

TOMÁS GRINGS MACHADO

Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre
2008

TOMÁS GRINGS MACHADO

Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada pela Banca Examinadora em 18 de dezembro de 2008.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Giovanni Agostini Saavedra
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva
Universidade Luterana do Brasil – ULBRA – Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M149o Machado, Tomás Grings

Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas. / Tomás Grings Machado. – Porto Alegre, 2008.
192 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUCRS.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.
Orientação: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal Ambiental. 2. Ofensividade.
3. Crimes de Perigo Abstrato. 4. Fundamentação Onto-Antropológica. 5. Ofensa de Cuidado-de-Perigo.
I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.347

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 O LIMIAR DA MODERNIDADE E DO PENSAMENTO MODERNO. PRESSUPOSTOS E IMPACTO JUNTO AO DIREITO PENAL: UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO..... | 12 |
| 1.1 PONTO DE PARTIDA: A TEMPORALIDADE COMO QUESTÃO DA QUAL NÃO SE ESCAPA. A IMPOSSIBILIDADE DE UM PENSAMENTO TOTALIZANTE..... | 12 |
| 1.2 A CRISE DA RACIONALIDADE MODERNA: PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE..... | 18 |
| 1.2.1 O SABER E AS SUAS FORMAS DE AQUISIÇÃO: O EMERGIR DA LÓGICA MODERNA..... | 18 |
| 1.2.2 REFLEXO DA CRISE DO PENSAMENTO MODERNO: A FUGA OU O NÃO ENFRENTAMENTO DA VIDA; O ABANDONO DO PENSAMENTO QUE MEDITA..... | 23 |
| 1.2.3 A BUSCA PELA VERDADE: O DESCASO COM O CONTEXTO. A NATUREZA COMO FONTE..... | 29 |
| 1.2.4 PROBLEMAS METODOLÓGICOS DO DIREITO, UMA PROPOSTA DE RECUPERAÇÃO: KAUFMANN E CASTANHEIRA NEVES..... | 32 |
| 1.3 DERROCADA DA MODERNIDADE..... | 39 |
| 1.3.1 A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO VIVIDO: A SOCIEDADE DO RISCO (<i>RISIKOGESELLSCHAFT</i>) E O COLAPSO DO ESTADO-PROVIDÊNCIA..... | 43 |
| 1.3.2 ABANDONO DA RACIONALIDADE MODERNA?..... | 46 |
| 1.4 IMPACTO JUNTO AO DIREITO PENAL: IMPOSSIBILIDADE DE UMA COMPLETA RUPTURA..... | 52 |
| 2 FUNDAMENTAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: UMA APROXIMAÇÃO..... | 63 |
| 2.1 ILÍCITO E PENA COMO CATEGORIAS ESSENCIAIS AO DIREITO PENAL: PONTO DE PARTIDA E DESDOBRAMENTOS..... | 63 |
| 2.1.1 A COMPREENSÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL. A <i>SORGE</i> COMO FUNDAMENTO DA RELAÇÃO MATRICIAL DE CUIDADO-DE-PERIGO..... | 66 |
| 2.2 O ILÍCITO PENAL DE BASE MATERIAL COMO FUNDAMENTO E LIMITE DO DIREITO PENAL..... | 71 |
| 2.3 O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS: O ILUMINISMO E O PRIMADO OBJETIVISTA DO ILÍCITO..... | 73 |

| | |
|--|------------|
| 2.4 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: CAPACIDADE DE RENDIMENTO À LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL..... | 78 |
| 2.5 A OFENSA AO BEM JURÍDICO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO CRIME..... | 82 |
| 2.5.1 A DUPLA CAPACIDADE OPERATÓRIA DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: <i>LEGE LATA</i> E <i>LEGE FERENDA</i> | 84 |
| 2.5.2 A ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DE DERROGA DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: RESISTÊNCIA E VALIDADE DO LIMITE..... | 87 |
| 2.5.3 O DIREITO PENAL SECUNDÁRIO COMO ESPAÇO DE TENSÃO DO LIMITE: CUSTO DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO..... | 90 |
| 3 CRIMES DE PERIGO E OFENSIVIDADE: UM NÓDULO PROBLEMÁTICO..... | 95 |
| 3.1 O PERIGO COMO FORMA DE OFENSA LIMITE E NÃO COMO NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO..... | 95 |
| 3.2 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DE UMA LEITURA ESTRITAMENTE FORMAL..... | 98 |
| 3.2.1 PERIGO AO BEM JURÍDICO COMO REALIDADE DESVALIOSA AUTÔNOMA AO DANO..... | 102 |
| 3.2.2 O PERIGO COMO PORTADOR DE UM MÍNIMO DE DESVALOR DE RESULTADO EM OPOSIÇÃO AO CARÁTER PREVENTIVO DOS CRIMES DE PERIGO..... | 107 |
| 3.3 O PERIGO COMO REALIDADE NORMATIVA..... | 111 |
| 3.3.1 O REAL-CONSTRUÍDO COMO PLANO DE ANÁLISE DO DESVALOR DE PERIGO..... | 113 |
| 3.4 A RECONDUÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO AO GRUPO DOS CRIMES PORTADORES DE DESVALOR DE RESULTADO: A IDENTIFICAÇÃO DA OFENSA AO BEM JURÍDICO..... | 115 |
| 3.5 A <i>OFENSA DE CUIDADO-DE-PERIGO</i> COMO EFETIVO DESVALOR DE RESULTADO: CONTRIBUTO DE UMA LEITURA DE BASE ONTO-ANTROPOLÓGICA À COMPREENSÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO..... | 121 |
| 3.5.1 CRITÉRIOS DE ACERTAMENTO DO DESVALOR DE RESULTADO PROPOSTOS PELA TEORIA..... | 126 |
| 4 UM PONTO DE PARADA E DE ADENSAMENTO: OS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE..... | 138 |
| 4.1 O BEM JURÍDICO COMO LIMITE E REFORÇO DO DIREITO PENAL COMO ORDEM DE LIBERDADE..... | 138 |
| 4.2 BEM JURÍDICO NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE: IMPORTÂNCIA DO HORIZONTE DE COMPREENSÃO NA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO..... | 147 |
| 4.3 A TÉCNICA DOS CRIMES DE ACUMULAÇÃO (<i>KUMULATIONSDELIKTE</i>)..... | 155 |

4.3.1 SUBSTITUIÇÃO E ACERTAMENTO DA TÉCNICA DOS CRIMES DE ACUMULAÇÃO: RECONDUÇÃO AOS LIMITES DA OFENSA DE CUIDADO-DE-PERIGO.....159

4.3.2 A IMPORTÂNCIA DA LEITURA DO CONTEXTO: A NOÇÃO DE CONTEXTO DE INSTABILIDADE.....162

CONCLUSÃO.....168

BIBLIOGRAFIA.....172

RESUMO

O presente estudo busca analisar tanto o contexto em que vivemos, os reflexos que os avanços tecnológicos já percebidos ensejam no tratamento e na compreensão do direito penal ambiental, como as dificuldades que decorrem do reconhecimento do direito penal enquanto fruto de uma racionalidade técnico-instrumental que passa a exigir a sua “superação” em razão de uma equivocada e insustentável valorização da dimensão puramente formal do ilícito. A análise aqui empreendida se dá no sentido de que a recondução do direito penal aos limites de legitimidade impostos pela ordem constitucional apenas se mostra viável por meio de uma revisão e de um profundo aprimoramento do conteúdo material do ilícito. Uma categoria que (re)pensada a partir dos limites evidenciados pela racionalidade técnico-instrumental ganha significativa capacidade de rendimento para uma demarcação efetiva da matéria penalmente relevante. Orientação essa que adota uma reflexão do direito penal de base *onto-antropológica* (Faria Costa), cujo fundamento se encontra na relação matricial de cuidado-de-perigo e que torna possível a identificação de um elemento material do ilícito junto aos crimes de perigo abstrato expresso pela sua correspondente forma de ofensa: a *ofensa de cuidado-de-perigo* (D’Avila). Tais questões, mais do que pontos de partida são essenciais para uma adequada e legítima compreensão dos crimes de perigo-abstrato e da sua correspondente forma de ofensa, precisamente por considerarem na sua análise tanto a complexa natureza do bem jurídico que se está a tutelar, como o complexo contexto no qual as condutas ofensivas ao meio ambiente encontram espaço.

A pesquisa se encontra vinculada à Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, Área de Concentração: Sistema Penal e Violência, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Palavras-chave: direito penal ambiental – ofensividade – crimes de perigo abstrato – fundamentação onto-antropológica – ofensa de cuidado-de-perigo

ABSTRACT

The aim of the present study is to analyse the reality in which we live, related to the technological advances and its consequences in the context of environmental criminal law as well as the difficulties in recognizing criminal law as a result of a technical and instrumental rationality. In this regard the concept of Criminal Law, which follows the legitimacy's limits once widely sheltered in the picture of the constitutional rule, must have a thoughtful review and also an improvement regarding substantial criminal law figures. Moreover the study brings a reflection in the field of criminal law based on an *onto-anthropological* view (Faria Costa). This onto-anthropological idea finds its basic element at the significant relation of care-of-danger matter in which allows us to identify the substantial criminal law's element. Furthermore, offensiveness of crimes of abstract danger has also been expressed in the way of an *offence of care-of-danger* (D'Avila). These topics more than starting points, are fundamental to the understanding of the abstract endangerment crime's conception and its equivalent form of offences. Because the consumption of natural resources under the economic conditions of unleashed global capitalism in its huge dimensions is mostly legal, it is not feasible to see the environment, as the genuine legal interest the criminal law has to protect. The complexity of contemporary environmental problems gives rise to an uneven application of the legislation and causes problems for those applying the law at higher levels within the justice system.

The subject of the thesis is tightly linked with the following research content: Contemporary criminal justice system, specialization area: Criminal System and violence from Postgraduate Program in Criminal Law at Pontifical Catholic University (Porto Alegre).

Keywords: Environmental Criminal Law – Offensivity – abstract endangerment crime – onto-anthropological foundation – offence of care-of-danger.

INTRODUÇÃO

Tudo no mundo está dando respostas, o que demora é o tempo das perguntas.
(SARAMAGO, José, *Memorial do Convento*)

A temática a que se pretende o presente estudo busca atender às profundas e constantes modificações sociais sentidas no nosso tempo. Tais mudanças mais do que darem formas e coloridos novos a tudo aquilo que nos cerca, ainda permitem um profundo refletir sobre o direito penal e os desafios que o esgotamento de uma racionalidade técnico-instrumental acaba por colocar, especialmente, nos dias de hoje. Em razão disso, a leitura aqui empreendida busca analisar a lógica que perpassa o conhecimento moderno, o impacto que esse conhecimento técnico-científico, desenvolvido na modernidade, encontrou junto ao direito penal, bem como, os efeitos e conseqüências que o esgotamento desse paradigma trouxe ao direito penal. Ao assim empreendermos nossa leitura, não se pretende estabelecer qualquer cadeia de causa e efeito entre as questões por nós analisadas, mesmo porque, uma leitura realizada nesse sentido seria antagônica à nossa compreensão acerca dos fatos, além de manter presente a mesma lógica moderna. Daí por que pretendemos apenas traçar um breve panorama acerca da implementação da racionalidade moderna e de seu colapso, sobretudo, no plano jurídico-penal. O que aqui se pretende é, em grande medida, promover uma contextualização da discussão que se seguirá, buscando justificativas para as reflexões que nos propomos. Tarefa essa que fica reservada ao primeiro capítulo.

Nessa linha e em comprometido esforço de manutenção do direito penal com as marcas essenciais daquilo que o identifica e o diferencia das demais esferas do conhecimento jurídico, buscamos uma leitura acerca dos fundamentos do direito penal. Em todo o caso uma leitura que de início já se encontra comprometida com aquilo que o crime é e não propriamente com as conseqüências que o crime possa vir a ter. Para esse fim, pretende-se buscar na compreensão onto-antropológica do direito penal (Faria Costa) o necessário fundamento do direito penal, o qual, a partir da sua projeção no plano jurídico, permite o

reconhecimento do princípio da ofensividade como verdadeira marca do direito penal. Em razão disso, a leitura empreendida no segundo capítulo busca identificar no princípio da ofensividade um imprescindível pilar de sustentação do direito penal e do qual, mesmo diante dos mais complexos espaços de criminalização, jamais se poderá abrir mão, sob pena da sua completa descaracterização o que o mesmo é dizer, de uma total perda dos limites que o direito penal deve guardar.

Em um terceiro momento, a partir do núcleo problemático que os crimes de perigo representam, busca-se realizar uma leitura acerca da compatibilidade que esses crimes guardam com o princípio da ofensividade. É claro que, uma vez invocada a fundamentação onto-antropológica do direito penal no capítulo anterior, nesse terceiro momento já nos encontramos devidamente comprometidos e vinculados a essa orientação, de tal sorte que a leitura aqui empreendida se encontra manifestamente orientada pelos contornos e problemáticas deflagradas por essa forma de estruturar o direito penal. Além disso, busca-se a partir da noção de ofensa de cuidado-de-perigo (D'Avila) empreender uma comprometida recuperação da categoria dos crimes de perigo abstrato buscando nesses crimes um *minimum* em termos de desvalor de resultado.

Por fim, como verdadeiro ponto de convergência da análise empreendida ao longo do presente estudo, busca-se realizar, ainda que de forma muito breve, uma análise dos crimes ambientais identificando os problemas relativos ao bem jurídico tanto em relação aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, como daqueles relativos ao horizonte interpretativo do bem jurídico do meio ambiente. Ao final, objetiva-se analisar a técnica dos crimes de acumulação (Kuhlen) bem como as dificuldades que surgem dessa construção dogmática, especialmente da sua conciliação com os princípios estruturantes do direito penal que, segundo a leitura aqui realizada, necessariamente devem passar pelo princípio da ofensividade. Por isso é que, para além da leitura acerca dos crimes de acumulação, busca-se empreender a comprometida substituição da categoria dos crimes de acumulação, agora, não mais construídos a partir da sua hipotética repetição, mas antes com base na noção de contextos instáveis (D'Avila).

CONCLUSÃO

Ergo-me da cadeira de onde, fincado distraidamente contra a mesa, me entretive a narrar para mim estas impressões irregulares. Ergo-me, ergo o corpo nele mesmo, e vou até à janela, alta acima dos telhados, de onde posso ver a cidade ir a dormir num começo lento de silêncio. A lua, grande e de um branco branco, elucida tristemente as diferenças socalcadas da casaria. E o luar parece iluminar acidamente todo o mistério do mundo. Parece mostrar tudo, e tudo é sombras com misturas de luz má, intervalos falsos, desniveladamente absurdos, incoerência do visível. Não há brisa, e parece que o mistério é maior. Tenho náuseas no pensamento abstrato. Nunca escreverei uma página que me revele ou que revele alguma coisa. Uma nuvem muito leve paira vaga acima da lua, como um esconderijo. Ignoro, como estes telhados. Falhei, como a natureza inteira.

(PESSOA, Fernando, *O livro do desassossego por Bernardo Soares*)

Chegados até aqui, podemos formular as seguintes proposições finais que, antes de verdadeiros e definitivos pontos de chegada, devem ser compreendidos como novos pontos de partida:

1. O reconhecimento da temporalidade permite reconhecer que toda a pesquisa será sempre uma leitura empenhada e que jamais poderá ter a pretensão de ser total ou absoluta. Além disso, é, precisamente, a retomada da temporalidade uma expressão clara do caráter finito, precário e parcial de tudo aquilo que é humano.

2. O exaurimento da lógica de pensamento moderna, fechada em si mesma e sem considerar o contexto na qual se encontra inserida, é percebida nas mais diversas áreas do saber e o direito não poderia ficar imune a esses impactos.

3. Mais do que afirmar que a racionalidade técnico-instrumental encontra os seus limites nos dias de hoje, devemos buscar um constante aprimoramento dos mecanismos legados pela modernidade. O que não devemos é propor uma completa ruptura com o modelo

anterior buscando a construção de um novo modelo. Essa opção nada mais seria do que a manutenção da lógica de pensamento moderno.

4. Os impactos da crise do pensamento moderno são sentidos no direito penal e propõe justamente aquilo que antes refutávamos. A saber: a ruptura com o modelo anterior. Diante disso, mais do que a construção de um novo modelo de direito penal, devemos empreender uma comprometida manutenção das suas estruturas de garantia e legitimidade legadas pela modernidade e, com base nesses elementos que diferenciam o direito penal dos demais campos do saber jurídico, realizar o enfrentamento das complexas questões e dificuldades que o real-verdadeiro nos apresenta.

5. *A fundamentação onto-antropológica do direito penal* (Faria Costa), mais do que uma leitura estritamente jurídica do direito penal permite que o fundamento do direito penal venha a ser localizado em outro ponto que não a estrita positividade. No nosso caso torna possível o reconhecimento de uma dimensão de fundamentação a partir de um horizonte filosófico de traço heideggeriano fundado na relação de Cuidado complementado pela necessária dimensão relacional do ser humano. Em todo caso, um fundamento de ordem filosófica que se projeta na ordem jurídica permitindo reconhecer que o fundamento do direito penal, enquanto ordem jurídica, deve ser localizado no ilícito, verdadeira expressão de um direito penal fundado na noção de ofensa a bens jurídicos.

6. Mais do que uma exclusiva leitura a respeito do ilícito penal material como pedra angular do conceito de crime, a leitura empreendida permite reconhecer que somente com base na análise conjunta de desvalor de resultado e desvalor da ação é que será possível compreender o ilícito penal em toda a sua complexa densidade axiológica.

7. A invocação do modelo de crime como ofensa a bens jurídico, mais do que uma construção que se apresenta como consequência da separação entre Estado e Igreja, torna possível surpreender que juntamente da noção de bem jurídico deve encontrar espaço uma indagação acerca da ofensa a esse bem. Nesses termos, temos que o desenvolvimento do princípio da ofensividade encontra plena sintonia e aderência na leitura que até aqui foi empreendida.

8. É interessante notar que mais do que um princípio orientado apenas ao plano legislativo, o princípio da ofensividade possui igual capacidade operatória no plano hermenêutico-aplicativo, o que permite a sua aplicação em todos os casos servindo de

verdadeiro filtro de contenção do direito penal. E, para além disso, torna possível a sua utilização enquanto verdadeira ferramenta de recuperação de figuras penais tradicionalmente reconhecidas como desprovidas de qualquer ofensa a um bem jurídico.

9. Ao reconhecermos no princípio da ofensividade um princípio que marca, definitivamente, aquilo que compreendemos como direito penal, devemos ainda destacar a necessidade de reconhecimento da absoluta impossibilidade de derroga desse princípio, sob pena de completa descaracterização do direito penal.

10. Prova da capacidade de recuperação desempenhada pelo princípio da ofensividade pode ser localizada nas figuras de perigo, mais precisamente, nos crimes de perigo abstrato. É, portanto, a partir da análise dessas figuras típicas que será possível identificar a noção de *ofensa de cuidado-de-perigo* (D'Avila) como verdadeira forma limite de ofensa admitida em direito penal.

11. A ofensa de cuidado-de-perigo como efetivo desvalor de resultado pode ser expressa na forma de uma *desvaliosa interferência jurídico-penalmente relevante na esfera de manifestação do bem jurídico* (D'Avila). É dizer: nos crimes de perigo abstrato o desvalor de resultado se manifesta enquanto possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico e será aferido com base na realização de *um juízo ex ante de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido e, posteriormente, um juízo negativo de significação dessa possibilidade* (D'Avila)

12. Em relação aos crimes contra o meio ambiente, podemos concluir afirmando que a proteção do meio ambiente, mais do que exigir o prévio reconhecimento de um bem jurídico deve também indagar a partir de que horizonte se está a definir esse bem jurídico. Por outras palavras, a maior ou menor dimensão do conceito de meio ambiente dependerá do referencial que se adota para o reconhecimento do bem jurídico. Nesses termos, a leitura aqui empreendida considera que o meio ambiente deve ser compreendido enquanto uma compreensão ecológico-antropocêntrica que permite o reconhecimento e a tutela do meio ambiente enquanto valor em si.

13. A técnica de tutela dos crimes de acumulação (*Kumulationsdelikte*), mais do que uma categoria dogmática que apresenta uma série de dificuldades de acertamento e de legitimidade, mostra-se como técnica de tutela impossível de ser recuperada com base na re-leitura dos crimes de perigo abstrato fundado na ofensa de cuidado-de-perigo. Por essa razão,

antes da sua recuperação, o que aqui se defende é a substituição dessa construção dogmática por um crime de perigo abstrato que leve em consideração a noção de *contexto de instabilidade* (D'Avila), responsável pelo acerto e concretização da ofensa de cuidado-de-perigo expressa pela possibilidade não insignificante de convergência de todos os fatores conjunturais que compõem esse contexto e que uma vez presentes determinariam, não a possibilidade não insignificante de dano, mas sim, o próprio dano ao bem jurídico.

14. Como importante elemento de definição e acerto da noção de contexto de instabilidade, mostra-se necessário um comprometido empenho e aprimoramento dos mecanismos de acessoriedade administrativa, além da utilização de cláusulas mínimas como condição de possibilidade para o reconhecimento do cometimento de uma infração penal.