, uma vez que consentiria com a possibilidade de uma ofensa penal não fundamentada na confrontação entre a conduta individual isolada e o bem jurídico sob tutela, e, para além disso, somente recuperaria algum conteúdo de significado “quando considerada a hipótese de sua repetição, a partir de um suposto conjunto de condutas semelhantes à praticada”. V. D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], 2005, p. 390.

(¹⁶⁴⁹) D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p.391.

se de um crime de perigo abstrato o tipo estaria formalmente preenchido pela produção ou utilização do gás”, para subsecutivamente indagar se em um tal contexto o facto narrado também lograria realizar materialmente o ilícito-típico em tela. Em seguida argumenta que a considerar-se a conduta no sentido sugerido pelos teóricos do delito cumulativo, o facto, ao ser praticado por diversas indústrias, revestir-se-ia de ofensividade. Entrementes, pondera que na conjuntura sugerida pela hipótese em questão, ou seja, interrompido o processo de nociva acumulatividade, o sancionamento da conduta já não constitui a solução mais escorreita a dar-se ⁽¹⁶⁵⁰⁾.

Bem, apresentado o caso, o mencionado autor realça que ele tem o mérito de colocar em evidência um aspecto, que entende como determinante para franquear-se uma adequada inteligência da ofensividade no turbulento horizonte do delito cumulativo, a saber: o *contexto*. É que na hipótese trabalhada por D’AVILA a conduta não sofreu qualquer mudança, tendo permanecido inalterada e, portanto, em tese, ainda passível de acumulação; no entanto, segundo ajuíza, e bem: – *o contexto mudou*. Nas exatas palavras do autor: “Não se trata aqui de uma questão de acumulação de condutas, mas dos efeitos de uma determinada conduta em um contexto de grande instabilidade. Daí preferirmos denominar este interessante grupo de casos de *crimes de perigo abstrato em contextos instáveis*” ⁽¹⁶⁵¹⁾.

Essa leitura da acumulação, se a mirarmos com a atenção devida, encontra-se teoricamente fundada na ideia de alterabilidade contextual, restrita, segundo o parecer de D’AVILA, a um delimitado grupo de casos relacionados à tutela do meio ambiente. Todavia, também sustenta que não será qualquer contexto que poderá emprestar conteúdo de ofensividade à conduta em si mesma inócua para afetar o bem jurídico: somente uma conjuntura de instabilidade poderá revelar-se apta a deslocar o foco do problema da acumulatividade para um “contexto situacional de instabilidade” ⁽¹⁶⁵²⁾.

⁽¹⁶⁵⁰⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p.391.

⁽¹⁶⁵¹⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p.391.
Cursiva do autor.

⁽¹⁶⁵²⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, ob. cit. [n. 91], p.392.
Aliás, em um outro texto, onde procurou solidificar um pouco mais tal proposta, o mencionado autor é taxativo: “(...) é o contexto, e não a acumulatividade da conduta que deve merecer a

Na prossecução da análise e orgânica estruturação dessa proposta, e também em conformidade com “exigências materiais de legitimidade”, leva-a o nomeado autor a um confronto com a figura tradicional do perigo abstrato, que perfilha como categoria normativa edificada com base na concepção ou ideia de “noção relacional” – a exprimir a íntima conexão entre a conduta típica e o objeto de tutela penal – a partir da qual, pondera, poderá construir-se uma teoria dogmaticamente satisfatória de ofensa de cuidado-de-perigo, decomponível nas unidades: “possibilidade de afetação do bem jurídico” e “não insignificância dessa mesma afetação” ⁽¹⁶⁵³⁾.

Depois, pontifica que diversamente do que se passa com a costumeira figura do perigo abstrato, em que a ofensividade de cuidado-de-perigo terá à disposição uma conjuntura ou contexto em que comparecem todos os “fatores exigidos para a configuração da ofensa e que, portanto, permite afirmar ou negar o prognóstico de *possível dano*” ⁽¹⁶⁵⁴⁾, tal já não teria lugar no âmbito dos contextos instáveis, posto tratar-se de situações em que desde uma perspectiva *ex ante* nem todos os fatores importantes se dão a conhecer ou se mostram susceptíveis de apreensão cognitiva. Em tais ambientes de alta instabilidade – prossegue – é possível constatar a presença de fatores oscilantes e até desconhecidos (não raro apenas prováveis ou possíveis como, e.g., contributos de terceiros para a poluição atmosférica), fatores esses que uma vez associados a outras determinantes, “condicionam a possibilidade de afetação da conduta”, e, uma vez conglobados todos os fatores relevantes

nossa atenção”. V. D’AVILA, Fábio Roberto, “O ilícito penal nos crimes ambientais”, *cit.* [n. 120], p. 49.

⁽¹⁶⁵³⁾ D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p.392.

⁽¹⁶⁵⁴⁾ Daí poder realizar-se – força da conduta desvaliosa projetar-se em um “ambiente estável” – um juízo *ex ante* de prognose, seja assertivo, seja até de recusa quanto a um possível dano ao bem jurídico, já como “critério objetivo de uma ofensa de-cuidado-de-perigo”. O autor em destaque remete, então, a modo de exemplo, à conduta de atear fogo em uma casa, quando a não serem tomadas adequadas medidas de precaução, ou seja, a depender do contexto, pessoas podem ser vitimadas; é dizer a depender do contexto em que a conduta venha a projetar-se poderá afirmar-se ou negar-se “a possibilidade de dano ao bem jurídico (...). Contexto esse que na normalidade dos casos, fornece *in concreto* todos os elementos necessários a essa verificação”. V. D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p. 392.

poderá a conduta condicionar tanto uma ofensividade de cuidado-de-perigo, como uma ofensa de resultado de dano-violação.

Observe-se que para D'AVILA enquanto a combinação de todos os fatores relevantes nos crimes de perigo abstrato (*stricto sensu*) dá lugar a um juízo de *possibilidade* de dano ao bem jurídico ⁽¹⁶⁵⁵⁾, tal moldura fática (conjugação de todos os fatores condicionantes), uma vez trasladada para um crime ambiental de contexto instável, conduzirá já a um “indubitável resultado de dano/violação”, vez que – ainda segundo o magistério do autor *sub studio* – aqui, diversamente do que se passa na primeira situação (em que o bem jurídico tutelado não está necessariamente posicionado no perímetro de influência do perigo), pode constatar-se que “em razão da conformação do ilícito-típico e da matéria de proibição, ele estará através da sua expressão fenomênica, invariavelmente presente” ⁽¹⁶⁵⁶⁾.

De modo que caberá ao juiz ou ao tribunal averiguar se a conduta projetou-se em um “contexto de instabilidade exigido pela norma, isto é, um dado contexto em que é possível a conjunção dos fatores necessários ao dano do bem jurídico”. Demais disso, também advoga que “a possibilidade que normalmente está voltada à entrada do bem jurídico no raio de ação do perigo, aqui se volta à conjunção dos fatores contextuais, uma vez que o bem jurídico já se encontra no raio de ação do perigo”. Ainda esclarece que, “em realidade, é o ambiente de instabilidade que nos fornece os dados necessários não só para o acerto da possibilidade de dano, como também para o próprio conteúdo de significado dessa mesma possibilidade, isto é, a sua não insignificância” ⁽¹⁶⁵⁷⁾.

Deve-se vincar que para o citado autor a solução que propõe não tem o propósito de reforçar a dogmática da acumulação nos termos apresentados por KUHLEN. Também deixa logo assentado que a noção de ofensa de cuidado-

⁽¹⁶⁵⁵⁾ Decorrente, segundo a noção de perigosidade em abstrato desenvolvida pelo autor, da “intersecção da esfera de manifestação do bem jurídico com a esfera de ação do perigo”. V. D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p. 393.

⁽¹⁶⁵⁶⁾ D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p.393.

⁽¹⁶⁵⁷⁾ D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p.394.

de-perigo em contextos instáveis não outorga as ferramentas dogmáticas para, por exemplo, situações como aquela em que o sujeito arroja resíduos orgânicos no Meno (¹⁶⁵⁸), estimando que, *in casu*, mesmo se tomada em consideração uma configuração situacional marcada pela instabilidade dos fatores contextuais, ainda não caberia fundamentar uma imputação penal, que, somente seria de justificar-se numa hipótese de extrema instabilidade, indiciadora já de um “verdadeiro caos ambiental”, a sinalizar com a “possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico” (¹⁶⁵⁹).

Advirta-se, finalmente, que D’AVILA termina por transigir, pese não se tenha permitido verticalizar o desenvolvimento do conceito, que a noção de instabilidade contextual pode colaborar para recuperar parcialmente a significância do contributo individual, não porém sob uma mera hipótese de repetição, mas como “elemento real inserido, *v.g.*, quer na aferição do grau de poluição já existente em uma determinada região, sob uma perspectiva estática, quer como elemento inserido nos índices variáveis de emissão, permitida ou não, que são verificados em uma determinada área, sob uma perspectiva dinâmica” (¹⁶⁶⁰).

2. Contexto de acumulação como critério objetivo-normativo de verificação da ofensividade da conduta

Assumindo a proposta delineada no tópico precedente como ponto de partida, mas, consoante restará evidenciado, sem com a mesma coincidir integralmente, entendemos por contexto de acumulação, a conjuntura em que em razão da conjugação de heterogêneos e flutuantes fatores pode contemplar-se, objetivamente, uma elevada *propensão* ao surgimento de efeitos de cumulação, soma ou sinergismo, efeitos estes capazes de arrastar o bem jurídico ecológico (mercê quaisquer de suas componentes) já para uma ofensa de dano.

Dito isso, cumpre logo asserir que um contexto de acumulação apresenta pelo menos duas marcantes características: as notas da

(¹⁶⁵⁸) Ver o exemplo citado no ponto 5.1., do Cap. VI, *supra*.

(¹⁶⁵⁹) D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p.395.

(¹⁶⁶⁰) D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, *ob. cit.* [n. 91], p.395.

complexidade e da instabilidade. Trata-se, em boa verdade, de uma *conjuntura compósita* que se singulariza de modo muito particular pela continuada intervenção (de regra massiva), no palco ambiental, do *fator antrópico*. De outra banda, como aspectos empírico-normativos constitutivos de um contexto de acumulação, cumpre elencar:

- a) Combinação simultânea ou sucessiva de várias cadeias causais, a densificar um entorno ou “campo causal” constituído por múltiplos e dosificados contributos individuais, geralmente da mesma espécie, realizados em concurso uniforme não vinculado;
- b) Campo espacial delimitável (e.g.: um determinado setor de um curso fluvial; um certo habitat onde anicham-se exemplares da fauna ou da flora em risco de extinção; um centro urbano a apresentar forte concentração de poluentes etc). Trata-se, enfim, do aspecto territorial do contexto;
- c) Campo temporal aberto (a traduzir-se, pese a intrínseca instabilidade contextual, em uma perdurabilidade do processo cumulativo às faixas temporais breves).

Cabe vincar que na dramaturgia da *deviance* ambiental, e com atenção à noção de ofensividade – já em função da acima referida indeterminação temporal – para fins normativos (de índole acessória ou extrapenal) é a *componente espacial* do contexto cumulativo que se apresenta decisiva para a determinação deste, daí poder falar-se em verdadeiros *territórios de acumulação*.

Com rigor, no marco de um delito cumulativo, o efetivo ingresso da conduta singular em um “território de acumulação” – dêse que o aporte individual tenha logrado ultrapassar o limiar de significância ⁽¹⁶⁶¹⁾ – produz já uma afetação do bem jurídico: um contributo-dano às funções ecológicas desempenhadas pela entidade ou componente ambiental atingida (expressão

⁽¹⁶⁶¹⁾ Sobre esse conceito, o item 5.1., do Cap. IX, *supra*.

fenomênica do bem jurídico). Isto é, uma lesão efetiva em uma das entidades ambientais (¹⁶⁶²).

Na hipótese de não mostrar-se factível demonstrar o ingresso da conduta inquinante na órbita gravitacional de um contexto real de acumulação, conquanto tenha ela vindo a ultrapassar os valores-limite previamente fixados – já em função da estruturação normativa do contexto (sempre aproximativa) afinal levada a efeito pela norma administrativa (instrumento este que apresenta uma plasticidade mais vigorosa que a norma penal) –, o aporte singular não ostentará qualquer grau de ofensividade, *i.e.*, qualquer aptidão para lesar o bem jurídico coletivo tutelado.

Teme-se, como se sabe, e com razão, que a criminalização de condutas em si mesmas insignificantes possa resultar em uma acentuada expansão da geometria penal. Contudo, consoante temos vindo a demonstrar, a punição de uma conduta aparentemente inócua – no estrito arquipélago dos delitos ambientais – ficará, sempre, a depender do contexto em que praticada a ação. Para chegarmos a uma tal conclusão não se faz necessário qualquer metanoia, basta levarmos a efeito uma singela mudança de perspectiva, *da ação* → *para o contexto* no qual ela ingressa.

Também merece assinalado que a proposição do delito cumulativo em sua vertente primígena (¹⁶⁶³) põe, a nosso sentir, demasiada ênfase no mitigado desvalor individual do contributo, o qual deverá, tão-somente, pertencer a uma categoria de ação que, uma vez realizada em grande número, provocará um dano ou um perigo (perigo intrínseco) ao bem jurídico penalmente tutelado – e nenhuma relevo na concreta realidade contextual sobre a qual a ação projeta-se.

Queremos significar que uma conduta teoricamente acumulável, em tese formalmente subsumível a um tipo de ilícito cumulativo que, todavia, não venha a demonstrar um grau mínimo de lesividade que a faça transpor o umbral de significância, nem introduzir-se ou intersectar um bem delimitado *território de acumulação*, já no plano das consequências do facto não se

(¹⁶⁶²) Veja-se o ponto 7.3., do Cap. VIII, *supra*.

(¹⁶⁶³) KUHLEN, conforme acima foi estudado (Cap. VI, item 5, *supra*), admite que uma ação insusceptível de colocar em perigo abstrato um bem jurídico coletivo pode, ainda assim, configurar um delito cumulativo. Proposição que, evidentemente, rejeitamos.

revestirá de uma qualquer ressonância lesiva ao meio ambiente, posto que inepta a “profanar” o bem jurídico coletivo em questão. Dito agora em metafórica tonalidade: produzirá um efeito equiparável a um solitário agitar de asas de borboleta no Pacífico – logo não provocará qualquer tufão nas costas caribenhas!

Em síntese: só haverá sentido em cogitar da conveniência político-criminal em punir-se uma conduta *per se* impossível de ambicionar atingir um bem jurídico de calibre macrossocial caso esta venha, efetivamente, a penetrar – de forma larvar ou ostensiva – em um território de acumulação ⁽¹⁶⁶⁴⁾,

⁽¹⁶⁶⁴⁾ Vislumbremos agora um caso situado à margem da topografia ambiental mas que tem o mérito de apresentar fortes virtualidades explicativas – posto ligar-se a um bem jurídico individual fortemente arraigado em nossa cultura – e, deste modo, revela-se útil ou instrumental para uma mais aguçada compreensão da problemática da acumulação. Tenhamos então presente a hipótese de um caminhão que ao transportar pesada carga constituída de barras de chocolate venha a tombar em uma das perigosas autopistas brasileiras. Suponhamos agora que das cerca de 5.000 mil unidades daquele produto, tão-somente 05 (cinco) peças tenham sido subtraídas por “A”, habitante do pequeno vilarejo “V”, situado nas margens daquele leito carroçável. Bem, *in casu*, tendo em conta cuidar-se a conduta descrita de um crime de bagatela, posto que sem qualquer aptidão para lesar ou colocar em perigo o bem jurídico em causa, temos que é imperativo aplicar-se o princípio da insignificância. Façamos agora uma pequena modificação no problema em disceptação para considerarmos que os autos informam-nos que, por ocasião do acidente, cerca de 50 (cinquenta) pessoas encontravam-se bem próximas ao local do sinistro e, inspiradas no comportamento de “A”, no intervalo de poucos minutos, por mimetismo, mas sem qualquer vínculo associativo, reiteraram aquela ação de modo a subtraírem toda a volumosa carga. A bem de ver, constituiu-se ali um peculiar contexto de acumulação estruturado por um comportamento de massa que, ao fim e ao cabo, traduziu-se numa ofensa de dano ao bem jurídico. De observar que os contributos individuais parcelares, malgrado risíveis quando perspectivados de modo isolado (resultado parcial), uma vez somados, resultaram num prejuízo significativo (resultado global). Dito de outro modo: a ação que ao ser individualmente perspectivada mostrara-se de somenos importância, quando observada à luz do contexto real de acumulação apresentara uma outra face, vindo a merecer um claro juízo de desvalor necessariamente vinculado à “obra” ou resultado global. Mais. O contributo singular na segunda variante do problema apresentado restou imantado de desvalor porque ainda que inexistente qualquer vínculo de cumplicidade ou comparsaria entre os agentes, o agir coletivo de natureza cumulativa colocado em movimento, desde à partida permitia a cada *autor paralelo* (“A”, inclusivamente) realizar, *ex ante*, um juízo de prognose quanto a um resultado gravoso, em face do qual todos os agentes permaneceram, afinal, censuravelmente indiferentes.

integrando-se, dessarte, em um processo causal que resultará, invariavelmente, numa ofensa de dano-violação a uma das componentes ambientais (por exemplo: o meio aquífero).

Diga-se mais. Conquanto formalmente típica e abstratamente acumulável a não demonstração empírico-objetiva do ingresso da conduta em um contexto cumulativo ergue-se qual barreira intransponível à responsabilização penal do comportamento. É que em situações deste jaez o aporte singular não concorrerá para afectar um bem jurídico de dimensão coletiva (um bem dotado de singular capacidade de resistência a ataques episódicos ou randômicos).

Ergo, *prima vista*, a conduta singular que permanecer posicionada externamente a um contexto de acumulação é, à luz da noção de ofensividade, *materialmente* atípica porque insusceptível de impactar o equilíbrio existencial de quaisquer das componentes de um bem jurídico de dimensão macrossocial. Aliás, neste registo deve-se dizer que a figura deveras plástica e cambiante do contexto de acumulação é inerente, senão já parasitária dos bens jurídicos coletivos anichados no microssistema ambiental.

Por outra margem, na hipótese de o contributo singular situar-se aquém do valor-limite estabelecido também ficará preservada sua condição genética primordial de comportamento insignificante. Também aqui deve excluir-se a tipicidade da conduta. De outro lado, se constatado restar que a ação ultrapassara aquele limiar ou portal, mas se não tenha configurado uma conjuntura situacional de acumulação (ou esta já tiver se dissipado), consoante asseverámos, terá faltado de qualquer sorte à conduta antiambiental conteúdo material de ofensividade para afetar o bem jurídico coletivo em causa.

A seguir-se o fio condutor destas páginas haverá de deduzir que o comportamento que venha a infringir diretamente uma disposição legal ou uma autorização da autoridade administrativa competente, fixada com baldrame na primeira, mas não ingressar em um contexto real de acumulação, não poderá ser considerado, para efeitos imputacionais, um contributo merecedor de resposta penal, posto que inidôneo ao aperfeiçoamento (material) do tipo. Logo, no âmbito de um delito cumulativo não basta constatar que a emissão ou imissão são adequadas para produzir dano por haverem ultrapassado os

valores-limite fixados na norma extra-penal. Todavia, em casos tais, nada obsta, em princípio, que lhe seja imposta uma coima (contraordenação social).

Tal-qualmente encontrar-se-á isenta de censura de desvalor, tanto de ação como de resultado, a conduta que embora subsumível à narrativa típica, revele-se – por ocasião do acerto – inócua a provocar qualquer abalo ao bem jurídico em face da demonstração fenomênica de que o contexto (sempre instável) em que ela supostamente ingressara, mudara já à época do facto. Nesta hipótese o tipo restará igualmente esvaziado de conteúdo material de ofensividade.

Em reforço ao que ora se expende cabe fincar que o específico objeto de tutela da norma permanecerá inabalável – de lembrar-se a sua singular “capacidade de resistência” – caso o aporte individual não calhe infiltrar-se nos interstícios de um contexto de acumulação. Neste sentido a conduta singular que não imitar-se em um território de acumulatividade não representará sequer um perigo abstrato para um bem jurídico coletivo, muito menos ainda um contributo-dano com aptitude para turbar as funções ecológicas. Do que fica pensado cumpre-nos enfatizar que no marco de um delito cumulativo haverá mister, em termos bem esquemáticos, investigar:

a) a presença ⁽¹⁶⁶⁵⁾ de um contexto real de acumulação, delimitável a partir da fixação da chamada “zona de relevância”;

b) o peso (causal) próprio do aporte individual (bastante, por si mesmo, para transpor o “limiar de relevância” [¹⁶⁶⁶]).

c) o efetivo ingresso ou intersecção do contributo singular na esfera de ressonância lesiva ⁽¹⁶⁶⁷⁾ do contexto de acumulação.

⁽¹⁶⁶⁵⁾ É que o contexto pode, em razão de sua ingênita instabilidade, simplesmente, não mais existir.

⁽¹⁶⁶⁶⁾ Transgredindo, pois, preceitos (valores-limite) extrapenais emanados da pública administração.

⁽¹⁶⁶⁷⁾ Posto que o objeto de tutela da norma “já se encontra no raio de ação do perigo”.

Também cumpre-nos enfatizar que o necessário juízo de verificação do ingresso do contributo singular em um contexto instável de acumulação atua (ao exigir, no caso concreto, uma base ôntica mínima [¹⁶⁶⁸] apta a reforçar, *a posteriori*, o juízo propositivo de prognose realista realizado previamente pelo legislador) qual crivo garantístico orientado a evitar a punição do mero comportamento – quiçá a título de pedagogização social – com a pesada clava do direito penal.

Cabe ainda exprimir que a simples realização de conduta singular, em tese acumulável, não é, por si mesma, indiciária da existência de um contexto de acumulação. Não basta, pois, segundo é o nosso entender, pertencer o aporte individual a uma certa categoria da ação para que se lhe possa imputar *tout court* uma responsabilidade penal. Uma tal orientação resultaria em inequívoca responsabilidade objetiva (ou sobreatribuição de responsabilidade – a ser logo espancada), senão já em uma punição da mera desobediência.

Do que fica exposto já se pode depreender que o contexto situacional de acumulação é expressão real e fática da conglomeração de condutas idênticas ou bem assemelhadas, somente deste modo individualmente lesivas (contributo-dano) às componentes ambientais. Com rigor toda e qualquer acumulação tem de ligar-se ôntico-normativamente a um determinado contexto espaço-temporal; é que sem uma tal vinculação empírico-normativa uma quantidade indizível de comportamentos aleatórios (“random collections”), *i.e.*, sem qualquer *nexo contextual* (logo, sequer perigosos) poderia cair na malha penal.

(¹⁶⁶⁸) Uma observação mais. A necessidade de verificação pelo tribunal da entrada da conduta singular violadora das normas de colmatação em um contexto de acumulação (a culminar em um resultado de lesão) fica bem evidenciada quando toma-se como hipótese de trabalho – aliás, bem atual –, uma espécie animal ameaçada de extinção. Veja-se que na dinâmica movente da realidade determinados fatores contextuais podem ter sido suprimidos e a espécie sob o especial zelo normativo pode não apenas não mais encontrar-se sob o risco de extinção, como até em função da eficácia das medidas de proteção adotadas, senão já do efeito de prevenção da própria lei penal, poderá muito bem agora ter-se – no limite e em aberto contraste com a situação inaugural – uma alta densidade populacional. Uma tal moldura fática, fácil é de perceber, não mais autorizaria falar-se em idoneidade da conduta singular para afetar a fauna animal (a componente ambiental em foco).

De outro giro não negamos, ao partirmos de um ponto de vista crítico, que certas autorizações administrativas concedem ao poluidor-empresário⁽¹⁶⁶⁹⁾, não raro, bem mais do que poder-se-ia admitir como razoável (algo que, em si, já evidencia os riscos de remeter-se toda a questão ambiental para a esfera administrativa). Também defendemos que as licenças e autorizações terão, ao fixarem (sempre com vinculação às normas administrativas) os valores-limite inultrapassáveis para a atividade autorizada, necessariamente que levar em consideração se há ou não probabilidade de formação de um contexto de acumulação. Acresça-se que autorizações para emissões ou imissões que venham a ignorar a existência de um contexto de acumulação devem ser tidas por nulas, uma vez que aqui já não mais se estará, isto é de uma evidência meridiana, diante de uma poluição controlada e realizada com o escopo de garantir um desenvolvimento econômico sustentável ⁽¹⁶⁷⁰⁾, antes e a todas as luzes, perante um acentuado risco de degradação que, no limite, afetará, a longo prazo, a própria atividade econômica e o bem-estar de um número difuso de pessoas (sujeito passivo indeterminado).

De tudo que ficou dito e ponderado cumpre ainda assinalar que, com o admitirmos a possibilidade de acolhimento da noção de delito cumulativo no microsistema penal do ambiente não estaremos a assumir ou a postular a vertebração de uma nova técnica legislativa destinada à construção de tipos acumulativos. Trata-se, é bem de ver, de um conceito de gênese dogmática, voltado à *interpretação* de um bem delimitado número de tipos de ilícito, bem como à imputação de certos comportamentos, e que exige, sempre, por forma a impor-se um imprescindível crivo crítico-garantístico, a demonstração do ingresso da ação contributiva em um bem delimitado contexto de acumulação.

⁽¹⁶⁶⁹⁾ Defendendo que o “direito do ambiente” é um direito muito mais econômico do que jurídico, bem como estimando que “importante é chegar a uma gestão ecológica da economia”, BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica*, *ob. cit.* [n. 691], p. 62.

⁽¹⁶⁷⁰⁾ Sábias as palavras de MALARÉE: “A necessidade de desenvolvimento esmaga e impede o nascimento de uma consciência ecológica. Por isto, se não pode estranhar que é justamente nos países mais desenvolvidos onde dita consciência se manifesta com mais força e eficácia”. V. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, *cit.* [n.1344], p. 1.423.

A exigência de ingresso do contributo singular em um contexto instável de acumulação (elemento empírico-normativo adicional) desempenha, pois, uma clara função de garantia e espanca censuras (normalmente lançadas à figura do delito cumulativo) de que se estaria perante uma criminalização fortemente antecipada.

3. INTERSECÇÃO COM UM CONTEXTO DE ACUMULAÇÃO COMO REQUISITO ADICIONAL A QUE SE PERFAÇA UMA CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

O contexto instável de acumulação de que vimos falando efetivamente não constitui, bem vistas as coisas e consoante deixámos insinuado, um elemento objetivo da *descrição típica* (reforça este entendimento o inteligirmos que ao estruturar um delito cumulativo com a intencionalidade de prevenir a reiteração de comportamentos com propensão à replicação caberá ao legislador moldar o tipo legal de forma a que o agente seja responsabilizado pelo “seu” facto. Não poderá, de conseguinte, figurar no tipo incriminador, qualquer referência expressa ao comportamento de terceiros), mas assume a função de conjuntura indispensável à configuração de uma condição objetiva de punibilidade.

Importante é vincar que o Parlamento deverá assinalar, de modo claro, que a consequência da ação inquinante terá de assumir uma *forma grave* como exigência adicional – aliás, impende logo exprimir que esta imposição encontra fundamento na peculiar natureza tenaz do bem jurídico ambiental ⁽¹⁶⁷¹⁾. A exigência de configuração de um resultado grave prende-se ao facto de o bem jurídico em causa apresentar (quando perspectivado globalmente) uma natural capacidade de resistência. Logo, não será qualquer conduta que o poderá afetar de maneira juridicamente relevante. Donde, só adquirirá alguma relevância – força já da quase intangibilidade do bem em disceptação – o sucesso que apresentar-se como de natureza grave, a entender-se como tal,

⁽¹⁶⁷¹⁾ Lembramos que sem imitar-se em um contexto de acumulação a conduta do agente (mesmo quando levada a cabo por uma pessoa jurídica) não poderá romper a rígida malha, “rectius”, a resistente envoltura peculiar à natureza (relativamente intangível) do bem jurídico coletivo *sub analyse*.

apenas, resultados (duradouros) de dano-violação (e não um mero perigo) a uma componente ambiental dada.

De outra margem, para que uma conduta (desenvolvida por pessoa singular ou coletiva) possa ocasionar um abalo de alguma gravidade nas funções ecológicas desempenhadas pela componente ambiental que encontrar-se sob ataque, terá a ação inquinante não apenas de ultrapassar o já estudado limiar de significância como, a uma só vez, impõe-se que ela também venha a imitar-se em um bem recortado contexto de acumulação.

Por forma que a poluição ou degradação grave a exigir-se em um ilícito típico de acumulação, bem é de ver, só poderá ter lugar no plano do real normativo na hipótese de o singular contributo (em si mesmo portador já de um peso próprio mínimo que lhe permita superar suspeitas de insignificância) vir a intersectar o âmbito ou território de influência de um contexto instável de acumulação – circunstância esta que, é mister fincar, assume, em termos dogmáticos, natureza assemelhada a de uma condição objetiva de punibilidade.

Reforça o entendimento ora esposado o constatarmos que o contexto de acumulação congloba um conjunto de factores de ordem objetiva que encontra-se fora da esfera de domínio do agente e que também está posicionado externamente à culpabilidade do autor; ou seja, o contexto situacional de acumulação não é produto de um comportamento dominado pela vontade do contributor, circunstância que, evidentemente, não afasta a causalidade do contributo individual para o resultado global (sempre grave, precisamente em função da existência do contexto cumulativo). Advirta-se, também, que o contexto cumulativo, isto é mesmo de uma lógica palmar, não é causado pelo agente. Sem embargo, o resultado ⁽¹⁶⁷²⁾ (em sua concreta configuração) de afetação grave das funções ecológicas de uma componente ambiental decorre diretamente da intersecção do contributo individual com o contexto situacional de acumulatividade. Mas, o contexto de acumulação, é mister observar, não se confunde com o resultado.

⁽¹⁶⁷²⁾ É meridiano que não se está aqui a afirmar que o resultado de afetação do bem jurídico assumo o papel de uma condição objetiva de punibilidade.

De ver-se, pois, que força da natureza parcialmente intangível do bem jurídico em causa a sua afetação ficará, de regra, a depender da existência de um contexto instável de acumulação no âmbito territorial em que praticada a conduta. Só assim reveste-se tanto a ação (indiferente ao bem jurídico coletivo quando tomada individualmente), como o resultado (ofensa de dano-violação ao meio ambiente) de uma peculiar relevância jurídico-penal, vindo o ilícito, então, a atingir ressonância ético-social.

Algumas observações ainda. O contexto de acumulação é requisito externo-objetivo indispensável à que se perfaça a condição de punibilidade, mas não é a condição em si mesma. É a intersecção do aporte singular com a esfera de influência lesiva do contexto de acumulação – a ensejar que o contributo do agente também possa investir-se de conteúdo material de ofensividade – que há de ser interpretada como aperfeiçoamento, no plano empírico, da condição objetiva de punibilidade ⁽¹⁶⁷³⁾. Desse modo, da eventual não intersecção do aporte singular com um contexto de acumulação resultará que, malgrado formalmente típico, o comportamento incriminado não será punível.

Mais ainda. O contexto de acumulação além de extrínseco não funda a culpabilidade do agente. É dizer, o contexto situacional de acumulação, *per se*, não interfere na valoração da reprovabilidade do comportamento do autor ⁽¹⁶⁷⁴⁾. Reprovável é tão-só a prática e as consequências reais do ato de natureza acumulável. O contexto apenas confirma a natureza reiterativa e acumulativa da ação inquinante. O contexto de acumulação de facto *atesta* a reprovabilidade do comportamento mas não integra nem reforça o juízo de censura. O agente é responsabilizado pelo seu contributo (facto punível) – e não pelo aporte dos demais agentes –, que assumirá uma natureza gravosa (e somente assim punível) precisamente em função do ingresso, não inteiramente casual (força da previsibilidade ou factualidade do agir cumulativo paralelo a fundar uma consciência da potencialidade lesiva do contributo individual:

⁽¹⁶⁷³⁾ Circunstância adicional conexa ao facto punível e que, evidentemente constitui um *minus* em relação ao problema central da ofensividade.

⁽¹⁶⁷⁴⁾ Outra coisa é a valoração que se possa imprimir ao comportamento do agente (e também às consequências do seu ato) quando evidenciado restar que o autor podia plenamente contar com a repetibilidade do comportamento (cumulativo) de terceiros (autoria paralela aditiva).

representação do dano global ou coletivo) do aporte singular próprio – portador de uma limitada, porém *contextualmente* não insignificante carga danosa – em uma conjuntura de acumulação.

Diga-se, finalmente, que nos delitos de ação massiva realizados em hostilidade a bens jurídicos coletivos, “*rectius*”, ao meio ambiental natural, a referida condição objetiva vem *indiciada* pela exigência – a ser normativamente cunhada no preceito primário – de que a degradação ambiental assuma uma “forma grave”.

4. Breve olhar para a legislação penal portuguesa: Possibilidade de um delito cumulativo de *lege lata*?

Recentes alterações na Legislação Penal Portuguesa, introduzidas pela Revisão de 2007 ⁽¹⁶⁷⁵⁾, exigem-nos uma confessadamente sucinta abordagem orientada a verificar se integrou a intenção tipificadora do legislador de revisão dar albergada à controvertida figura do delito cumulativo. Diga-se, logo à partida, que no capítulo consagrado à tutela do ambiente pode divisar-se a existência de crimes que protegem o ambiente diretamente (art. 278º: Dos danos contra à natureza; e art. 279º: Poluição) e crimes que só indiretamente (275º: Atos preparatórios; 277º Infração de regras de construção, danos em instalações e perturbação de serviços e; 280º. Poluição com perigo comum) o salvaguardam ⁽¹⁶⁷⁶⁾. Aqui, advirta-se prontamente, em ordem a não fraturarmos a linha de desenvolvimento argumentativo prosseguida ao longo deste trabalho, só nos caberá curar dos primeiros.

Nesse desiderato, entendemos que, em que pesem os novos matizes de que foi investido o artigo 278º. do CPP, este dispositivo continua a não ostentar o perfil de um delito cumulativo e, já por isso, deixaremos de analisar os seus novos contornos legais para limitar-nos, tão-só, a assinalar que ainda se trata

⁽¹⁶⁷⁵⁾ Lei n.º 59-2007, de 15 de Setembro de 2007, lançada a vigorar pelo Decreto-Lei n.º 400-82, de 23 de Setembro.

⁽¹⁶⁷⁶⁾ Na ajustada síntese de Marta Felino RODRIGUES, *in*: “Crimes ambientais e de incêndio na Revisão do Código Penal”, *cit.* [n. 1407], p. 49 e 68.

de um tipo que estrutura um delito de resultado ⁽¹⁶⁷⁷⁾ (de dano ou de perigo concreto), consistente em: a) eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção; b) destruir habitat natural protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas ou em número significativo; bem como em uma c) grave afetação de recursos do subsolo.

Já no que pertine à classificação da técnica de tipificação da infração ambiental denominada de Crime de Poluição (art. 279º.) a doutrina portuguesa encontrava-se (anteriormente à reforma) bem longe de harmonizar-se ⁽¹⁶⁷⁸⁾. Não obstante, cumpre-nos sobretudo chamar à atenção para um

⁽¹⁶⁷⁷⁾ Antes da reforma Paula Ribeiro de Faria (“Comentário ao art. 278º. do Código Penal, AA.VV., in: *Comentário Conimbrecense do Código Penal – Parte especial*, Jorge de Figueiredo Dias (coord.), tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 932 ss., p. 936), vislumbrava que “pelo menos em parte, a norma do art. 278º. é configurada pela legislação penal em um delito de desobediência”.

⁽¹⁶⁷⁸⁾ Senão vejamos. Entendendo tratar-se de um crime de dano, MOURA, José Souto, “O Crime de Poluição”, *cit.* [n. 1292], p. 34; posicionando-se pela qualificação dos crimes ecológicos formalmente como delitos de desobediência “a prescrições ou limitações impostas, de acordo com a lei, pelas autoridades administrativas competentes”, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, *cit.* [n. 1242], p. 198; postulando cuidar-se de um crime de desobediência qualificada por envolver um dano para o ambiente, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Poluição” (comentário ao art. 279º. do CP), *cit.* [n. 1360], p. 962; perfilando-o como um crime de perigo abstrato, nomeadamente ao fundamento que o legislador não fez expressa menção ao perigo, “bastando-se com a mera presunção de que toda a poluição, em regra, acarreta riscos para o ambiente”, para em seguida aduzir que a ausência de expressa referência do perigo poderia até denotar que se estaria em face de um “crime de lesão”, contudo, segundo crê, tal conclusão “seria anti-intuitiva, desde logo porque (...) um acto isolado contra o ambiente é, em si mesmo insignificante”, pois, segundo defende, “é o efeito somado de sucessivas agressões humanas contra o ambiente que se torna preocupante (cargas poluentes acumuladas), e é necessário prevenir a sua continuação, antes que seja tarde demais”, parecendo, dessarte, quedar-se por um perigo potencial de acumulação, MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, *ob. cit.* [n.189], p.123; já para Teresa Quintela de Brito trata-se de um crime de perigo abstrato-concreto. V. “O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no código penal de 1995”, *cit.* [n. 1360], p. 340; por razões distintas das trazidas à colação por esta ilustre autora, também assume cuidar-se de um crime de perigo abstrato (mas que simultaneamente encerraria um crime de acumulação), v. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p.846 e s.

importante aspecto: a denominada poluição em “medida inadmissível”, que figurava na redação primígena do n.º 3 ⁽¹⁶⁷⁹⁾ do art. 279.º ⁽¹⁶⁸⁰⁾ – foi suprimida⁽¹⁶⁸¹⁾.

De enfatizar que força das alterações intercedentes tem-se agora como elemento do tipo legal, em substituição à locução “medida inadmissível”, a exigência de que o efeito degradativo ou a poluição possuam um certo relevo,

⁽¹⁶⁷⁹⁾ Art. 279.º. 1 – Quem em *medida inadmissível*: a) poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Promover poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos ou de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Se a conduta referida no n.º.1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3 — A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão de poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo. Itálicos nossos.

⁽¹⁶⁸⁰⁾ Redação atual do Artigo 279.º do CPP: 1 — Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; de forma grave, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias; 2 — Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa; 3 — Para os efeitos dos números anteriores, o agente actua de forma grave quando: a) Prejudicar, de modo duradouro, o bem estar das pessoas na fruição da natureza; b) Impedir, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou c) Criar o perigo de disseminação de micro-organismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas.

⁽¹⁶⁸¹⁾ Embora só de modo implícito, a questão da acumulação de condutas poluentes está presente nas considerações que Fernanda PALMA teceu anteriormente à modificação do dispositivo em comento. E, cumpre exprimir, para a referida autora a “medida inadmissível” funcionava como “uma extensão do âmbito da punibilidade resultante da conjugação da violação das normas preventivas de danos ambientais e de comandos da autoridade pública”, colimando ampliar até “um âmbito de perigo menos grave (a não ser pela *repetição da conduta*) a responsabilidade penal (...)”, PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do direito Penal do Ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 81 e s. Itálico nosso.

pois o resultado deverá manifestar-se de “forma grave”, cláusula esta que o legislador de revisão cuidou de estabelecer, expressamente, no n.º 3, alíneas “a” a “c”, do referido artigo, ou seja, quando o agente conduzir-se de forma a prejudicar, de modo duradouro, o bem estar das pessoas na fruição da natureza; a impedir, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou quando criar o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas.

Acresce ainda gizar (pois não se cuida de questão de somenos) que as diversas alterações havidas, mormente quando cotejadas com a redação original, dão agora margem ao entendimento que o legislador optou em estabelecer uma concepção (do bem jurídico ambiental) de inclinação de timbre mais *antropocêntrico*, no que ficou algo subalternizada uma compreensão ecológico-antropocêntrica ⁽¹⁶⁸²⁾ – que reputamos mais consentânea com uma ideia de adequada tutela penal do bem jurídico em causa –. De outra parte, também ficou um tanto mitigada a autonomia do meio ambiente como bem jurídico coletivo ⁽¹⁶⁸³⁾, uma vez que o legislador de reforma fez-se parcialmente refém de uma visão ora economicista (“impedir, de modo duradouro, a utilização de recurso natural”), ora orientada para higidez da saúde pública (“perigo de disseminação de microrganismos ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas” ⁽¹⁶⁸⁴⁾).

Em que pesem essas observações, estamos em crer que uma autonomia residual encontra-se anichada na alínea “a”, n.º 3, do citado normativo (“prejudicar, de modo duradouro, o bem estar das pessoas na fruição

⁽¹⁶⁸²⁾ Assinalando que os referidos artigos 278.º, 279.º e também o art. 281.º, em suas redações originais, indicavam uma tendência do legislador de libertar-se da perspectiva antropocêntrica na medida em que proporcionavam uma proteção imediata dos recursos naturais, GOMES, Carla Amado, “O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *cit.* [n. 1311], p. 49 e s.

⁽¹⁶⁸³⁾ Há entendimento que voga no sentido de que o legislador de revisão “desfigurou a estrutura que havia sido criada (...) deixando cair a tutela directa dos bens jurídicos ambientais”. V. LOUREIRO, Flávia Noversa, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente, enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos*, *ob. cit.* [n. 91], p. 205.

⁽¹⁶⁸⁴⁾ Aqui não há sequer exigência de que tais micro-organismos ou substâncias prejudiciais tenham potencial degradativo para o ambiente. O ambiente é mero instrumento ou suporte de difusão de tais elementos, que devem apresentar nocividade apenas para as pessoas.

da natureza”). De facto, pensamos que aqui ainda é possível flagrar uma certa preocupação do legislador com a preservação dos fundamentos básicos da vida. E, bem vistas as coisas, cuida-se, na realidade, da tutela de um interesse supraindividual que não encontra-se condicionada à concreta identificação de uma ofensa a um qualquer interesse pessoal. (Não há, pois, claramente, qualquer referibilidade a interesses personalísticos). Demais disso, do modo como foi concebido o normativo sob comentário, o meio ambiente não se revê como um bem de valor meramente instrumental e utilitarístico, mas sim como um bem de valor a um só tempo autônomo e funcional; não porém um bem ecológico de valor absoluto, posto que ele também volve-se ao bem-estar do homem. Dito de outro jeito: a proteção daquelas componentes ambientais (água, solos e ar) deve ter lugar com uma finalidade de proteção tanto das presentes, como das futuras gerações.

Dito isso faz-se agora relevante lembrar que a locução “medida inadmissível” remetia à imprescindibilidade de que a conduta (a emissão ou imissão de poluentes) ostentasse valores que excedessem os limites prescritos pela autoridade competente; aliás, quanto a isso FIGUEIREDO DIAS vislumbrava, sem deixar margem para dúvidas, que a “medida inadmissível” poderia ser consequência do potencial acumulativo da conduta imputada ⁽¹⁶⁸⁵⁾; enxergava, pois, no art. 279º., em sua redação original, um delito cumulativo ou aditivo. Também um autor como SILVA DIAS, ao analisar – em sua primitiva composição narrativa – o dispositivo legal ora esquadrinhado, assinalava que este parecia acomodar “condutas poluidoras praticadas num contexto cumulativo” ⁽¹⁶⁸⁶⁾, para depois aduzir que a tanto bastaria que a prescrição administrativa incluísse a “cominação das penas legais” e que o contributo do

⁽¹⁶⁸⁵⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, *cit.* [n. 1242], p. 199, nota 36.

⁽¹⁶⁸⁶⁾ DIAS, Augusto Silva, *Delicta in se e Delicta mere Prohibita*, *ob. cit.* [n. 91], p. 850. Demonstrava o aludido autor, todavia, acentuada irresignação (*ob. cit.*, p. 851) com tal estruturação típica, que lhe parecia significar uma “entorse” aos princípios da ofensividade, culpa e proporcionalidade.

agente viesse a superar os limites de poluibilidade autorizados pela autoridade administrativa (¹⁶⁸⁷).

Posto isso nesses termos fica fundamentalmente por saber se após as alterações realizadas (por mor a supressão da locução “medida inadmissível”) ainda é sustentável sufragar uma interpretação que permita surpreender um delito cumulativo no referido artigo 279º do CP Português.

Para que possamos começar a ajuizar o nosso parecer tomemos como hipótese que o agente “A” ao inobservar regulamentações ou obrigações impostas pela autoridade competente – estabelecidas em conformidade com disposições legais – tenha poluído gravemente o meio aquífero, vindo assim a afetar, de modo duradouro, o bem estar das pessoas na fruição da natureza, incidindo, destarte, nas iras do Artigo 279.º, n.º.1, “a”, c/c o n.º. 3, “a”, do CPP.

Registre-se agora que à luz da legislação pré-morta a conduta típica consistia em por qualquer forma poluir as águas ou solos, ou degradar as suas qualidades em “medida inadmissível” (conceito indeterminado que, em sede jurisprudencial, era interpretado como o *quantum* necessário a caracterizar uma poluição grave [¹⁶⁸⁸]), ao passo que a novel redação estabelece que a gravidade consiste em “prejudicar, de modo duradouro, o bem estar das pessoas na fruição da natureza”.

(¹⁶⁸⁷) O referido autor formulava a seguinte hipótese: “ao abrigo de um poder discricionário conferido por lei, a Administração impõe às fábricas de curtumes que laboram ao longo do curso de um rio limites muito pequenos de descarga poluente, tendo em conta a toxidade dos dejectos e o número elevado de empresas. A imposição destes limites resultou da avaliação realista de que se todas lançassem uma quantidade de detritos superior àquela, feneceriam provavelmente toda a flora e fauna fluviais e poderiam ocorrer consequências nocivas para o ‘padrão de vida’ e mesmo para a saúde das populações ribeirinhas. Se a prescrição administrativa incluir a cominação das penas legais, preencherá todos os elementos do tipo do n. 1 o responsável de uma daquelas fábricas que ordenar dolosamente a evacuação nas águas do rio de uma quantidade de detritos superior à autorizada. Mesmo que tal conduta poluidora, em si mesma considerada, não represente qualquer perigosidade para o bem jurídico”. V. DIAS, Augusto Silva, *Delicta in se e Delicta mere Prohibita*, ob. cit. [n. 91], p. 850 e s.

(¹⁶⁸⁸) Com efeito, o direito pretoriano já acenara no sentido de que o termo “medida inadmissível” correspondia à poluição de “natureza grave”. V., dentre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de Junho de 1999 (n.º 9940405), hospedado no sítio: <http://jurisprudencia.vlex.pt>. (Consulta efetuada em 28 de Agosto de 2010).

Feito esse breve cotejamento bem poderia, numa primeira e perfunctória leitura, ser-se levado a pensar que a modificação procedida não deixou qualquer margem para recepcionar a figura da acumulação, mormente porque, opostamente à legislação derogada, a que está atualmente em vigor aparenta já não permitir a fixação de valores-limite pela Administração, valores que, uma vez excedidos pelo contributo do agente singular, sinalizariam para a existência de uma ofensa ao ambiente natural. Todavia, quer-nos parecer que as coisas não são exatamente como elas a uma primeira análise podem se nos apresentar. Senão vejamos.

Bem, primeiro que tudo é preciso ter presente que a difícil e deveras complexa proteção do meio ambiente não pode ficar ao inteiro alvedrio da autoridade administrativa. Logo, é curial que caibam às disposições legais (de natureza técnico-científica) estabelecer tanto a qualidade, como os limites de emissões ou imissões tolerados com vistas à preservação das funções ambientais, isto é, impende que se leve a efeito o detalhamento normativo dos níveis máximos de concentração de certas substâncias nocivas às componentes ambientais, limites estes a serem observados pela própria autoridade administrativa – aquando da concessão de autorizações –, mormente com vistas a um adequado controle (de risco) do exercício de certas atividades.

Não é demasia recordar que o “limiar do dano” (*threshold of harm*) há de ser definido pelo legislador já para o efeito de equacionar o problema do contributo individual plúrimo (¹⁶⁸⁹). Trata-se, precisamente, do labor relacionado à especificação normativa (extrapenal) do limiar de relevância típica, ressabidamente orientado a determinar, sob uma óptica garantística, que o contributo que permanecer abaixo de tal patamar ou “fronteira de significância” – é já atípico (¹⁶⁹⁰).

(¹⁶⁸⁹) Reforça-se, assim, a compreensão de que o problema da acumulatividade não é de modo algum refratário à noção de limite ou fronteira. Consoante já deixámos considerado rege aqui a questão de determinar-se até onde pode ir a conduta, tendo em conta, claro, o problema dos grandes números, sem provocar um dano ecológico.

(¹⁶⁹⁰) Sustentamos que os contributos singulares devem apresentar alguma potencialidade lesiva, ainda que mínima, cabendo excluir-se (ao nível da tipicidade) os comportamentos considerados como de meras bagatelas.

Assim, é bom de convir, a determinação de tais parâmetros deve ser feita já à partida pela norma administrativa, algo que enseja, não padece dúvida nem entredúvida, mais segurança e estabilidade para todos os que lidam com a chamada “gestão do risco”. Ora, não outra coisa pretendeu o legislador de reforma. Trata-se, conseqüentemente, de norma (extrapenal) cuja estrita observância incumbe à autoridade administrativa zelar (por ocasião da concessão de autorizações), como também fiscalizar o seu fiel cumprimento. Com efeito, à luz da legislação em vigor, a autoridade administrativa já não poderá fixar ou alterar valores relacionados com a emissão ou imissão de poluentes de forma *discricionária*, posto dever agora, invariavelmente, permanecer vinculada às disposições legais cabíveis à espécie.

É que, consoante reza a melhor doutrina, o delito ambiental não pode consistir numa mera *desobediência* à mera vontade da autoridade administrativa (¹⁶⁹¹). Não caberá, então, punir-se o agente pela simples violação do dever. A culpa, segundo entendemos, também não pode derivar da mera desobediência, algo que, para dizer o mínimo, fica muito mal para o direito penal, que, demais disso, desempenharia aqui uma mera finalidade pedagógica e de propulsão de uma ética ambiental que pode ser perseguida por outros meios (talvez até mais gravosos, nomeadamente em termos pecuniários, mas decerto menos estigmatizantes e, principalmente, sem que se venha a provocar sensíveis fissuras na estrutura lógico-sistemática da dogmática penal).

(¹⁶⁹¹) É que a gravidade do dano ambiental há de emergir do conhecimento cientificamente normatizado, e não do mero comando da Administração. De assinalar, outrossim, que a redação falecida impunha uma concreta advertência da Administração (art. 279º. 3). Já na atual redação pode observar-se um prolongamento da acessoriedade (indisputável força da clara redação do novel no. 1) penal até às normas do direito administrativo (“acessoriedade dita ‘relativamente à norma’ ou ‘de direito’”), com supressão da chamada “acessoriedade relativamente ao acto”, posto não mais exigir um ato preliminar da autoridade competente. Ver RODRIGUES, Marta Felino, “Crimes ambientais e de incêndio”, *cit.* [n. 1407], p. 75 e s. Aliás, também assinalava-se, em tonalidade crítica, que tanto a tipicidade da poluição no art. 279º., como também nos “danos ambientais graves: segundo a interpretação mais comum (...) dependeria sempre da advertência prévia da Administração, de modo que só a posterior desobediência indicaria a infracção criminal”. V. PALMA, Maria Fernanda, “Acerca do estado actual do direito Penal do Ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 81.

Mas com isso não se pode supor que tais valores-limite, ainda que já não mais fixáveis de modo arbitrário pela autoridade administrativa – mas sim mediante uma discricionariedade regrada ou vinculada – tenham perdido toda e qualquer relevância para a definição de uma poluição ou degradação ambiental. Isso é tudo menos que verdadeiro. Por outro lado, a supressão da locução “medida inadmissível” não retira da autoridade administrativa o poder de conceder autorizações. Rege aqui o entendimento, e agora retornando à hipótese que acima começámos a debuxar, que “A” haverá – para que se possa cogitar da prática de uma conduta delituosa – de ter, em princípio, inobservado obrigações impostas pela autoridade competente fixadas em “conformidade com disposições legais”, ou então – e esta uma importante alteração normativa – violado diretamente as disposições legais pertinentes à matéria (independentemente, pois, das obrigações impostas pela autoridade competente [¹⁶⁹²])

Bem, se as coisas são assim, então a conduta punível terá, mesmo após a entrada em vigor da nova redação legal, já para poder começar a preencher o tipo de ilícito em estudo, primeiramente que ultrapassar o valor-limite fixado em lei (¹⁶⁹³), ou estabelecido pela autoridade administrativa em consonância com aquela, *i.e.*, sempre de forma vinculada aos parâmetros pré-estabelecidos na legislação de regência.

(¹⁶⁹²) Pode-se observar que a tipicidade da conduta não só já não fica inteiramente a depender de uma desobediência às ordens da Administração, como tais ordens e regulamentos devem observar fielmente as disposições legais. Evita-se assim a contradição que Fernanda Palma com muita perspicuidade apontara, *in verbis*: “(...) se a tipicidade depende do crivo da contradição com regulamentos ou ordens da Administração, que fornecem o critério da relevância típica, então o dano ambiental é determinado pela autoridade administrativa. Se houver dano material elevado e mesmo assim se tiver respeitado o comando da Administração não haverá conduta típica. Se, pelo contrário, houver dano pouco significativo ou objectivamente admissível, mas associado à desobediência, o agente será punível à luz do disposto no art. 279º. uma vez que esta norma incriminadora delimita a conduta típica através de uma actividade em si mesma considerada danosa”. V. PALMA, Maria Fernanda, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, cit. [n. 497], p. 209 e s.

(¹⁶⁹³) Então também já não pode mais ser considerada atípica a conduta inquinante de quem não detiver as “licenças administrativas necessárias”. Sobre isso, crítico quanto à legislação derogada, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *cit.* [n. 880], p. 382.

De outra parte, conforme deixámos acima anotado, exige-se agora que da conduta antiambiental resulte uma degradação ou poluição que assuma uma “forma grave”. Quanto a isso a novel estruturação normativa sinaliza que a simples violação ou inobservância das obrigações impostas pela autoridade competente – afinal fixadas em conformidade com as disposições legais –, por si só, ou seja, não consubstanciada a gravidade da conduta inquinante (durabilidade dos efeitos), não basta à colmatação típica. Dito de outro modo e sintetizando: a poluição que não for séria, que não venha a apresentar uma certa intensidade, mas, sobretudo, cujo resultado não se apresentar de modo firme e perdurável – a robustecer a ideia de dano e a debilitar a noção de perigo – não realizará o tipo.

Feitas essas ligeiras aproximações explicativas temos que o novel dispositivo legal deve continuar a ser interpretado como um delito cumulativo. Mais ainda. Também entendemos que o legislador de revisão não ignorou que o bem jurídico em causa, o meio ambiente (com suas componentes ou entidades), é um bem jurídico coletivo dotado de uma singular capacidade de resistência. Um bem jurídico que só em hipótese excepcional pode ser afetado por ações ou contributos isolados e esporádicos, já que ele caracteriza-se, precisamente, por apresentar uma *relativa intangibilidade* face a investidas despidas de carácter reiterativo, peculiaridade esta que, sem dúvida, exigiu do legislador a adoção de um técnica de tutela penal também ela singular – voltada, designadamente, a combater o chamado dano cumulativo.

Cabe agora perguntar: como conciliar a noção de tenacidade e de resistência, senão já a inexpugnabilidade do bem jurídico coletivo (meio ambiente) relativamente àquelas ações de pequena monta (mas que apresentam um carácter massivo), com a exigência legal de que a conduta inquinante tenha de “afetar de modo duradouro o bem estar das pessoas na fruição da natureza”. Bem, estamos convencidos que a exigência insculpida no tipo de ilícito *sub specie* – designadamente de que emergja um resultado grave – liga-se, precisamente, à noção de contexto de acumulação por nós trabalhada nos tópicos precedentes.

Em prosseguimento dessa linha de raciocínio cumpre-nos agora articular que nos delitos praticados cumulativamente contra o meio ambiente só é factível turbar-se de modo duradouro o bem estar das pessoas na fruição de

uma componente ambiental na especial hipótese de o aporte singular – para mais de encontrar-se situado, em termos de intensidade lesiva, para lá do umbral da significância – haver intersectado um território de acumulação (ou seja, ter cortado a esfera de influência de um contexto instável de acumulação), para deste modo preencher tanto o requisito de ofensividade material como, outrossim, uma condição objetiva de punibilidade.

É que um resultado global de afetação das funções ecossistêmicas capaz de repercutir de forma grave (duradoura) no bem estar das pessoas ficará sempre a depender, é intuitivo – força já da ontológica inépcia das ações isoladamente consideradas para afetar o bem jurídico em causa – da intersecção do contributo individual com um contexto situacional instável de acumulatividade. Somente dessa maneira a conduta singular revestir-se-á de particular relevância jurídico-penal, vindo a traduzir-se em um dano-contributo ao objeto de proteção da norma ⁽¹⁶⁹⁴⁾.

E, consoante estabelecêramos no ponto precedente, o agente deverá ser responsabilizado, exclusivamente, pelo seu comportamento, *i.e.*, pelo dano-contributo; por outro lado, também é curial, e agora em interpretação subordinada ao princípio da proporcionalidade ⁽¹⁶⁹⁵⁾, afastar-se a aplicação da pena privativa de liberdade estabelecida no preceito secundário do tipo legal em análise. Finalmente, mas não por último, temos que a novel redação do art. 279º autoriza-nos nele divisarmos um delito cumulativo (configurado com esteio na técnica de *acessoriedade administrativa mitigada* (ou de direito: “acessoriedade relativa à norma”), *cortado por um resultado de dano* (quicá a técnica legislativa possível para a construção de um “tipo de acumulação”).

⁽¹⁶⁹⁴⁾ Mais recentemente, em análise procedida posteriormente às alterações redacionais já anotadas, advogando, de forma genérica (isto é, tanto para o art. 278º., como para o 279º do CPP), que o legislador decidiu-se por erigir os crimes ambientais em tipos “em que se consagra o elemento de desrespeito pelas normas administrativas e, simultaneamente, o elemento de protecção imediata do bem jurídico ambiental, do que resultam crimes de desobediência que são, ao mesmo tempo, crimes de dano, no sentido de que só há crime quando for produzida uma verdadeira lesão ao ambiente”, NEVES, Rita Castanheira, “O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade”, *cit.* [n. 91], p. 304 e s.

⁽¹⁶⁹⁵⁾ V. o ponto, 6.6., do Capítulo VI, *supra*.

Acresce salientar, à derradeira, que o elemento normativo “duradoiro”⁽¹⁶⁹⁶⁾ não apenas liga-se, isto é meridiano, à gravidade das consequências do crime como a uma só vez traduz uma clara refração do princípio da solidariedade intergeracional, que reclama, a todas as luzes, uma adequada e legitimamente fundamentada proteção antecipada das gerações futuras ⁽¹⁶⁹⁷⁾ – que também se pode realizar mediante o direito penal (sempre em caráter subsidiário), como *ultima ratio* – e sem irrogação de pena privativa de liberdade.

5. Considerações do Capítulo

Sustentamos que apenas com a efetiva intersecção do contributo – em si mesmo inepto para lesar uma das componentes do entorno natural – com um contexto de acumulação ⁽¹⁶⁹⁸⁾ adquirirá a conduta contaminante conteúdo de significado material. Com isso não se quer, obviamente, comunicar que para termos uma ofensa de dano-violação tenha-se que, no caso concreto, evidenciar uma maciça “intervenção” de diversos sujeitos na factualidade delitiva, tanto mais porque a efetiva ingerência do aporte singular no ambiente contextual – uma vez transposto o “umbral da relevância”, mercê da transgressão dos valores-limite –, bastará, já por si, para afetar funções ecológicas vitais.

Já na hipótese de a conduta singular, malgrado comprovadamente acumulável, não ostentar um peso próprio mínimo que a permita ultrapassar o referido limiar – incidirá, na espécie, o princípio da insignificância. Desta forma é possível conciliar o chamado delito de bagatela com a noção de acumulatividade penal, posto que a ação teoricamente cumulativa pode ser concretamente realizada em grande número e ainda assim não gerar qualquer dano ambiental digno de nota – desde que, é cristalino, não ultrapasse o limiar

⁽¹⁶⁹⁶⁾ Decerto que em face da evolução do conhecimento científico (Ecotoxicologia) não será tarefa impossível estabelecer se houve ou não uma degradação de certa monta e intensidade, bem como a perdurabilidade das consequências do facto em um dado ecossistema (isso já a partir da análise dos elementos bióticos e abióticos afetados).

⁽¹⁶⁹⁷⁾ Cobertura axiológica complementar colegitimante da figura do delito cumulativo

⁽¹⁶⁹⁸⁾ Pois só desse modo revestem-se os contributos inofensivos de um grau de intolerabilidade mínimo para o objeto de tutela normativa.

de significância nem ingresse em um contexto de acumulação. Daqui também pode deduzir-se que onde não se constituiu ou configurou uma conjuntura de acumulação o contributo singular não comparecerá como portador de qualquer nível de ofensividade juridicamente relevante (perante um bem jurídico coletivo dotado de peculiar capacidade de resistência a ações isoladas ou erráticas).

Opostamente, uma vez tendo a conduta inquinante – e só pode ser considerada como tal a ação que tenha transposto o portal de significância lesiva – convergido em direção a um contexto de acumulação, tal já representará uma afetação ⁽¹⁶⁹⁹⁾ do bem jurídico: um contributo-dano, *i.e.*, um abalo das funções ecológicas desempenhadas pela componente ambiental profanada.

O delineamento de um contexto de acumulação também presta-se a desocultar o objeto de proteção do bem jurídico, que assim se deixará concretizar, em ordem a que se possa determinar qual função da componente ambiental (águas, solos, ar etc) foi lesada. Logo, segundo estamos em crer, mediante uma adequada delimitação do território de acumulação, o substrato real do bem jurídico surpreender-se-á susceptível de concretização.

O contexto de acumulação também concorre, bem é de ver, para reduzir a opacidade das conexões causais (como se sabe, bastante acentuadas no multiverso ambiental). Donde, uma vez demarcadas as fronteiras do contexto acumulativo, torna-se factível restabelecer as coordenadas tanto espaciais como temporais colapsadas por alguns dos “novos riscos”, por forma a coartar-se – não vai demasia acrescentar – mecanismos voltados a uma intensiva (com pendor ou propensão antigarantística) antecipação da tutela penal.

A noção de contexto de acumulação, na qualidade de componente real do chamado delito cumulativo, consoante é nossa firme convicção, também colabora para obstar uma imputação da mera *casualidade*, posto servir de barreira a ímpetos tardomodernos de imputação randômica (esta fundada, consoante já tivemos oportunidade em estudar, numa inclinação para a chamada responsabilização coletiva).

⁽¹⁶⁹⁹⁾ V. sobre as distintas definições de resultado, em sentido material e em sentido jurídico, o ponto 4.5, do Capítulo IX, *supra*.

Ainda com esteio nesse eixo compreensivo, assinalamos que o ingresso da conduta singularmente inócua para afetar o bem jurídico em um contexto de acumulação corrobora ou robustece, no plano empírico-normativo, o juízo de prognose antecipada levado a efeito pelo legislador por ocasião da tipificação da conduta. De jeito que a “ideia de acumulação” só vinga como substituto ou “equivalente material” para a falta de uma causalidade lesiva real entre a conduta e o objeto de tutela da norma na bem específica hipótese de ter lugar uma intersecção da ação singular com um contexto instável de acumulatividade. Mais ainda. Bem vistas as coisas, nesta hipótese há já, a todas as luzes, uma causalidade lesiva real, isto é, um dano-contributo a ser objeto de accertamento.

Dito de outro modo: a simples ideia de acumulação, na formulação mentada por KUHLEN, não é – como afirma HEFENDEHL ⁽¹⁷⁰⁰⁾ – um equivalente material para a falta de causalidade lesiva real, posto que a instabilidade ínsita à estrutura contextual de acumulatividade infirma a tese de que é possível examinar-se a concreta conduta típica, designadamente porque singularmente inidônea para turbar quaisquer das componentes ambientais, de modo desligado da conjuntura ou contexto onde se projeta a ação. É que o substrato material da acumulação pode simplesmente não obter confirmação no plano empírico, quer porque o contexto cumulativo, já em função de sua inerente instabilidade interna pode ter vindo a dissipar-se, quer porque a conduta pode simplesmente não convergir para um concreto território de acumulatividade.

Deve dizer-se que não se está aqui, em hipótese alguma, a propugnar uma interpretação extensiva da determinação do resultado, porquanto não se tomará em conta para o efeito de determinação da ofensividade do contributo individual a sua potencial cooperação com outras prováveis condutas (tarefa do legislador); cuidar-se-á, pois, tão-somente, de perspectivar a real dinâmica (causal-naturalista ou, no limite, probabilística) do aporte que efetivamente tenha convergido para um contexto de acumulação, em ordem a só então poder imprimir-se-lhe uma especial carga de desvalor tanto de ação, como de resultado.

⁽¹⁷⁰⁰⁾ Sobre isso, v. o Cap. VII, ponto 5.1, *supra*.

Destarte é prontamente de reconhecer que o instrumental do contexto cumulativo emprestará uma nova dimensão significativa quer à ação, quer ao resultado, isso na bem delimitada constelação do comportamento (nocivo) massivo e uniforme (delito cumulativo) que tem por *locus delicti comissi*, precisamente, o ambiente natural. Mais ainda. Fá-lo sem deslocar integralmente o eixo da ilicitude para o desvalor da ação. É que somente possui aptidão para romper a genética capacidade de resistência do bem jurídico coletivo a conduta desviante (singularmente inepta) desenvolvida em um território instável de acumulação.

Devemos nesta quadra também timbrar – embora reconheçamos a fecundidade da proposta de FÁBIO D’AVILA – que dela divergimos. A primeiro porque o fator contextual de instabilidade que há de levar-se preponderantemente em conta, segundo estamos em crer, sem desprezo pelos demais fatores condicionantes, é, precisamente, o fator antrópico, s.c., a nociva acumulatividade da conduta humana – desenvolvida em autoria paralela aditiva; e, acresça-se ainda, o comportamento humano, sempre previsível, mormente em um tempo de profundo avanço do conhecimento científico como é o nosso, reduz sensivelmente as margens de indeterminação do contexto; a segundo, e já demonstrámos o porquê, desconcordamos que a escassa carga lesiva liberada pelo contributo singular represente, designadamente em razão da sua intersecção com um contexto situacional de acumulação, tão-só uma ofensa de cuidado-de-perigo. Em situações tais haverá já – e precisamente nisto encontra-se o fundamento político-criminal em proibir-se a conduta singular aparentemente inepta – um abalo das funções ecossistêmicas desempenhadas pela componente ambiental sob ataque, portanto, um dano-violação *sui generis*.

Necessário ainda articular que uma outra pauta a ter em conta é que a probabilidade de conjugação de todos os fatores condicionantes do contexto é normativamente prefixada (pelas normas administrativas). Quer-se assim exprimir que caberá à pública administração, com baldrame na experiência comum e no conhecimento científico atual, estabelecer previamente quando poderá (e em que condições) formarem-se tais conjunturas situacionais de acumulação (em ordem a realizar a chamada gestão administrativa do risco, mercê da fixação dos riscos relevantes).

Dito isto evidenciado fica que ao determinar-se antecipadamente os valores-limite de poluição ou degradação individualmente permitida (de resto fundamental, e.g., para o desempenho de uma atividade econômica submissa ao princípio de sustentabilidade ambiental) cumprirá ter sempre em conta o comportamento coletivo (de empresas e também de sujeitos individuais). Numa tal moldura o contributo singular que transcender o “limiar de significância” previamente fixado e, demais disso, acontecer, não por mera casualidade, de precipitar-se em um território de acumulação – cujos fatores relevantes necessários à ofensa de dano (grave e duradoura afetação das funções de uma componente ambiental) estão dados ⁽¹⁷⁰¹⁾ –, terá provocado já um resultado de dano-violação.

Também entendemos que confirmada a existência, *in concreto*, de um contexto de acumulação, ainda assim haverá de demonstrar-se possuir o contributo singular um peso próprio mínimo. Ora, se a conduta é em si mesma absolutamente inócua, embora causal (mormente sob a óptica da teoria do resultado em sua “mais concreta” configuração), não terá qualquer capacidade para comprometer as funções do bem jurídico coletivo – mesmo ainda quando em presença de um contexto de acumulação.

Consoante julgamos haver demonstrado ao longo do trabalho não deve prosperar o argumento de que a teoria do delito cumulativo (já modificada pela interpretação corretora e aportes apresentados nesta dissertação) é capaz de dar albergada a uma culpa por facto de terceiro. A propósito, a doutrina refratária à teoria do delito cumulativo, curiosamente, não cogita sequer falar

⁽¹⁷⁰¹⁾ É dizer, à autoridade competente caberá regulamentar – sem desatender às normas que regem a espécie – o valor máximo permitido (os limites de sobrecarga ambiental), não com base na lesão que o detentor da licença ou autorização poderia isoladamente produzir, mas com esteio na acumulatividade da conduta (a ser calculada com baldrame quer no total de portadores de semelhantes autorizações, quer com arrimo em cálculos estatísticos de reprodução da conduta por pessoas não autorizadas). Em termos parcialmente semelhantes, entendendo que “o limite de poluição permitido não seria aquilo para lá do qual ela pusesse em risco o bem jurídico ambiental, antes um muito inferior, que permita margem bastante para que a poluição cumulada dos vários agentes não atinja tal risco”, LOUREIRO, Flávia Noversa, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos*, ob. cit. [n. 91], p. 204.

em uma culpa *ex injuria tertii* ou, talvez melhor, em uma *culpa sistêmica* ⁽¹⁷⁰²⁾ quando o bem jurídico a tutelar não é a sadia qualidade de vida das gerações atuais e postérias mas a fé pública – bem jurídico posto sob tutela penal no crime de contrafação de moeda, que tem sido interpretado, majoritariamente, como um delito cumulativo ⁽¹⁷⁰³⁾.

Realçar ainda é mister que na hipótese de cuidar-se de uma conduta desenvolvida por pessoa individual (diversamente do tratamento a dar se a imputação tiver de recair em uma empresa) impõe-se o sancionamento de uma pena de multa – sanção pecuniária esta que apresenta-se proporcionalmente concorde com a importância ou “peso” do contributo singular para a afetação do bem (gradação do injusto).

Deve-se também vincar que o delito cumulativo é um conceito dogmático (mas que também possui um forte viés político-criminal) que, uma vez complementado pela categoria objetivo-normativa (bem restrita à topografia dos crimes ecológicos), ora denominada de contexto situacional de acumulação – prestar-se-á a uma interpretação limitativa da imputação penal. Aduza-se que o delito cumulativo comparece no eixo de um direito penal (ambiental) moderno com o desiderato de concorrer, subsidiariamente, à contenção de uma dinâmica comportamental de massa; todavia, fá-lo – uma vez promovidos os ajustes hermenêuticos ora propostos – sem dar margem a uma responsabilização penal de natureza objetivo-coletiva.

Na constelação dos crimes de acumulação de extração meio ambiental é tanto o contexto, como a sua ingênita instabilidade (essencialmente derivada de fatores acumulativos de procedência humana) que devem merecer a atenção do julgador. Mas, é bem de ver, e é fundamental que se o explicitar, o contexto de acumulação não vem textualmente descrito nos tipos incriminadores, pois é já fundamento (plasmado na acumulatividade de certos comportamentos já como fenômeno verificável pelo saber criminológico) das normas em que os ilícitos típicos (de acumulação) encontram-se ancorados. Aliás, o tipo incriminador também não poderá aludir à conduta de outrem, pois

⁽¹⁷⁰²⁾ KINDHÄUSER, Urs, “Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft”, *cit.* [n. 62], p. 232.

⁽¹⁷⁰³⁾ Aliás, aqui a jurisprudência não admite sequer a aplicação do princípio da insignificância. V. Boletim n.º. 514, do Supremo Tribunal Federal (Brasil).

essa técnica legislativa resultaria, agora sim, em uma repudiável punição por facto de terceiro.

Trata-se, demais disso, de um instrumental voltado a reduzir a complexidade da análise e interpretação da repercussão da conduta individual no âmbito da criminalidade ambiental; dessarte, também concorre para determinar a imputação da responsabilidade em territórios da realidade marcados por forte instabilidade ecossistêmica.

Também entendemos que, em sede de interpretação típica (já que rigorosamente não se cuida de uma técnica legislativa elaborada com vistas a configurar uma bem específica figura de tipo incriminador), o delito cumulativo apresenta-se como delito de resultado (de ofensa de dano-violação). Deve-se, aliás, salientar que o delito cumulativo também não deixa de constituir um “delito de risco”, isso já pelo facto de a conduta acumulativa ocasionar – nos estritos limites territoriais do contexto de acumulação – uma lesão axiologicamente relevante. Sublinhe-se, neste diapasão argumentativo e em jeito de epítome lógica, que se um “megadano” poderá possivelmente sobrevir à *la longue*, é já o “microdano” ou dano-contributo às componentes ambientais que deve ser desocultado e perseguido.

Do que se trata então é de combater os efeitos diretos e imediatos dos contributos singulares sobre as componentes ambientais que se encontrarem aprisionadas em contextos de acumulação, uma vez que os efeitos secundários, decerto mais dramáticos e que eclodirão em um tempo diferido – também eles decorrentes do comportamento coletivo acumulativo e uniforme – apresentam um índice demasiado elevado de indeterminabilidade para serem objeto de um duplo juízo: de causalidade e de imputação. Mas, e é de uma lógica brutal, será negavelmente com respaldo em uma política de prevenção e de repressão a comportamentos cujos efeitos e consequências são apreensíveis e dimensionáveis, que se poderá coartar e quebrar cadeias cumulativas capazes de comprometerem, no limite, o futuro da espécie. Ergo, tudo nos leva a meditar que a responsabilização do agente individual também irá, em parte, encontrar um *quantum* de legitimidade em uma vulneração a uma

obrigação social de solidariedade para com as futuras gerações ⁽¹⁷⁰⁴⁾ – a concorrer para reforçar o duplo juízo de desvalor: de ação e de resultado (dano-contributo). Para tal não precisamos reconhecer os porvindouros como sujeitos de direito; basta admitirmos que temos para com eles deveres éticos (de solidariedade intergeracional).

Estamos fortemente em crer que a categoria do delito cumulativo reclama uma recuperação de corte hermenêutico (interpretação teleológico-contextual) em ordem a confrontá-la com um concreto contexto situacional de acumulação (uma estrutura da realidade e não uma “mera” hipótese realista), por forma a arredar-se quaisquer suspeitas de integral vassalagem do labor doutrinário e do saber dogmático a injunções de política criminal (legislativa) de viés exacerbadamente securitário.

Finalmente, a proposta do delito aditivo ou cumulativo – na medida em que seja-lhe incorporada o mecanismo ou ferramental empírico-normativo de verificação denominado de “contexto instável de acumulação” – poderá ser elegantemente recuperada, agora como uma noção útil e hermeneuticamente proveitosa para interpretar-se crítico-racionalmente o significado penal da ação individual à luz dos novos cenários coletivos de risco, em ordem a conferir-se alguma capacidade de rendimento à reação penal a promover na sinuosa e arriscada órbita da criminalidade ambiental empresarial (e também de massa), sem com isso instigar-se ou promover-se a violação dos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da culpa.

⁽¹⁷⁰⁴⁾ Cuja previsão de cuidado-de-perigo inscrita na Carta Fundamental não pode ser interpretada como um mero adereço, um ornamento vazio de consequência na práxis do mundo da vida.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGIUS, Emmanuel, "Obligations of justice towards future generations: a revolution in social and legal thought", in: *Future Generations and International Law*, Emmanuel Agius and Salvino Busuttil (ed), London: Earthscan Publications Ltda., 2001, p. 03 ss.

_____, "Towards a Relational Theory of Intergenerational Ethics", in: *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malta: Foundation for International Studies in cooperation with Unesco, 1990, p. 73 ss.

_____, "Germ-line Cells – Our Responsibilities for Future Generations", in: *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malta: Foundation for International Studies in cooperation with Unesco, 1990, p. 133 ss.

ALBRECHT, Peter Alexis, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", *NJ* (1994), p. 193 ss;

_____, "Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis", in: *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Lorenz Böllinger et al. (ed.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 255 ss.

_____, "Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", *KritV* (1988), p. 182 ss.

_____, "Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts", *KritV* (1993), p. 163 ss.

ALBERTO DONNA, Edgardo, "El Estado Actual de la Dogmática del Delito contra el Ambiente", in: *Dano Ambiental*, V. II, Jorge Mosset Ituzraspe et al. (org.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 317 ss.

ALCÁCER GUIRÃO, Rafael, "La protección del futuro y los danos cumulativos", *ADPCP*, nº. 54 (2001), p. 143 ss.

AMELUNG, Knut, "El primer Luhmann y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes - Una contribución a la historia Del derecho alemán del siglo XX", *RBCCr*, 50 (2004), p. 280 ss.

ANARTE BORRALO, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal: estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva: Unviversidad de Huelva, 2002.

ANASTASOPOULOU, Ioanna, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München: C.H. Beck, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____, *A Vítima e o Problema Criminal*, BFD (Suplemento XXI), Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980, p. 195 ss.

_____, “Sobre o Estatuto e Função da Criminologia Contemporânea”, *ROA*, a. 44 (1984), p. 481 ss.

_____, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”, *in: Direito Penal Económico e Europeu – Textos doutrinários*, T. 1, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 75 ss.

_____, “Direito Penal e modernas técnicas biomédicas”, *RDE*, a. 12 (1986), p. 99 ss.

ANTUNES, José Engrácia, “Prefácio”, *in: TEUBNER, Günther, O Direito como Sistema Autopoietico*, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. I ss.

APPEL, IVO, *Verfassung und Strafe, zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

ARENDT, HANNA, *Entre o passado e o Futuro*, 5ª. ed., trad. Marco W. Barbosa, São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARZT, Günther, *Der Ruf nach Recht und Ordnung – Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen: J.C.B. Mohr & Siebeck, 1976.

ASCHAFFENBURG, Gustav, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 3ª. ed., Heidelberg: C. Winter, 1923.

BACHELET, Michel, *Ingerência Ecológica – Direito Ambiental em questão*, trad. Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARATTA, Alessandro, "Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", *in: Fest. für Arthur Kaufmann*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, p. 393 ss.

_____, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

BAUMAN, Zygmunt, *Globalization – The Human Consequences*, Polity press: Cambridge, 1998.

BAUMANN, Jürgen; **WEBER**, Ulrich; **MITSCHE**, Wolfgang, *Strafrecht – AT*, 11^a. ed., Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2003.

BECCARIA, Césare, *Dos Delitos e das Penas*, trad. José Francisco de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin: Dunker & Humblot, 1992.

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

_____, *Risikogesellschaft – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, St. Gallen: Hochschule St. Gallen für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, 1989.

_____, *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

_____, *Ecological Politics in the Age of Risk*, trad. Amos Weisz, 2^a. ed., Cambridge: Polity Press, 2002.

_____, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____, "Risk society revisited", *in: The Risk Society and Beyond*, Ulrich Beck e J. van Loon (ed.), London: Sage, 2000.

BECKERMAN, Wilfred; **PASEK**, Joanna, *Justice, Posterity, and the Environment*, New York: Oxford University Press, 2001.

BELL, Daniel, *Die nachindustrielle Gesellschaft*, 2^a. ed., trad. Siglinde Summerer und Gerda Kurz, Frankfurt; New York: Campus, 1976.

BELVER CAPELLA, Vicente, “El futuro del Derecho al ambiente”, *in*: Suplemento Humana Jura de Derechos Humanos, n.º. 6 (1996), Pamplona: Universidade de Navarra, p. 3 ss.

BERNARD E. HARCOURT, “Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between the Moral Limits of the Criminal Law and the expressive Function of Punishment”, *BCrimLR*, vol. 5, n.º. 1 (2001), p. 145 ss.

BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría General de los Sistemas*, trad. Juan Almela, México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

BLINKERT, Baldo, “Kriminalität als Modernisierungsrisiko – Das ‘Hermes-Syndrom’, der entwickelten Industriegesellschaften”, *Soziale Welt*, a. 39 (1988), p. 397 ss.

BLOY, René, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven”, *JuS* (1997), p. 577 ss.

_____, “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, *ZStW*, 100 (1988), Heft 3, p. 485 ss.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, 6ª. ed., trad. Carlos Nélon Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Anselmo, “O Crime Económico na Perspectiva Filosófico-Teológica”, *RPCC*, 10 (2000), p. 7 ss.

BOSSELMAN, Klaus, *The Principle of Sustainability: transforming Law and Governance*, Aldershot: Ashgat Publishing, 2008.

_____, *When Two Worlds Collide – Society and Ecology*, Auckland: RSVP Publishing Company Limited, 1995.

BOTKE, Wilfried, “La actual Discusión sobre las finalidades de la pena”, *in*: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin, Jesús María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: Bosch, 1997, p. 41 ss.

BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BREIER, Ricardo, “Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional de direito penal”, *RPCC*, a.13, 4 (2003), p. 463 ss.

BRITO, Teresa Quintela de, "O Crime de Poluição: Alguns Aspectos da Tutela Criminal do Ambiente no Código Penal de 1995", *in*: ADA (1995), p. 331 ss.

BUBNOFF, Daniela, *Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht: Leitbilder, Grundsätze und Instrumente eines dauerhaften Umweltschutzes*, Berlin: Erich Schmidt, 2001.

BUNGE, Mário, *Causality – The Place of the Causal Principle in Modern Science*, Cambridge; Cambridge;Massachusetts: Harvard University Press, 1959.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; **HORMAZABAL MARALÉE**, Hernan, "Significación social e tipicidad", *EPC*, 5 (1982), p. 9 ss.

BUTLER, G.C., *Principles of Ecotoxicology*, New York *et al.*: John Wiley & Sons, 1978.

CALLIES, Rolf-Peter, "Strafzwecke und Strafrecht", *NJW* (1989), Heft 21, p. 1338 ss.

CÂMARA, Guilherme Costa, *Programa de Política Criminal – orientado para a Vítima de Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____, "O Direito Penal Secundário e a Tutela das Gerações Futuras", *in*: *Direito Penal Secundário*, Fábio Roberto D'Avila e Paulo Vinícius Sporleder (org.), São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2006, p. 215 ss.

_____, "Beccaria e o Pensamento Jurídico Criminal", *RBCCr*, 44 (2003), p. 301 ss.

CAPRA, Frank, *A Teia da Vida – Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*, trad. Newton Roberval Eichenberg, São Paulo: Cultrix, 1995.

CARDOSO, Fernando Navarro, "El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", *in*: *SERTA In Memoriam Alexandre Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (ed), Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, p. 1321 ss.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho Penal del Ambiente – Delitos y Técnicas de Tipificación*, Lima: Gráfica Horizonte, 1999.

CARSON, Rachel, *Silent Spring*, Boston: Riverside press Cambridge, 1962.

CASSIRER, Ernest, *Filosofia de la Ilustracion*, trad. Eugenio Imaz, México: FCE – Fundo de Cultura Econômica, 1943.

CASTRO CUENCA, Carlos; **HEINAO CARDONA**, Luis Felipe; **BALMACEDA HOYOS**, Gustavo, *Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Bogotá: Grupo editorial Ibanez, 2009.

CATTANEO, Mario, *Illuminismo e Legislazione*, Milano: Edizioni di Comunità, 1966.

CEREZO MIR, José, *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, T. II, Santa-Fé: Rubinzal-Culloni, 2002.

CETINA, Karin Knorr, “Jenseits der Aufklärung – die Entstehung der Kultur des Lebens”, in: *Bios und Zoë – Die menschliche Natur im Zeitalter ihrer technischen Reproduzierbarkeit*, Martin Weiss (Hrsg.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 55 ss.

CLOTET, Joaquim, *Bioética – Uma aproximação*, 2ª. ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales – Nuevas formas de Delincuencia y Reinterpretación de Tipos Penales Clásicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, in: *La Política criminal en Europa*, Víctor Gómez Martín (coord.), Barcelona: Atelier, 2004, p. 25 ss.

_____, “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales e derecho penal mínimo”, in: *Derecho Penal del siglo XXI*, Santiago Mir Puig (org.), Madrid: Consejo General del Poder Juicial, 2008, p. 365 ss.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, T. 2, Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, José de Faria/**ANDRADE**, Manuel da Costa, “Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico – Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP”, in AA.VV: *Temas de Direito Penal Económico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99 ss.

COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____, *Noções Fundamentais de Direito Penal – Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____, *Direito Penal e Globalização – Reflexões locais e pouco globais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____, *As Linhas Rectas do Direito*, Instituto da Conferência, v. 8 (série: Os Espaços Curvos do Direito), Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

_____, “Das Ende des Lebens und das Strafrecht”, *GA* (2007), p. 311 ss.

_____, “A Globalização e o Tráfico de Seres Humanos”, *in: RLJ*, a. 136º., n.º. 3944 (2007), p.258 ss.

_____, “Poder e Direito Penal – Atribuições em torno da liberdade e da segurança”, *in: RLJ*, a.136º, n.º. 3942 (2007), p. 151 ss.

_____, “A Criminalidade em um Mundo globalizado: ou Plaidoyer por um Direito Penal não-securitário”, *in: Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89 ss.

_____, “O Direito Penal e a Ciência: as Metáforas possíveis no Seio de Relações ‘Perigosas’”, *in: Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura de Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, v. 1, Milano: Giuffrè, 2006, p.197 ss.

_____, “O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo”, *in: Linhas de Direito penal e de Filosofia – alguns Cruzamentos Reflexivos*, José de Faria Costa, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 9 ss.

_____, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, “O Direito Penal e o Tempo. Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em Redor da Prescrição”, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, v. 11, 1 (2002), p.109 ss.

_____, “Ler Beccaria Hoje”, *BFD*, 74 (1998), p. 89 ss.

_____, “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”, *RPCC*, n. 12 (2002), p. 7 ss.

_____, “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, *in RBCCr*, 34 (2000), p.09 ss.

_____, “O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado (Babel ou Esperanto Universal)”, *in: Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 21 ss.

_____, “A Responsabilidade Jurídico-penal da Empresa e dos seus Órgãos”, *RPCC*, 2 (1992), p. 537 ss.

COTHERN, C. Richard, *Environmental risk decision making, Values, perceptions & ethics*, Washington: Library of Congress, 1996.

CRAMER, Peter/**HEINE**, Günther, “§ 25”, *in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Straftesetzbuch Kommentar*, 26^a. ed., München: C.H. Beck, 2001.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2^a. ed., Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

_____, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, *in: Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Luis Miguel Reyna Alfaro (org.), Lima: ARA, 2005, p. 159 ss.

CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos Obstáculo – Tensión entre política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*, Granada: Comares, 2002.

DAHM, Georg, “Der Methodenstreit in der Rechtswissenschaft”, *ZStW* (1938), p. 225 ss.

D’AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Coimbra: Coimbra ed, 2005.

_____, “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”, *RBCCr*, 67 (2007), p. 29 ss.

DAXENBERGER, Mathias, *Kumulationseffekte – Grenzen der Erfolgzurechnung im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, “Delitos contra el Medio Ambiente”, *in: Curso de Derecho Penal Económico*, Dirección: Enrique Bacigalupo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 321ss.

DEMUTH, Hennrich, *Der normative Gefahrbegriff – Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Bochum: Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1980.

DI FABIO, Udo, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo; **ANDRADE**, Manuel da Costa, *Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade do Risco’”, *RBCCr*, 33 (2001), p. 39 ss.

_____, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. Um Contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português”, *DJus*, vol. IV (1989-1990), p. 7 ss,

_____, *Direito Penal – Parte Geral*, t. 1, 2ª. ed., Coimbra: Coimbra Editora.

_____, *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, *RDE*, a. 4, nº. 1 (1978), p. 3 ss.

_____, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, *in: A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 179 ss.

_____, “O papel do direito penal na protecção das gerações futuras”, *BFD - Volume Comemorativo*, Coimbra: Universidade de Direito de Coimbra Editora, 2002, p. 1 ss.

DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Protecção do Futuro – Ambiente, consumo e genética humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____, ‘*Delicta in Se*’ e ‘*Delicta Mere Prohibita*’ – *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____, “What if everybody did it?: sobre a ‘incapacidade de ressonância’ do direito penal à figura da acumulação”, *RPCC*, a. 13, 3 (2003), p. 303 ss.

_____, “Entre Comes e Bebes: Debate de Algumas Questões Polêmicas no Âmbito da Proteção do Consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, *RPCC*, a. 8, 4 (1998), p. 515 ss.

_____, “O Retorno ao Sincretismo Dogmático: uma recensão a Heiko Lesch”, *RPCC*, a. 11 (2001), p. 323 ss.

_____, “A Estrutura dos Direitos ao Ambiente e a Qualidade dos Bens de Consumo e sua Repercussão na Teoria do Bem Jurídico e na das Causas de justificação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira* (separata da), Lisboa: 1995, p. 181 ss.

DIERKSMEIER, Claus, “John Rawls on the rights of future generation”, *in: Handbook of Intergenerational Justice*, Jörg Tremmel (org.), Cheltenham-UK: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 72 ss.

DONINI, Massimo, *Il Volto Attuale Dell'illecito Penale – La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano: Giuffrè, 2004.

DÖRNER, Dietrich, *Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen*, 3ª. ed., Hamburg: Rowohlt, 2004.

DOUGLAS, Mary; **Wildavsky**, Aaron, *Risk and Culture: An Essay on the selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1983.

ECO, Humberto, *História da Beleza*, trad. Elena Aguiar, São Paulo: Record, 2005.

ECKARDT, Felix, “Die Beachtlichkeit von Zukunftsbelangen – auf der Basis einer veränderten liberal-rationalistischen Gerechtigkeitsbegründung”, *ARSP*, 90 (2004), p. 550 ss.

ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Mohr, 1931.

ERASMO de ROTERDÃO, *Elogio da Loucura*, trad. Paulo M. Oliveira (Coleção “Os Pensadores”), São Paulo: Abril Cultural, 1972.

ESER, Albin, *Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de La Víctima*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988.

_____, “La tutela penale dell’ambiente in Germania”, *L’indice penale*, n.º. 23 (1989), p. 231 ss.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 1, Oxford et al.: Oxford University Press, 1984.

_____, *Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 2, Oxford et al.: Oxford University Press, 1985.

_____, *Harmless Wrongdoing – The Moral Limits of Criminal Law*, t. 4, Oxford et al.: Oxford University Press, 1990.

_____, “Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen”, in: *Ökologie und Ethik*, Dieter Birnbacher (Hrsg.), Stuttgart: C.H. Beck, 1980, p. 140 ss.

FARIA, Paula Ribeiro de, “Comentário ao art. 278.º do Código Penal”, AA.VV., *Comentário Conimbreense do Código Penal – Parte especial*, Jorge de Figueiredo Dias (coord.), t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 932 ss.

FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industrie-Gesellschaft*, München: C.H. BECK, 1971.

FREHSEE, Detlev, “Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, in: *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 14 ss.

FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

_____, “La Imputación Objetiva: estado de la cuestión”, in: *Sobre o estado de la Teoría del Delito*, trad. Ricardo Robles Planas, Jesús-María Silva Sánchez (org.), Madrid: 2000, p. 20 ss.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht – AT*, 2ª. ed., C.H. Beck: München, 2007.

FUKUYAMA, Francis, *Das Ende des Menschen*, 3ª. ed., Stuttgart: DVA, 2002.

_____, *The End of History and the Last Man*, 2ª. ed., New York et al.: Free Press, 2006.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, trad. Flávio Paulo Meurer, 7ª. ed., Petrópolis; Bragança Paulista: Vozes e Universitária São Francisco, 2005.

GALLAS, Wilhelm, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *in*: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, *Fest. für Graf Wenzel Gleispach*, Berlin und Leipzig: Langer, 1936.

GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel, *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

_____, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, *in*: *El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Fermín Morales Prats e Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001, p. 685 ss.

GARRIDO PEÑA, Francisco, *La Ecología Política como Política del Tiempo*, Granada: Comares, 1996.

GAUS, Gerald F., *Social Philosophy*, New York: M. E. Sharpe, 1999.

GIDDENS, Anthony, *Runaway World – How Globalization is Reshaping our Lives*, 3^a. ed., New York: Routledge, 2003.

_____, *As Consequências da Modernidade*, trad. de Raul Finker, São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1991.

GIUNTA, Fausto, “Il Diritto penale dell’ambiente in Italia: Tutela di Beni o tutela di funzioni?”, *RIDirPP*, a. XL (1997), p. 1097 ss.

GIUSINO, Manfredi, *I Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano: Giuffrè, 1990.

GOETHE, J. W., *Máximas e Reflexões*, 4^a. ed., trad. Afonso Teixeira da Mota, Lisboa: Guimarães Editores, 2001.

GOMES, Carla Amado, “O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *in*: *RJUA*, n.ºs 11-12 (1999), p. 43 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y pena en una Teoría Constructivista del Derecho Penal”, *in*: *Teoría de Sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades e Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), Granada: editorial Comares, 2005, p. 385 ss.

GOYARD-FABRE, Simone, *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, trad. Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRACÍA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización e Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistência*, Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

GRECO, Luiz, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker und Humblot, 2009.

_____, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? – Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)”, *RBCCr*, 82 (2010), p. 165 ss.

_____, “Princípio da ‘ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *RBCCr*, 49 (2004), p. 89 ss.

HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, trad. Maria Benedita Bettencourt, Coimbra: Almedina, 2006.

_____, *Teoría de la Acción Comunicativa – I*, Buenos Aires *et al.*: Taurus Humanidades, 1998.

_____, *Direito e Moral*, trad. Sandra Lippert, Lisboa: Instituto Piaget.

_____, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1985.

_____, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2^a. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

HADORN-HIRSCH, Gertrud, *Umwelt, Natur und Moral – Eine Kritik an Hans Jonas, Vittorio Hösle und Georg Picht*, Freiburg; München: Karl Alber, 2000.

HARTMANN, Nicolai, *Ethik*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1926.

HASSEMER, Winfried; **REEMTSMA**, Jan Philipp, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München: C.H. Beck, 2002.

HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1973.

_____, *Strafen im Rechtsstaat*. Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik, Baden-Baden: Nomos, 1999.

_____, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geb.*, Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 85 ss.

_____, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007.

_____, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NStZ* (1989), Heft 12, p. 553 ss.

_____, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP* (1992), Heft 10, p. 378 ss.

_____, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, 2ª. ed., primeira reimpressão, trad. Patricia Ziffer, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____, *Três Temas de Direito Penal*, trad. Carlos Eduardo Vasconcelos, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

_____, "Perspectivas del Derecho Penal Futuro", trad. Enrique Anarte Borraro, *RP*, n.º. 1 (1998), p. 37 ss.

_____, "Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico", trad. Patricia Ziffer, *DocPen*, a. 12, 46 (1989), p. 275 ss.

_____, *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Bogotá: Témis, 1999.

_____, "Derecho penal y Filosofía del Derecho", *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires: De palma, Enero-junio, 1991, p. 87 ss.

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et al.: Carl Heymanns, 2002.

_____, "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", in: *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl et al. (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 119 ss.

_____, "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", *GA* (2002), p. 21 ss.

_____, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters”, *in: Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Roland Hefendehl *et al.* (Hrsg.), Baden Baden: Nomos, 2003, p. 286 ss.

_____, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, *in: GA*, 154 (2007), p. 1 ss.

_____, “Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto”, *Anales de Derecho*, 19 (2001), p. 147 ss.

HEGER, Martin, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

HEINE, Günther, “Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – unbestimmte Rechtsbegriffe”, *NJW*, 39 (1990), p. 2.425 ss.

_____, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

_____, “Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes”, *ZStW*, 101 (1989), Heft 3, p. 722 ss.

_____, “La Responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales”, trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozo, *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima: Peru, p. 19 e ss.

_____, “Derecho Penal del Medio Ambiente. Especial Referencia al Derecho Penal Aleman”, trad. Miguel Polaino Navarrete, *in: Cuadernos de Política Criminal*, n^o. 61, Madrid, 1997, p. 51 ss.

HENRIQUES, Manuel Leal; **SANTOS**, Manuel Simas, *Código Penal Anotado*, Parte Geral, Lisboa: Rei dos Livros, 2002.

HENSCHLER, Dietrich, “Langzeitrisiken im Gesundheits- und Umweltschutz: Erkennung, Bewertung und Regelung”, *in: Die Bewältigung von Langzeitrisiken im Umwelt- und Technikrecht*, Trier: Erich Schmidt, p. 11 ss.

HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg: Decker, 1991.

_____, “Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo”, *in: Crítica y Justificación del derecho penal en cambio de siglo. El analise critico de la escola de Frankfurt*,

Arroyo Zapatero *et al.* (coord), Cuenca: editora de la Universidade de Castilla la Mancha, 2003, p. 249 ss.

HESSEN, Johannes, *Teoria do Conhecimento*, trad. Antonio Correia, 8^a. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1987.

HILGENDORF, Eric, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

_____, "Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?", *NStZ* (1993), p. 10 ss.

_____, "Zur Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt", *GA* (1995), p. 515 ss.

HIRSCH, Andrew von, *Fairness, Verbrechen und Strafe? Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin: BWV, 2005.

_____, "Extending the Harm Principle: Remote Harms and Fair Imputation", *in: Harm and Culpability*, Simester/Smith (eds.), New York: Oxford University Press, 1996, p. 259 ss.

HIRSCH, Hans Joachim, "Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen", *in: Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Hans-Heiner Kühne e Koichi Miyazawa (Hrsg.), Köln *et al.*: Heymann, 1995, p. 11 ss.

HIRSCHBERGER, Johannes, *Geschichte der Philosophie*, 4^a. ed., Freiburg am Breisgau: Herder, 1948.

HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____, *Lebenskunst und Moral – oder macht Tugend glücklich?*, 2^a. ed., München: C.H. Beck, 2009.

HOFFMANN, Hasso, "Nachweltschutz als Verfassungsfrage", *ZRP* (1996), Heft 4, p. 87 ss.

HOOFT, Hendrik, *Justice to Future Generations and the Environment*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.

HOHMANN, Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Fankfurt am Main *et al.*: Lang, 1991.

HORKHEIMER, Max; **ADORNO**, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. Juan José Sánchez, 3ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, in: *El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Fermín Morales Prats e Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001, p. 1417 ss.

HORN, E., “Les Problèmes de la Causalité dans le Domaine de la Pollution e de la Sureté des Médicament”, *RIDP*, 58 (1987), p. 166 ss.

HÖSLE, Vittorio, *Philosophie der ökologischen Krise: Moskauer Vorträge*, 2ª. ed., München: Beck, 1994.

HOYER, Andreas, *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987.

HULSMAN, Louk, *Peines Perdues – Le Système Pénal en Question*, Paris: Editions du Centurion, 1982.

HUNTINGTON, Samuel, *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*, trad. M.H.C. Cortês, Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JÄGER, Herbert, *Makrokriminalität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht AT – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª. ed., Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1993.

_____, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischen’ Prinzipienendenken”, *ZStW*, 107 (1995), Heft 4, p. 843 ss.

_____, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, trad. Teresa Manso Porto, Madrid: Civitas, 2004.

_____, “O que protege o Direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?”, trad. Manuel Cancio Meliá, versão para o português por Nereu José Giacomolli, in: *Direito Penal e Funcionalismo*, coord. André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31 ss.

_____, “La Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia da la norma”, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, in: *Teoría de sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y*

Possibilidades de Aplicación, Carlos Gómez-Jara Díez (ed), Granada: Comares, 2005, p. 177 ss.

_____, “O conceito Jurídico-penal de ação”, in: JAKOBS, Günther, *Fundamentos do Direito Penal*, trad. André Luis Callegari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44 ss.

_____, “Sobre la llamada causalidad en la intervención delictiva”, in: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. 1, trad. Canció Meliá, Carlos García Valdés et al. (cord.), Madrid: Edisofer, p. 1061 ss.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - AT*, 3^a. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

JESCHECK, Hans-Heinrich; **WEIGEND**, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: AT*, 5^a. ed., Berlin: Duncker u. Humblot, 1996.

JOAS, Hans, *Lehrbuch der Sociologie*, 3^a. ed., Frankfurt; New York: Campus, 2007.

JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung – Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

JÖRG, Martin, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen – Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut, 1989.

_____, “Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht”, *ZRP* (1992), p. 19 ss.

JOSÉ SÁNCHEZ, Juan, “Introducción”, in: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. Juan José Sánchez, 3^a. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 9 ss.

KAHLO, Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001.

KAISER, Günther, *Kriminologie*, 10^a. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1997.

KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, 5^a. ed., trad. Manuel Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____, *A Metafísica dos Costumes*, trad. Edson Bini, Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Armin, "Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren", *JZ*, 18 (1971), p. 569 ss.

KAUFMANN, Arthur, *Analogie und 'Natur der Sache': Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2^a. ed., Heidelberg: Decker & Müller, 1982.

_____, "Einleitung: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik", in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6^a. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1994, p. 1 ss.

KAUFMANN, Franz-Xaver, *Der Ruf nach Verantwortung – Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt*, Freiburg im Breisgau: Herder, 1992.

KERWER, Dieter, "Mehr Sicherheit durch Risiko?", in: *Risiko und Regulierung – Soziologische Beiträge zu Technikkontrolle und präventiver Umweltpolitik*, Petra Hiller und Georg Krücken (ed.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 253 ss.

KIM, Jae-Yoon, *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft – ein Beitrag zum Umgang mit abstrakten Gefährdungsdelikten*, Göttingen: Curvillier, 2004.

KINDHÄUSER, Urs; **TIEDEMANN**, Klaus, "Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?", *NStZ*, (1988), Heft 8, p. 337 ss.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

_____, "Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?", in: *ZStW* (2010), p. 954 ss.

_____, *Strafrecht – AT*, 3^a. ed., Baden-Baden: Nomos, 2008.

_____, "Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrecht", in: *Fest. für Herbert Helmrich*, München: C.H. BECK, 1994, p. 967 ss.

_____, "Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft", *Universitas – Zeitschrift für interdisziplinäre Wissenschaft*, a. 47 (1992), Heft 3, p. 227 ss.

_____, *Cuestiones Fundamentales de la coautoria*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

KISS, Alejandro, *Das abstrakte Gefährdungsdelikt*, Vorgelegt von Alejandro Kiss: Münster, 2006.

KLEINE-COSACK, Eva, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht – Die strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich*, Berlin: Erich Schmidt, 1988.

KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, München: Beck, 1989.

KLOEPFER, Michael; **VIERHAUS**, Hans-Peter, *Umweltstrafrecht*, München: Beck, 1995.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht - AT*, Berlin et al.: Springer, 1997.

KORIATH, Heinz, "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", *GA* (1999), p. 561 ss.

KRATZSCH, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht: Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

KRIEGER, David, *Einführung in die allgemeine Systemtheorie*, 2^a. ed., München: Wilhelm Fink, 1998.

KROHN, Wolfgang; **KRÜCKEN**, Georg, "Risiko als Konstruktion und Wirklichkeit – Eine Einführung in die sozialwissenschaftliche Risikoforschung", in: *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 9 ss.

KRÜMPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin: Dunker & Humblot, 1986.

KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C.F. Müller: Heidelberg, 1989.

_____, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *GA* (1994), p. 347 ss.

_____, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)", *GA* (1986), p.389 ss.

_____, "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW* 105 (1993), Heft 4, p. 697 ss.

_____, "Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland", 1. Teil, *in: WiVerw* (1991), p. 181 ss.

KÜHL, Kristian, "Strafrecht und Moral – Trennendes und Verbindendes", *in: Strafrecht, Biorecht und Rechtsphilosophie – Fest. für Hans-Ludwig Schreiber*, Knut Amelung *et al.* (Hrsg.), Heidelberg: Müller, 2003, p. 959 ss.

_____, "Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?", *in: Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, Julian Nina-Rümelin e Dietmar Pfordten (org.), Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 245 ss.

KUHN, Thomas, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 6ª. ed., trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2001.

KUNZ, Karl-Ludwig, *Das Strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlin: Dunker und Humblot, 1984.

LARRAURI PIJUAN, Elena; **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan, *Victimología: Presente y Futuro*, Barcelona: Jura-10 Promociones y Publicaciones Universitárias, 1993.

LAFER, Celso, "Da Dignidade da Política: Sobre Hanna Arendt", *in: ARENDT*, Hanna, *Entre o Passado e o Futuro*, 5ª. ed., trad. Marco W. Barbosa, São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 9 ss.

LACKNER, Karl; **KÜHL**, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. ed., München: C. H. Beck, 2004.

LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 1967.

LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 1996.

LAVALLE, Adrian Gurza, "Habermas no Espelho de Rawls", *in: Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, nº. 42 (1997), p. 171 e ss.

LECALDANO, Eugenio, "John Stuart Mill rivisitato: diritti e giustizia", *in: Rivista di Filosofia*, vol. XCVIII (2007), p. 23 ss.

LENCKNER, Thoedor; **EISELE**, Joerg, "Vor § 13", in: *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Schönke-Schörder (org.), München: C.H. Beck, 2006.

LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al.: Carl Heymanns, 1999.

_____, "Gemeinsamer Tatenschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?", *JA* (2000), Heft 1, p. 73 ss.

_____, "Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung", *ZStW* 105 (1993), p. 271 ss.

LOOS, Fritz, "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", in: *Fest. für Hans Welzel*, Berlin;New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 879 ss.

LOUREIRO, Flávia Novera, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos – Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra [s.n.], 2007, - 238 f. – Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LOUREIRO, João Carlos, *Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade do Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência* (Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares), Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

LÜBBE, Weyma, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg; München: Karl Alber, 1988.

_____, "Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion", in: *Kausalität und Zurechnung über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Weyma Lübbe (Hrsg.), Berlin; New York: de Gruyter, 1994, p. 223 ss.

LUCHI, José Pedro, *A superação da filosofia da consciência em Jürgen Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*, Roma: Gregorian University Press, 1999.

LÜDERSSEN, Klaus, "Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?", in: *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Lorenz Böllinger et al. (Hrsg.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 268 ss.

LUHMANN, Niklas, *Soziologie des Risikos*, Berlin; New York: de Gruyter, 1991.

_____, *Rechtssoziologie*, 2ª. ed., Opladen: Westdeuscher, 1983.

_____, “Risiko und Gefahr”, in: *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation – Einführung in die sozialwissenschaftliche Risikoforschung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 138 ss.

_____, *Comunicazione Ecologica. Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?*, trad. Raffaella Sutter, Milano: Franco Angeli Libri, 1989.

_____, *Complejidad y Modernidad – De la Unidad a la Diferencia*, trad. Josetxo Berian e José María García Blanco, Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____, “El derecho como sistema Social”, trad. Carlos Gómez-Jara Díez, in: *Teoría de sistemas y Derecho Penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed), Granada: 2005, p. 69 ss.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.*, *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIWALD, Manfred, *Kausalität und Strafrecht Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen: Otto Schwartz, 1980.

MAFESOLI, Michel, *Tiempo de las Tribus – el ocaso del individualismo en las sociedades posmodernas*, trad. Daniel Gutiérrez Martínez, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.

MANSO PORTO, Teresa, “Problemas de la regulacion espanola de los delitos contra el medio ambiente”, in: *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª. ed, Enrique Bacigalupo (dir.), Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 577 ss.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale – Parte Generale*, 5ª ed., Padova: Cedam, 2007.

MARINUCCI, Giorgio; **DOLCINI**, Emilio, “Derecho Penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad”, *RdirPC*, nº. 9 (2002), p. 147 ss.

MARQUES, Mário Reis, “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestorário?”, in: *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito – Estudos de Direito e Filosofia, Augusto Silva Dias *et al.* (org.), Coimbra: Almedina, 2009, p. 411 ss.

MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs ‘Rechtsgut’ – Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln *et al.*: Carl Heymanns, 1972.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Granada: Editorial Comares, 1997.

MATURANA RAMESÍN, Humberto; **VARELA GARCÍA**, Francisco, *De Máquinas e Seres Vivos – Autopoiesis: a organização do vivo*, 5ª. ed, Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1994.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht – AT*, Stuttgart, Kohlhammer, 1953.

MAZUELLOS COELLO, Julio F, “Revisión Crítica de la Teoría del Bien Jurídico como segmento del Acomplamiento Estructural entre la Política Criminal y el Derecho Penal Funcional”, in: *El Derecho penal contemporáneo: Libro Homenaje a Raul Pena Cabrera*, Efraín Montes Flores et al. (org.), Lima-Peru: Ara editores, 2006, p. 797 ss.

MCKIBBEN, Bill, *The End of Nature*, London: Penguin Books, 1990.

MELLEMA, Gregory F., *Collective Responsibility*, Amsterdam; Atlanta: Editions Rodopi, 1997.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito penal do Ambiente?*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

MENDONZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Madrid: Civitas, 2001.

_____, *Limites Dogmáticos y Políticos Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada: Comares, 2001.

MEURER, Dieter, “Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?”, *NJW* (1988), Heft 34, p. 2065 ss.

MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e Responsabilità Penale*, Milano: Giuffré, 1988.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, London: Longmans, Green and Co, 1867.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte Geral*, 7ª. ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

_____, “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, *in: Studi in onore di Giorgio Marinucci – I Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Milano: Giuffrè, 2006, p. 455 ss.

_____, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *in: Prevención y Teoría de la Pena*, Juan Bustos Ramírez (ed.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 49 ss.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOCCIA, Sergio, *El Derecho Penal entre Ser y Valor – Función de la pena y sistemática teleológica*, Montevideo; Buenos Aires: IbdeF, 2003.

_____, “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre Ilusiones postmodernas e Refluxos Iliberales”, *in: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*, Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: Bosch, 1997.

MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches”, *WiVerw* (1984), p. 47 ss.

MÖLLER, Josué Emilio, *A Fundamentação Ético-política dos Direitos Humanos*, Curitiba: Juruá, 2006.

MOLINA FERNANDEZ, Fernando, *Responsabilidade Jurídica y libertad – una investigación sobre el Fundamento material de la Culpabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel, *El Concepto Penal de Incendio desde la Teoría del Caos*, València: Tirant lo Blanch, 2002.

MOURA, José Souto de, “O crime de Poluição – A propósito do art. 279º. do Projecto de Reforma do Código Penal”, *in: RMP*, 50 (1992), p. 15 ss.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts”, *in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main *et al.*: Peter Lang, 1995, p. 461ss.

MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994.

_____, “Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal – sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien Jurídico crítica hacia el sistema”, *RdirPC*, nº. 9, Madrid, enero-2002, p. 169 ss.

MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht – Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

NASH, Roderick Frazier, *The Rights of Nature – A History of Environmental Ethics*, Madison: The University of Wisconsin Press, 1989.

NEDER, Ricardo Toledo, *Crise socioambiental: Estado & sociedade civil no Brasil (1982-1998)*, São Paulo: Annablume: Fapesp, 2002.

NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____, “Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade”, *in: Liber Amicorum de José de Sousa e Brito – Estudos de Direito e Filosofia*, Augusto Silva Dias *et al.* (org), Coimbra: Almedina, 2009, p. 3 ss.

NEVES, Rita Castanheira, “O Ambiente no Direito Penal: A Acumulação e a Acessoriedade”, *in: Direito Penal Hoje – Novos desafios e novas respostas*, Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 291 ss.

NEUMANN, Ulfrid, “Moralische Grenzen des Strafrechts: Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of Criminal Law”, *ARSP* (1986), p. 118 ss.

NEWMANN, Michael C.; **UNGER**, Michael A., *Fundamentals of Ecotoxicology*, 2^o. ed., Lewis Publishers, 2003.

NIERING, Christoff, *Der strafrechtliche Schutz der Gewässer*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*: Oxford, Blackwell, 1974.

OST, François, *A Natureza à margem da Lei*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995.

_____, “Ecología y Derechos del Hombre”, *in: Suplemento Humana lura de derechos humanos (Persona y Derecho) – El Derecho Humano al Medio Ambiente*, nº. 06 (1996), Pamplona: Faculdade de Derecho da Universidade de Navarra, p. 201 ss.

OSSENBÜHL, Fritz, “*Umweltstrafrecht – Strukturen und Reform*”, in: *UPR* (1991), p. 161 ss.

OSTENDORF, Heribert, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, *GA* (1982), p. 333 ss.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, 7^a. ed., Berlin: De Gruyter, 2004.

_____, “Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten”, *NJW* (1980), Heft 9, p. 417 ss.

_____, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), Heft 2, p. 339 ss.

PALMA, Maria Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005.

_____, “Constituição e Direito Penal – As questões inevitáveis”, in: *Casos e Materiais de Direito Penal*, Maria Fernanda Palma *et al.* (Coord.), Coimbra: Almedina, 2000, p. 21 ss.

_____, “Direito Penal do Ambiente: Uma primeira abordagem”, in: *Direito do Ambiente*, INA – Instituto Nacional do Ambiente, 1994, p. 431 ss.

_____, “Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do ambiente”, in: AA.VV., *Estudos Comemorativos do 150^o. Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, p. 199 ss.

_____, “Acerca do estado actual do direito Penal do Ambiente”, *O Direito*, a. 136^o. (2004), p. 77ss.

PALMER, Richard, *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PANIAGUA, José Maria Rodriguez, *Historia del Pensamiento Jurídico*, 5^a. ed., Madrid: Universidad Complutense, 1984.

PAPAGEORGIU, Konstantinus, *Schaden und Strafe – Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, Baden-Baden: Nomos, 1994.

PARSONS, Talcott, *The Structure of Social Action – A Study in Social Theory with Special Reference to a group of Recente European Writers*, T. 1, 4^a. ed., New York: FP – The Free Press, 1966.

PEDRO, Manuel José Miranda, “Algumas notas sobre a imputação objetiva no Direito Penal português – mais Roxin, menos Jakobs”, in: *Separata da RPCC*, a. 17, n.º. 1, Coimbra: Coimbra ed, 2007.

PENARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la Influência del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena e del Delito”, in: *Teoría de sistemas y Derecho penal – Fundamentos y Possibilidades de Aplicación*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), Grandada, 2005, p. 223 ss.

PEREIRA, Miguel Baptista, “A Crise do Mundo da vida no Universo Mediático Contemporâneo”, *RFiIC*, v. 4, 8 (1995), p. 217 ss.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PETERSEN, Volkert, *Umweltrecht*, Christian Stark (ed.) Baden-Baden: Nomos, 1999.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Sentido e limites da protecção penal do ambiente”, *RPCC*, a. 10, n.º. 3 (2000), p. 371 ss.

PREUSS, Wilhelm, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin: Dunkler & Humblot, 1971.

PRIGOGINE, Ilia, *Is Future Given?*, New Jersey et al.: World Scientific, 2003.

POPPER, Karl, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London and New York: Routledge, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas e el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, in: *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro en Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Díez Ripollés et al. (org.) Madrid: Tecnos, 2002, p. 135 ss.

PORTINARO, Paulo, “La giustizia retributiva oltre la pena”, *Rfil*, v. XCVIII, 2 (2007), p. 259 ss.

PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

_____, “Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtbeschränkungspostulate”, in: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 387 ss.

_____, “Risiken des Risikostrafrechts”, in: *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Detlev Frehsee et al. (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 47 ss.

_____, “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, in: *El Penalista Liberal*, José Luiz Guzmán Dalbora (coord.), Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147 ss.

PUPPE, Ingeborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, trad. Percy García Cavero, Lima: Ara Editores, 2003.

_____, “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”, *ZStW*, 92 (1980), p. 863 ss.

RACHELS, James, *The Elements of Moral Philosophy*, New York: Random House, 1986.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, 6ª. ed., Armênio Amado, 1997.

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

REES, Martin, *Our Final Hour*, New York: Basic Books, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal – Novos Desafios – Velhos Rumos”, in: *Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 208 ss.

_____, “Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?”, in: *Estudos Jurídicos de Coimbra*, Luciano Nascimento Silva (Coord.), Curitiba: Juruá, 2007, p. 87 ss.

_____, “Poluição (comentários aos arts. 279º. do CP)”, in AA.VV, *Comentário Conimbrecense do Código Penal*. Parte Especial, t. II, Jorge de Figueiredo Dias (dir.) Coimbra: Coimbra Editora, p. 944 ss.

RODRIGUES, Marta Felino, “Crimes ambientais e de incêndio na Revisão do Código Penal”, *RPCC*, n.º. 18 (2008), p. 47 ss.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos, *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, Madrid: Editorial Colex, 1992.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Madrid: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ROGALL, Klaus, “Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Alte Streitfragen, neues Recht”, *GA* (1995), p. 299 ss.

ROJAS, Enrique, *O Homem Light. Uma vida sem valores*, trad. Virgílio Miranda Neves, Reimpressão, Coimbra: Gráfica de Coimbra 2 Ltda., 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta Peligrosa e Imprudencia en la Sociedad del Riesgo*, México: Ediciones Coyoacán, 2007.

_____, “Aportaciones del Principio de Precaución al Derecho Penal”, in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos María Romeo Casabona (ed.), Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria e Comares, 2004, p. 388 ss.

RONZANI, Marco, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut, 1992.

ROXIN, Claus, *Strafrecht – AT, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, T. 1, 4^a. ed, München: Beck, 2006.

_____, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a. ed., Berlin;New York: Walter de Gruyter, 2000.

_____, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft), Berlin; New York: Walther de Gruyter, 1973.

_____, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Catizano, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

_____, “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *ZStW*, 74 (1962), p. 411 ss.

_____, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

_____, *Culpabilidade y prevención en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación Objetiva*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes”, in: *Fest. für Richard Honig zum 80 Geburtstag*, Göttingen, 1970, p.151 ss.

_____, “Primat des Strafrechts im Umweltschutz?”, *NStZ* (1984), Heft 5, p.193 ss.

SAAL, Martin, *Das Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

SACHER, Mariana, “Systemtheorie und Strafrecht”, in: *ZStW* 118 (2006), p. 574 ss.

SALADIN, Peter; **ZENGER**, Andreas, *Rechte künftiger Generationen*, Basel; Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1988.

SAMSON, Erich, “Kausalität- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, *ZStW*, 99 (1987), p. 617 ss.

SANTOS, Boaventura de Souza, *A Crítica da Razão Indolente – contra o Desperdício da Experiência*, 2ª. ed, T. 1, Porto: Edições Afrontamento, 2002.

_____, *Introdução a uma Ciência pós-moderna*, 6ª. ed., Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SANTUÁRIO, Luiz Carlos, “A Linguisticidade do compreender na hermenêutica de Gadamer”, in: *Fenomenologia Hoje II: significado e linguagem*, Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira (Org.), Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 407 ss.

SARAMAGO, José, *As Intermitências da Morte*, São Paulo: Cia das Letras, 2005.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems”, in: *ZStW* 57 (1938), p. 295 ss.

SCHALL, Haro, “Umweltschutz durch Strafrecht: anspruch und Wirklichkeit”, *NJW* (1990), Heft 20, p. 1263 ss.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht – AT*, 2ª. ed., Tübingen: J.C.B. MOHR, 1975.

SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht – AT*, 6^a. ed., Grasberg bei Bremem: RS, 2007.

SCHÖCH, Heinz, “Empirische Grundlagen der Generalprävention”, in: *Fest. für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin: Duncker & Humbold, 1985, p. 1081 ss.

SCHULZ, Lorenz, “Zur Beschleunigung der Lebensverhältnisse. Überlegungen zur angemessenen Reaktion im Strafrecht”, in: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main; Berlin; New York: Peter Lang, 1995, p. 407 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 133 ss.

_____, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* (1995), p. 201 ss.

_____, “Über die objektive Zurechnung”, *GA* (1999), p. 207 ss.

_____, “Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung”, *GA* (2003), p. 299 ss.

_____, “Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den ‘homo oecologicus’”, in: *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 3 ss.

_____, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, in: *Fest. für Claus Roxin*, Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), Berlin; New York: de Gruyter, 2001, p. 01 ss.

_____, *!El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! – Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, trad. Ángela de la torre Benítez, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

_____, “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht – Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”, in: *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Hans-Heiner Kühne; Koichi Miyazawa (hrsg), Berlin: Dunker und Humblot, 2000, p. 15 ss.

_____, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Bernd Schünemann (Hrsg.), Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1984, p.1 ss.

_____, "Principles of Criminal Legislation in Postmodern Society: The Case of Environmental Law", in: *BCrimLR*, vol. 1: 137 (1998), p. 175 ss.

_____, "La Relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal", trad. Mariana Sacher, in: *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: Uned, p. 643 ss.

SCHRÖDER, Friedrich-Christian, "Principio de Precaución, Derecho Penal y Riesgo", trad. Sergio Romeo Malanda, in: *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos María Romeo Casabona (ed.), Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria e Comares, 2004, p. 423 ss.

SCHWARTZ, Germano; **TRINDADE**, André, *Direito e Literatura: o Encontro entre Themis e Apolo*, Curitiba, Juruá, 2008.

SENDIM, José Cunhal, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SEELMANN, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2002.

_____, *Rechtsphilosophie*, 4ª. ed., München: BECK, 2007.

_____, "Risikostrafrecht", *KritV*, 75 (1992), Heft 4, p. 452 ss.

_____, "Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht", *NjW* (1990), Heft 20, p. 1257 ss.

_____, "Rechtsgutskonzept, 'Harm Principle' und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien", *Die Rechtsgutstheorie*, Hefendehl et al. (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 261 ss.

SERENI, Andrea, *Causalità e Responsabilità Penale – dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino: G. Giappichelli editore, 2008.

SILVA, José Afonso, *Direito Ambiental Constitucional*, 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ivan Luiz da, *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999.

_____, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.

_____, "Retos Científicos y Retos Políticos de la Ciencia de Derecho Penal", *RdirPC*, Madrid: Universidade Nacional de Educación a distancia (Enero 2002), p. 83 ss.

_____, "Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts", *GA* (2010), p. 307 ss.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIMONIS, Udo, "Weltumweltpolitik – Entwicklung, Stand und Perspektiven", *in: Universitas*, a. 63, n.º. 745 (2008), Heft 9, p. 897 ss.

SINGER, Marcus George, *Verallgemeinerung in der Ethik – zur Logik moralischen Argumentierens*, Frankfurt am Main: Suhrkam, 1975.

SKOGAN, Wesley, *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in American Neighborhoods*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1990.

SOTO NAVARRO, Suzana, *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*, Granada: Comares, 2003.

SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STÄCHELIN, Gregor, "Lässt sich das 'Untermassverbot' mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?", *in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main *et al.*: Peter Lang, 1995, p. 267 ss.

STEFFEN, Will *et al.*, *Global Change and the Earth System – A Planet Under Pressure*, Berlin; Heidelberg: Springer, 2004.

STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità – La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª. ed., Milano: Giuffrè, 2003.

STRATENWERTH, Günther; **KUHLEN**, Lothar, *Strafrecht – AT I*, 5^a. ed., Köln et al.: Carl Heymanns, 2004.

STRATENWERTH, Günther, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?“, *ZStW*, 105 (1993), Heft 4, p. 679 ss.

_____, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft: Rektoratsrede* (gehalten an der Jahresfeier der Universität Basel), Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1993.

_____, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’“, in: *Fest. Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1998, p. 377 ss.

_____, “Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach Freiheitsgesetzen“, in: *Fest. für E.A. Wolff*, Rainer Zaczyk et al. (Hrsg.), Berlin; Heidelberg: Springer, 1998, p. 495 ss.

_____, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter“, in: Roland Hefendehl et al. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 255 ss.

STRYDOM, Piet, *Risk, Environment and Society*, Buckingham-Philadelphia: Open University Press, 2002.

SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen“, in: *ZStW*, 122 (2010), Heft 1, p. 24 e ss.

TAVARES, Juarez, *As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos*, Rio de Janeiro: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996.

TEUBNER, Günther, *O Direito como Sistema Autopoiético*, tradução e prefácio José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: J.C.B. MOHR (SIEBECK), 1969.

_____, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“, *NJW* (1988), p. 1169 ss.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

TORÍO LOPEZ, Angel, "Cursos causales no verificables en Derecho penal", *ADPCP*, XXVI (1983), p. 221 ss.

TREMMEL, Jörg, "Introduction", in: *Handbook of Intergenerational Justice*, Jörg Chet Tremmel (ed.), Cheltenham-UK: Edward Elgar Publishing, 2006.

TRÖNDLE, Herbert; **FISCHER**, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54^a. ed., München: Beck, 2007.

TOURAINE, Alain, *O Retorno do Actor – Ensaio sobre Sociologia*, trad. Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

UNNERSTALL, Herwig, *Recht zukünftiger Generationen*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1999.

_____, "Nachhaltige Entwicklung und intergenerationelle Gerechtigkeit im Europarecht", *Umwelt – Ethik – Recht* (Hrsg. Kurt Jax), Tübingen; Basel: Francke, 2003, p. 125 ss.

VAMBERG, Viktor, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen: J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), 1982.

VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de Peligro Abstracto y Resultado – Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

VATTIMO, Gianni, *Introdução a Heidegger*, trad. João Gama, Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VEIGA, José Eli da, *Meio Ambiente & Desenvolvimento*, São Paulo: Editora Senac, 2006.

VEITH, Werner, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, Stuttgart: Kohlhammer, 2006.

VIRILLIO, Paul, *L'accident originel*, Paris: Editions Gallillée, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del Sistema Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

VOSS, Monika, *Symbolische Gesetzgebung – Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach: Rolf Gremer, 1989.

WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

WACQUANT, Loïc, *Punir os Pobres: A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WALDENFELS, Bernhard, *In den Netzen der Lebenswelt*, 3ª. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

WEISS, Martin, "Die Auflösung der menschlichen Natur", in: *Bios und Zoë – Die menschliche Natur im Zeitalter ihrer technischen Reproduzierbarkeit*, Martin Weiss (Hrsg.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 34 ss.

WEGSCHEIDER, Herbert, "Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht. Probleme des ursächlichen Zusammenhanges bei komplexen Umweltbeeinträchtigungen", *ÖJZ* (1983), p. 90 ss.

WELTE, Bernhard, *Im Spielfeld von Endlichkeit und Unendlichkeit, Gedanken zur Deutung der menschlichen Daseins*, Frankfurt am Main: Josef Knecht, 1967.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 5º. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1956.

_____, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975.

WESSELS, Johannes; **BEULKE**, Werner, *Strafrecht – AT*, 37ª. ed., Heildeberg; München; Berlin: C.F. Müller, 2007.

WILDAWSKY, Aaron, *Searching for Safety*, Library of Congress, 2ª. Reimpressão: 2003;

_____, "The Secret of Safety Lies in Danger", in: *The Constitution and the Regulation of Society*, Gary Bryner and Dennis Thompson (ed.), Albany: State University of New York Press, 1998, p. 43 ss.

WHITEHEAD, Alfred North, *Science and the Modern World*, reprint, Cambridge: University Press, 1953.

_____, *The Function of Reason*, Boston: Beacon Press, 1958.

_____, *Abenteuer der Ideen*, trad. Eberhard Bubser, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

_____, *Concept of Nature*, New York: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

WIELAND, Jäger; **BALTES-SCHMITT**, Marion, *Jürgen Habermas: Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, Wiesbaden: Westdeutscher, 2003.

WINKELMANN, Thomas, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, Frankfurt et al.: Peter Lang, 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado Lógico-Filosófico*, 4ª. ed., trad. M. S. Lourenço, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Berlin: Dunker und Humblot, 2000.

_____, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur”, in: *GA* (2002), p. 15 ss.

_____, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsguttskeptikers”, in: Roland Hefendehl et al. (ed), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden Baden, Nomos, 2003, p. 281 ss.

WOLF, Rainer, “Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft”, in: *Leviathan* (1987), p. 357 ss.

WOHLERS, Wolfgang; **HIRSCH**, Andrew, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: Roland Hefendehl et al. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 196 ss.

WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Dunker und Humblot, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al., *Direito Penal Brasileiro*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____, *En Busca de las Penas Perdidas – Deslegitimación y dogmatica juridico-penal*, Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____, “¿Qué queda del Finalismo en Latinoamérica?”, in: *Serta – in memoriam Alexandre Baratta*, Ferando Pérez Álvarez (ed.), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 233 ss.

ZIESCHANG, Kurt, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Das Wesen des Rechts – Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5^a. ed., München: C.H. Beck, 1997.

INTRODUÇÃO

1. Crise do Direito Penal e a relação liberdade-segurança em uma “sociedade de risco”	19
2. Transição funcionalizadora <i>versus</i> retorno ao Direito penal nuclear: em busca de uma racionalidade compatibilizadora.....	29
3. Bem jurídico dinâmico, gerações futuras e os limites do <i>moderno</i> Direito Penal.....	41
4. Uma primeira aproximação do chamado “delito cumulativo”	45
5. Imbricação do problema da acumulação com os bens jurídicos de dimensão coletiva.....	52
6. Delito cumulativo e tutela do meio ambiente.....	53

PARTE PRIMEIRA

O DIREITO PENAL NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE DE RISCO

CAPÍTULO I

“Sociedade de risco”: refração sobre o ordenamento jurídico penal

1. Sentido do Problema.....	62
-----------------------------	----

2. Emergência dos “novos riscos”: da sociedade industrial à sociedade de risco (primeira e segunda modernidades).....	68
3. A moderna sociologia do risco.....	81
3.1. ULRICH BECK: Os “novos grandes perigos” como característica saliente de uma viragem epocal.....	82
3.1.1. Modernidade reflexiva e a sociedade de risco <i>autoconsciente</i> : eventuais refrações no multiverso penal.....	87
3.2. LUHMANN: Racionalidade orientada para o risco: o “primado” do futuro.....	90
3.3. Classificação dos riscos segundo LAU.....	97
4. Uma primeira contemplação jurídico-penal do problema: o risco e o perigo.....	100
4.1. Diferenciação normativa entre risco e perigo.....	104
5. Refração dos novos perigos sobre o direito penal: o direito penal moderno como direito penal orientado para a prevenção.....	106
6. “Sociedade de risco” como <i>topos</i> argumentativo para uma crítica ao “direito penal do risco” e <i>paradoxalmente</i> causa fatora da (permanente) “crise” do direito penal.....	109
7. Considerações	114

CAPÍTULO II

Funcionalismo penal e delito cumulativo

1. Funcionalismo Penal: Possibilidades de integração à lógica da acumulação?.....	127
2. O funcionalismo teleológico-funcional-valorativo de ROXIN.....	133
3. O Funcionalismo de JAKOBS.....	136
3.1.Sistema em LUHMANN.....	137
3.1.1. O sistema jurídico como subsistema social.....	140
3.1.2. Teoria dos sistemas e sociedade de risco: uma imbricação possível?.....	144
3.2. O funcionalismo “sociológico”-penal ou sistêmico de JAKOBS (ou a preservação da norma como fim do direito penal).....	147
3.3. Conceito de ação objetivamente punível em JAKOBS.....	151
4. Considerações do Capítulo.....	156

PARTE SEGUNDA

DIREITO PENAL MODERNO COMO TUTELA PENAL DO COMPORTAMENTO E O PROBLEMA DA TUTELA DAS GERAÇÕES FUTURAS

CAPÍTULO III

Direito Penal “Clássico” e Direito Penal “moderno”

1. Primeiros questionamentos.....	162
2. O modelo <i>idealizado</i> de direito penal “clássico” como direito penal “nuclear”	163
3. Características mais expressivas do chamado direito penal moderno.....	170
3.1. O perigo como categoria fundante do Ilícito-penal e centro de imputação da responsabilidade: o contributo de FARIA COSTA.....	175
3.2. Principais formas de manifestação jurídica do desvalor de perigo.....	181
3.3. Perigo abstrato como técnica de tutela de bens jurídico-penais supraindividuais.....	184
4. Direito penal secundário como um dos eixos matriciais do direito penal “moderno”	187
5. Intersecção de uma dupla ordem de bens jurídicos.....	190
6. Direito penal moderno e dinamização do critério do bem jurídico.....	192
7. Os “ramos emergentes” do direito penal moderno.....	194
8. Algumas características específicas dos “novos perigos” e o problema da imputação da responsabilidade penal diante da <i>opacidade</i> das conexões causais.....	197
8.1. Responsabilização coletiva como resposta dogmática a uma irresponsabilidade individual estrutural?.....	202
8.2. Responsabilidade individual no contexto de uma “random collection”	205
8.3. A denominada “causalidade geral”	208
9. Considerações do Capítulo.....	214

CAPÍTULO IV

Direito penal do comportamento orientado ao “asseguramento do futuro” e o problema da acumulação

1. Primeiras considerações.....	226
2. Tutela penal do futuro (o contributo de STRATENWERTH).....	226
2.1. Direito penal do comportamento: uma mudança de paradigma?.....	229
2.2. Tutela de “contextos de vida” como relativização do conceito de bem jurídico.....	234
2.2.1. Hipóteses outras de perda de substância do conceito de bem jurídico....	239
3. Direito penal do comportamento e os riscos de uma reeticização do direito penal.....	246
3.1. Direito penal do comportamento e a teoria da “força configuradora dos costumes” (<i>sittenbildenden Kraft</i>).....	249
4. Fundamentos de filosofia moral e os delitos de acumulação.....	254
4.1. Concepção de comportamento ofensivo em FEINBERG.....	256
4.1.1. “Harm principle” e comportamento coletivo acumulativo.....	260
4.1.2. A censurabilidade do comportamento calculista do “ <i>free-rider</i> ”.....	263
4.1.3. Intersecção do comportamento egoísta do “ <i>free-rider</i> ” com o problema da acumulação.....	264
5. A modo de inferências conclusivas.....	266

CAPÍTULO V

A discussão jurídico-filosófica subjacente à questão da proteção penal das gerações futuras

1. Notas introdutórias.....	275
2. Recepção jurídico-filosófica do problema do “mundo vindouro”.....	277
2.1. JOHN RAWLS e a equidade Intergeracional.....	280

2.2. Os direitos das futuras gerações segundo JOEL FEINBERG.....	286
2.3. O papel do tempo na construção de uma ética intergeracional (WHITEHEAD).....	289
2.4. HANS JONAS e o princípio da responsabilidade.....	291
2.5. HABERMAS: expansão da liberdade diacrônica e emergência de uma autocompreensão ética da humanidade.....	297
3. Argumentos jurídico-penais em prol da tutela das gerações futuras – primeiras considerações.....	302
3.1. STRATENWERTH – direito penal do risco como direito voltado à tutela protetiva das gerações futuras.....	304
3.2 A preservação da espécie como bem jurídico de primeira grandeza (SCHÜNEMANN).....	305
3.3. Proteção das “gerações futuras” como desafio do direito penal do futuro: “expansão do sistema penal de proteção jurídica para além do bem jurídico?” (ROXIN).....	309
4. Conclusões do Capítulo.....	310

PARTE TERCEIRA

APORTES DOGMÁTICOS E POLÍTICO-CRIMINAIS COM REFERENTE NA PROBLEMÁTICA DA ACUMULAÇÃO NA ÓRBITA DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

CAPÍTULO VI

Fundamentação Teorético-dogmática e Político-Criminal do Delito Cumulativo

1. Introdução.....	326
2. A noção de acumulação na paisagem jurídico-penal: um primeiro afloramento.....	327

3. O direito penal ambiental e sua imbricação com o dano cumulativo: uma abordagem inaugural.....	328
4. Efeitos de Cumulação, Somação e Sinergismo.....	331
4.1. Cumulação.....	332
4.2. Somação.....	333
4.3. Sinergismo.....	334
5. Primeiro recorte dogmático da acumulação na topografia ambiental: a proposta de Lothar KUHLEN.....	335
5.1. Delito cumulativo: categoria autonomizável relativamente ao perigo abstrato?.....	340
5.2. A Lógica dos “grandes números” como justificação do delito cumulativo e a finalidade de prevenção geral.....	342
5.3. Prognose realista como pressuposto para criação de um delito cumulativo.....	348
5.4. A magnitude do dano como <i>ratio legitimationis</i> do ilícito de acumulação e o problema das gerações futuras.....	349
6. Crivo crítico ao delito cumulativo.....	351
6.1. FELIX HERZOG: Ilícito de acumulação e a tendência neocriminalizadora de comportamentos adscrevíveis à órbita contraordenacional.....	352
6.2. MÜLLER-TUCKFELD: plaidoyer pela exclusão do delito cumulativo da estrutura do direito penal liberal.....	354
6.3. Acumulação e ingerência da casualidade no objeto de imputação penal (PRITTWITZ).....	355
6.4. Crítica à finalidade de prevenção geral.....	357
6.5. Acumulação – instituto violador da noção de ofensividade.....	358
6.6. Delito cumulativo: afronta ao princípio de proporcionalidade.....	359
6.7. Delito cumulativo: proposta transgressiva do princípio da culpa.....	361
6.8. Acumulação: tentativa de resolver “problemas sistêmicos” com o direito penal.....	364
6.9. Delito cumulativo: mera refração do “princípio de precaução” no território penal?.....	368

7. A Contracrítica de KUHLEN.....	373
8. Inferências conclusivas do Capítulo.....	374

CAPÍTULO VII

O problema da acumulação e a tutela de bens jurídicos coletivos – simultaneamente um diálogo com a técnica do perigo abstrato

1. Considerações prodrômicas.....	386
2. Características mais salientes dos bens jurídicos coletivos.....	387
3. Bens jurídicos coletivos como estruturas autônomas.....	392
4. Bem jurídico coletivo: o paradigmático exemplo da tutela penal do ambiente.....	398
5. Sistematização dos Bens Coletivos como motor para uma reperspectivação dogmática da categoria do perigo abstrato à luz da ideia de acumulação (HEFENDEHL).....	405
5.1. Ideia de acumulação como um equivalente material à falta de uma causalidade lesiva real.....	409
5.2. Dados criminológicos subjacentes a uma “prognose realista de acumulação” em HEFENDEHL.....	411
5.3. Acumulação como quarto nível de ofensividade.....	412
6. O enquadramento do delito cumulativo na proposta de ressystematização dos delitos de perigo em WOHLERS.....	418
6.1. Legitimação do delito cumulativo – requisitos preliminares.....	421
6.1.1. Legitimidade geral da acumulação.....	422
6.1.2. Nódulos legitimantes específicos do delito cumulativo.....	424
6.1.2.a) Limitação da ingerência penal a efeitos cumulativos realisticamente prognosticáveis.....	425
6.1.2.b) O critério do peso próprio mínimo.....	427
6.1.2.c) Limitações normativas impostas pelo “dever de cooperação”.....	427
7. O Problema da acumulação sob o crivo crítico da doutrina portuguesa.....	430

7.1. FIGUEIREDO DIAS: delito cumulativo como tutela antecipada das “gerações futuras”	430
7.1.1. Delito cumulativo: tutela penal funcionalmente limitada a bens jurídicos coletivos dotados de referente axiológico-constitucional.....	431
7.1.2. O problema da acumulação e a necessidade de proteção subsidiária do mundo vindouro contra os grandes riscos.....	434
7.1.3. Delito cumulativo e dependência da dogmática da acumulação de uma cláusula de acessoriedade administrativa.....	437
7.1.4. Delito cumulativo como delito estruturalmente de perigo abstrato.....	438
7.2. SILVA DIAS: delito cumulativo como delito de risco.....	440
7.2.1. Fundamentos de teoria da sociedade como chave explicativa da contemporânea relevância axiológica do contributo cumulativo.....	443
7.2.2. Contributo cumulativo: vulneração de uma obrigação social de solidariedade.....	446
7.2.3. Refutação do delito cumulativo à luz das estruturas do “mundo da vida”	447
8. Considerações do Capítulo.....	451

CAPÍTULO VIII

Delito Cumulativo e Tutela Penal do Ambiente Natural

1. O meio ambiente como objeto de proteção penal.....	457
2. Teorias legitimadoras da tutela ambiental.....	460
2.1. Esboço de uma orientação estritamente antropocêntrica.....	460
2.2. Teoria ecocêntrica.....	463
2.3. A Teoria ecológico-antropocêntrica.....	465
2.3.1 Eco-antropocentrismo alargado às “futuras gerações”	468
3. O meio ambiente como conceito relacional: defesa de uma concepção estrita para fins de tutela penal.....	470

4. Dignidade penal do bem jurídico ambiental.....	475
5. Direito penal ambiental e o papel do direito administrativo.....	478
6. Direito penal ambiental e acessoriedade administrativa.....	480
7. Meio ambiente: bem jurídico coletivo.....	486
7.1. Meio-ambiente como bem jurídico coletivo complexo dotado de uma tópica tangibilidade.....	487
7.2. Tutela penal do ambiente: necessidade de superação tópica da técnica de tutela do perigo abstrato.....	491
7.3. Proposta de tutela penal fragmentariamente antecipada do ambiente.....	493
8. Direito penal (econômico) do ambiente e o problema da acumulação: essencialidade de uma autônoma imputação coletiva.....	498
9. Considerações.....	504

CAPÍTULO IX

A Dogmática da Acumulação em Face de Problemas de Causalidade e de Imputação do Resultado

1. Introdução.....	514
2. Abandono do conceito causal?.....	516
3. Necessidade de redimensionamento do princípio determinista: proposta de limitada abertura às leis probabilísticas.....	518
4. O delito cumulativo e a chamada “causalidade cumulativa”	522
4.1. Causalidade cumulativa “tradicional” e o problema da acumulação de contributos na constelação ambiental.....	522
4.2. Acumulação e autoria paralela: possibilidade de integração conceitual para o efeito de imputação do aporte singular?.....	528
4.3. Autoria coletiva paralela: vinculação aos territórios de acumulação.....	531
4.4. Autoria coletiva paralela: sanção penal proporcional ao contributo singular aditivo.....	536
4.5. Acumulação e a teoria da equivalência das condições.....	538

4.6. Acumulação de contributos mínimos analisada sob o ângulo da definição do resultado.....	541
4.7. Teoria do resultado em sua concreta configuração.....	544
4.8. Contributo acumulativo à luz do problema da prévia individualização do resultado.....	548
4.8.1. Imputação pelo resultado global.....	549
4.8.1.a) Crítica à imputação pelo resultado global.....	552
4.8.2. Imputação pelo resultado parcial (SAMSON).....	553
4.8.2.a) Crítica à imputação pelo resultado parcial.....	559
4.9. Consideração intercalar.....	560
4.10. Imputação em hipótese de delito cumulativo de resultado quantificável (o contributo de PUPPE).....	561
4.11. Imputação da responsabilidade em hipótese de um resultado insuscetível de quantificação.....	563
5. O problema da insignificância no paisagem do direito penal do ambiente: confronto com o problema da acumulação.....	564
5.1. A relevância da delimitação do "limiar de significância"	570
6. Considerações do Capítulo.....	574

CAPÍTULO X

O CONTRIBUTO SINGULAR À LUZ DO “CONTEXTO DE ACUMULAÇÃO”

1. Acumulatividade Penal à luz da noção de crime de perigo abstrato em “contextos instáveis”	583
2. “Contexto instável de acumulação” como critério objetivo-normativo de verificação da perigosidade da conduta.....	588
3. Contexto instável de acumulação como requisito adicional a que se perfaça uma condição objetiva de punibilidade.....	596
4. Breve olhar para a legislação penal portuguesa: possibilidade de um delito cumulativo de <i>lege lata</i> ?.....	599

5.Considerações do capítulo.....610

Bibliografia:.....
.....619

Índice:.....
.....659

