

PEDRO LUÍS SCHMITT JORDÃO

**A TIPICIDADE NAS LEIS PENAIS AMBIENTAIS E SEUS
REFLEXOS EM PROVEITO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

MESTRADO

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

Osasco

2005

A TIPLICIDADE NAS LEIS PENAIS AMBIENTAIS E SEUS
REFLEXOS EM PROVEITO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA

UNIFIEO

2005
2005
1691
T

PEDRO LUÍS SCHMITT JORDÃO

**A TIPICIDADE NAS LEIS PENAIS AMBIENTAIS
E SEUS REFLEXOS EM PROVEITO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MESTRADO

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO
Osasco
2005

PEDRO LUÍS SCHMITT JORDÃO

**A TIPICIDADE NAS LEIS PENAIS AMBIENTAIS
E SEUS REFLEXOS EM PROVEITO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto: A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Política Social e Econômica, inserido na linha de pesquisa: Direitos Fundamentais em sua dimensão material, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo.

Osasco

2005



CDU T
PHA JGGt.
2005
ASS. *WPK*

PEDRO LUÍS SCHMITT JORDÃO

**A TIPICIDADE NAS LEIS PENAIS AMBIENTAIS E SEUS REFLEXOS
EM PROVEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

São Paulo, 09 de maio de 2005.

Nota: 100/05

100/05

100/05

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, pelos ricos ensinamentos transmitidos no decorrer do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário FIEO.

RESUMO

A importância da preservação do Meio Ambiente hoje é fundamental em todo o Mundo, em virtude de sua acelerada degradação que traz como consequência direta, prejuízo para a sadia qualidade de vida no planeta e, indiretamente, sua inviabilização para as futuras gerações. O homem deve ser entendido como um produto cultural, ou seja, constituído em parte pela natureza e em parte pela história. Nesse sentido o homem abraça todas as dimensões do fazer humano e a todas resume: a razão, a vontade, a liberdade, enquanto condições subjetivas necessárias para produzir cultura; linguagem, técnica, religião, literatura, etc. Por esse motivo, a nossa Constituição Federal estabelece nos seus primeiros artigos, os princípios fundamentais que garantirão o pleno exercício dos Direitos Humanos Fundamentais. Assim sendo, o nosso País é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Como um Estado Democrático de Direito, tem o seu fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa. Com a evolução do conceito de Estado, demonstra-se como as gerações de Direitos Humanos Fundamentais foram gerados: os de liberdade, os de igualdade e os direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. A nossa Constituição Federal de 1988, inspirando-se nos vinte e seis princípios consagrados na Carta da Conferência das Nações Unidas, e 1972 em Estocolmo, assegurou a defesa dos interesses difusos do meio ambiente no art. 225, e em outros dispositivos esparsos, elegendo-o a categoria de bem jurídico merecedor de tutela penal como medida de política criminal. Foram editado três diplomas legais: a Lei 7.716, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor, a Lei 8.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e a Lei 9.605/98, que trata dos crimes contra a fauna, a flora, a poluição, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e contra a administração ambiental. Finalmente, Visa este trabalho mostrar as dificuldades encontradas pelos Operadores do Direito para realização do *Juízo de Tipicidade* na lei penal ambiental, em face da natureza multifacetária da matéria e da característica pluriofensiva das agressões.

ABSTRACT

The importance of the preservation of the environment today is all over the world fundamental, by virtue of your accelerated degradation that brings as direct consequence, damage for the healthy life quality in the planet and, indirectly, your impracticability for the future generations. The man should be understood as a cultural product, in other words, constituted partly by the nature and partly for the history. In that sense the man hugs all the dimensions of doing human and the all it summarizes: the reason, the will, the freedom, while necessary subjective conditions to produce culture; language, technique, religion, literature, etc. For that reason, our Federal Constitution establishes in your first goods, the fundamental beginnings that will guarantee the full exercise of the Fundamental Human Rights. Like this being, our Country is a Federative Republic, formed by the indissoluble union of States and Municipal districts and of Distrito Federal. As a Democratic State of Right, has your foundation in the sovereignty, in the citizenship, in the human person's dignity, in the social values of the work and in the free initiative. With the evolution of the concept of State, it is demonstrated as the generations of Fundamental Human Rights were generated: the one of freedom, the one of equality and the solidarity rights or fraternity, that include the right to a balanced environment, a healthy life quality, to the progress, the peace, the self-determination of the people and the other diffuse rights. Our Federal Constitution of 1988, being inspired by the twenty-six beginnings consecrated in the Letter of the Conference of the United Nations, and 1972 in Estocolmo, it assured the defense of the diffuse interests of the environment in the art. 225, and in other scattered devices, choosing it the category of well juridical worthy of it tutors penal as measure of criminal politics. Three legal diplomas were edited: the Law 7.716, that defines the crimes of race prejudice or of color, the Law 8.974/95, that establishes norms for the use of the techniques of genetic engineering and liberation in the environment of organisms genetically modified and the Law 9.605/98, that treats of the crimes against the fauna, the flora, the pollution, against the urban laws and the cultural patrimony and against the environmental administration. Finally, it seeks this work to show the difficulties found by the Operators of the Right for accomplishment of the Judgement of types in the environmental penal law, in face of the many nature of the matter and of the different characteristics of the aggressions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL.....	07
1. Estado Democrático de Direito.....	08
1.1. Conceito de Estado.....	08
1.2. Origem do Estado.....	08
1.3. Estado de Direito.....	10
1.4. Evolução do conceito de Estado de Direito.....	10
1.4.1. Burguesia.....	12
1.4.2. A revolução industrial.....	13
1.4.3. Capitalismo.....	13
1.4.4. Socialismo.....	15
1.4.5. Globalização.....	18
1.4.6. Neoliberalismo.....	22
1.5. Democracia.....	25
1.5.1. Conceito.....	25
1.5.2. Origem.....	25
1.5.3. Conceitos dos filósofos gregos sobre as formas de governo.....	27
1.5.4. Democracia direta ou clássica, democracia representativa e democracia semidireta.....	28
2. Soberania.....	32
3. Cidadania.....	33
4. Dignidade da pessoa humana.....	35
4.1. Definição e conceito.....	35
4.2. A expressão jurídica da dignidade humana.....	37
4.3. O direito à igualdade.....	38
4.4. A tutela da integridade psicofísica.....	39
4.5. O direito à liberdade e o dever de solidariedade.....	41
5. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.....	43
6. O pluralismo político.....	44

7. Poderes da União.....	44
7.1. Poder Legislativo.....	46
7.2. Poder Executivo.....	47
7.3. Poder Judiciário.....	48
7.4. Estados-membros.....	49
7.4.1. Auto-organização e normatização própria.....	49
7.4.2. Auto-governo.....	51
7.4.3. Auto-administração.....	51
7.5. Municípios.....	52
7.6. Distrito Federal.....	53
8. Fundamentos democráticos do Estado brasileiro.....	53
9. Objetivos fundamentais da República do Brasil.....	54
CAPÍTULO II - MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO.....	55
1. Gerações de Direitos Fundamentais.....	55
2. Conferências Mundiais para o Meio Ambiente.....	57
2.1. A 1ª Conferência Mundial para o Meio Ambiente.....	57
2.2. A 2ª Conferência Mundial - ECO-92.....	58
2.2.1. Carta da Terra.....	59
2.2.2. Agenda 21.....	59
2.2.3. Clima e florestas.....	59
2.2.4. Biodiversidade.....	60
3. Previsão constitucional.....	61
4. Princípios fundamentais do Direito Ambiental.....	63
4.1. Princípio do Direito Humano Fundamental.....	63
4.2. Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal.....	63
4.3. Princípio da prevenção e da precaução.....	64
4.4. Princípio da participação.....	64
4.4.1. Princípio da informação ambiental.....	65
4.4.2. Educação ambiental.....	66
4.5. Princípio da ubiqüidade.....	67
4.6. Princípio do poluidor-pagador ou da responsabilização.....	67
4.7. Princípio do desenvolvimento sustentável.....	68
5. Interesse jurídico.....	69

5.1. Distinção de interesse e bem.....	70
5.2. Categorias de interesses.....	71
5.2.1. Ponto de vista jurídico.....	72
5.2.2. Divisão.....	72
5.2.3. Interesses Individuais Homogêneos.....	75
5.2.4. Interesses Coletivos.....	76
5.2.5. Interesses Difusos.....	78
5.3. Características dos Interesses Difusos.....	80
5.4. Distinção dos Interesses Públicos, Coletivos e Individuais Homogêneos....	81
6. Bem ambiental: conceito legal e previsão Constitucional dos interesses e direitos difusos.....	85
7. Definição de meio ambiente.....	88
8. Aspectos do meio ambiente.....	89
8.1. Meio ambiente natural ou físico.....	89
8.2. Meio ambiente artificial.....	90
8.3. Meio ambiente cultural.....	91
8.3.1. Cultura.....	93
8.3.2. Racismo.....	94
8.4. Meio ambiente do trabalho.....	96
8.5. Patrimônio genético da Pessoa Humana.....	97
9. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.....	103
9.1. Previsão legal.....	103
9.2. Objetivos.....	104
9.3. Princípios.....	104
9.4. Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA.....	105
9.5. Instrumentos.....	106
9.6. Penalidade aos infratores da Política Nacional do Meio Ambiente.....	106
CAPÍTULO III - TIPO PENAL e TIPICIDADE.....	107
1. Direito e concepção do mundo.....	107
2. Estrutura da ação e do tipo.....	110
3. Tipo Penal.....	113
3.1. Noção de tipo.....	113
3.2. Conceito de tipo penal.....	116

3.3. Funções do tipo penal.....	118
3.4. Classificação dos tipos penais.....	121
3.4.1. básicos ou fundamentais e derivados.....	121
3.4.2. simples e mistos.....	121
3.5. Relação do tipo com a antijuridicidade.....	121
3.6. Elementos gerais do tipo.....	122
3.6.1. Ação.....	123
3.6.2. Sujeitos.....	123
3.6.3. Objeto.....	124
3.7. Elementos estruturais do tipo.....	124
3.7.1. Elementos objetivos-descritivos.....	125
3.7.2. Elementos normativos.....	127
3.7.3. Elementos subjetivos.....	131
3.8. Modalidades técnico-legislativas dos tipos.....	137
3.8.1. Tipos legais e tipos judiciais.....	139
3.8.2. Tipos abertos e tipos fechados.....	140
3.8.3. A lei penal em branco.....	141
3.9. Erro sobre elementos do tipo.....	143
3.10. Erro Sobre a Ilícitude do Fato.....	144
3.11. Princípios: da adequação social; da insignificância; e da ofensividade.....	145
3.11.1. Princípio da adequação social.....	145
3.11.2. Princípio da insignificância.....	147
3.11.3. Princípio da Ofensividade.....	148
4. Tipicidade.....	149
4.1. Noção e conceito de tipicidade.....	149
4.2. Origem do conceito de tipicidade.....	151
4.3. Tipicidade imediata e tipicidade mediata.....	155
4.4. Fases da tipicidade.....	156
CAPÍTULO IV - CARACTERÍSTICAS DOS TIPOS PENAIS AMBIENTAIS.....	168
1. Tipo aberto e tipo de norma penal em branco.....	168
2. Uso de elementos normativos.....	172
3. Crime de perigo e crime de dano.....	174
4. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	180

4.1. Teorias sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.....	182
4.2. Posição dos Autores favoráveis à responsabilização penal das pessoas jurídicas.....	185
4.3. Incompatibilidades dogmáticas da responsabilidade penal da pessoa jurídica frente à Teoria do Delito – posição de Outros autores.....	187
4.4. A Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição de 1988.....	191
4.5. A (in) validade da lei nº 9.605, de 12.02.98 (Lei ambiental) para alguns doutrinadores, no que concerne à responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	197
4.6. Ementas sobre decisões de nossos Tribunais, favoráveis e desfavoráveis à responsabilização penal da pessoa jurídica.....	201
4.6.1. Decisões Desfavoráveis.....	201
4.6.2. Decisões favoráveis.....	201
CAPÍTULO V - A leis penais ambientais.....	204
1. A Lei 9605/98.....	204
1.1. Crimes contra a fauna.....	205
1.2. Crimes contra a flora.....	221
1.3. Poluição e outros crimes ambientais.....	241
1.4. Crimes contra Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural.....	252
1.5. Crimes contra a administração ambiental.....	258
2. Preconceito Racial – Lei 7.716/89.....	266
3. Lei 8.974/95 – Patrimônio Genético, Biodiversidade e OGM.....	274
CONCLUSÃO.....	281
BIBLIOGRAFIA.....	296

INTRODUÇÃO

A importância da preservação do Meio Ambiente hoje é fundamental em todo o Mundo, em virtude de sua acelerada degradação que traz como consequência direta, prejuízo para a sadia qualidade de vida no planeta e, indiretamente, sua inviabilização para as futuras gerações. Tudo decorre de um fenômeno corrente, segundo o qual os homens, para satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são *ilimitadas*, disputam os bens da natureza, por definição *limitados*.

O homem deve ser entendido como um produto cultural, ou seja, constituído em parte pela natureza e em parte pela história. Nesse sentido o homem abraça todas as dimensões do fazer humano e a todas resume: a razão, a vontade, a liberdade, enquanto condições subjetivas necessárias para produzir cultura; linguagem, técnica, religião, literatura, etc.

Por esse motivo, a nossa Constituição Federal estabelece nos seus primeiros artigos, os princípios fundamentais, que garantirão o pleno exercício dos Direitos Humanos Fundamentais. Assim sendo, o nosso País é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Como um Estado Democrático de Direito, tem o seu fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa.

Ao demonstrarmos a evolução do conceito de Estado, verificaremos que Estado Absolutista em que não havia limites para o poder do monarca, é aos poucos substituído pelo Estado de Direito, fundado na liberdade política e na igualdade de

participação dos cidadãos perante o poder, mas tendo como classe dominante a burguesia. É ela a responsável pela conquista na Revolução Francesa de 1789, que consagra a primeira geração de Direitos Humanos Fundamentais, os de liberdade.

A base de sustentação da burguesia é a economia capitalista. Um século depois, com as revoluções industriais, verifica-se que os ideários de liberdade estão seriamente comprometidos com a escravização dos operários nas fábricas, e no êxodo rural para as cidades. A falta de planejamento obriga as pessoas a viverem em condições muito precárias, sem higiene, num ambiente promíscuo. Contrapondo-se a esse cenário, surgem as teorias sociais.

Uma parte delas, negarão o modelo de Estado então vigente, e inspiração os sistemas comunistas que são instalados na União Soviética, nos países do leste europeu, na China, entre outros países, em que são abolidas a propriedade privada, a livre iniciativa e a burguesia deixa de ser a classe dominante, cedendo lugar à classe operária.

Com a queda do muro de Berlim, em 1989, poucos países mantiveram esse sistema, assim, mesmo, com profundas alterações como é o caso da China que, como regime político mantém o comunismo, mas está adotando o modelo econômico do capitalismo.

Outra parte das teorias sociais é absorvida pelo Estado que passará a intervir na sociedade, ora para fomentar o desenvolvimento, equilibrando as atividades produtivas, ora para proteger as classes menos favorecidas, principalmente a trabalhadora, com o estabelecimento de leis trabalhistas e previdenciárias. Nasce o Estado do bem-estar social, e com ele os direitos fundamentais de 2ª geração, o direitos de igualdade.

Entretanto, essa intervenção do Estado passou a diminuir nos últimos 30 a 40 anos em função de dois fenômenos: a Globalização e o Neoliberalismo. Enquanto o primeiro internacionaliza reformas econômicas, em prol dos interesses dos países ricos e dos grandes bancos e corporações internacionais, o segundo combate às idéias intervencionistas do Estado do bem-estar social, renunciando a liberdade política em prol da liberdade econômica.

Os países da periferia acabam sendo pressionados pela força do capital, representados por agentes internacionais, como o Fundo Monetário Internacional – FMI, e a Organização Mundial do Comércio – OMC, a negociações que criam um desequilíbrio enorme em suas finanças, com o aumento brutal de suas dívidas externas.

Com isso, obrigam-se a se vincularem a empréstimos internacionais a juros extorsivos, Para pagá-los são obrigados a aumentar suas taxas tributárias internas, elevarem os serviços que podem prestar e as funções que podem desenvolver.

A consequência direta dessa situação para os países da periferia vem se traduzindo no aumento das convulsões sociais, na explosão demográfica, no fundamentalismo religioso, na criminalidade, na degradação ambiental, na guerra civil, em alguns casos, na perda de controle político sobre parte do território nacional e, naturalmente, em todas as formas de violação dos direitos humanos.

No aspecto ambiental, o alerta para a gravidade desses riscos já tinha sido dado em 1972, em Estocolmo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela ONU, e contando com a participação de 114 países. A Conferência foi resultado da percepção das nações ricas e industrializadas

da degradação ambiental causada pelo seu processo de crescimento econômico, além da progressiva escassez de recursos naturais.

Ao final dessa conferência foram editados 26 artigos que passaram a integrar a carta das Nações Unidas, como Direitos Humanos Fundamentais de 3ª geração, ao lado dos chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

A nossa Constituição Federal de 1988, inspirando-se nos vinte e seis princípios consagrados na Carta da Conferência das Nações Unidas acima citada, assegurou a defesa dos interesses difusos do meio ambiente no art. 225, e em outros dispositivos esparsos, elegendo-o a categoria de bem jurídico merecedor de tutela penal como medida de política criminal.

Embora já tivéssemos alguns tipos penais, e a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e que foi totalmente recepcionada pela Constituição de 1988, após a edição desta, foram elaboradas as seguintes leis ambientais: a Lei n. 7.716, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor, a Lei 8.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e a Lei 9.605/98, que trata dos crimes contra a fauna, a flora, a poluição, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e contra a administração ambiental.

A dogmática penal procurou ajustar-se aos novos tempos, para permitir que a tipicidade pudesse se operar normalmente dentro destas novas leis. Entretanto, conforme veremos, as dificuldades para atingir esse objetivo são muitas.

Uma questão de grande relevância na estruturação do tipo penal ambiental é o da sua amplitude ou indeterminação da conduta incriminada, caracterizando o

chamado *tipo aberto* e o *tipo de norma penal em branco*, onde não aparece, por completo, a norma que o agente transgride com o seu comportamento.

Outra questão relaciona-se com a necessidade de prevenção da tutela penal, em virtude das características específicas do bem ambiental e das inúmeras formas de afetação a que esta ele sujeito, o que obrigou o legislador a estabelecer um maior número de tipos de crimes de perigo do que de dano, notadamente, os de perigo abstrato.

Após esta síntese introdutória, passaremos a desenvolver o tema, da seguinte forma:

No primeiro capítulo, desenvolveremos tema referente alguns dos princípios fundamentais da Constituição brasileira, especialmente aqueles contidos no art. 1º e 2º, com destaque ao conceito de Estado e da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, trataremos do meio ambiente como bem jurídico, abordando a gerações de direitos fundamentais, as conferências mundiais sobre o meio-ambiente, previsão constitucional, princípios fundamentais do direito ambiental, bem e interesses difusos, definição e aspectos do meio-ambiente e política nacional do meio-ambiente.

No terceiro capítulo, será analisado o processo pelo qual o Legislador, inspirando-se em fatos da realidade, apreende uma conduta indesejável para a sociedade, transforma-a num tipo penal para depois, comparando-o a comportamentos futuros ocorridos também no mundo real, dentro do processo da tipificação, identificar a ocorrência dos delitos. Serão abordados, ainda: o conceito, a função e a classificação de tipo, os elementos que o estruturam, os erros (de tipo e de fato) e os princípios que o norteiam; origem e conceito de tipicidade, tipicidade imediata, tipicidade mediata e as fases da tipicidade.

No capítulo 4, examinaremos as características dos tipos penais ambientais, em virtude da complexidade e variedade dos bens ambientais, e das inúmeras formas em que podem ser afetados, além da necessidade de preveni-los, pois na maioria dos casos de danos as conseqüências são irreversíveis, em que se destaca: tipo aberto, que necessita ser complementado por norma penal em branco ou elementos normativos, maior quantidade de crimes de perigo do que crimes de danos, muitos dos quais de perigo abstrato em virtude da impossibilidade de realização de prova técnica e possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

No capítulo 5, serão analisados os tipos penais, das seguintes leis penais ambientais: Lei 7.716, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor; a Lei 8.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; e a Lei 9.605/98, que trata dos crimes contra a fauna, a flora, a poluição, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e contra a administração ambiental. O objetivo é decompô-los em: objeto jurídico, objeto material, sujeito ativo, sujeito passivo, conduta, elemento objetivo, elemento subjetivo, elemento normativo, norma penal em branco e demais características.

Finalmente, teceremos nossas considerações, sintetizando as conclusões tiradas em cada um dos capítulos.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

Os princípios fundamentais da Constituição Brasileira estão dispostos nos artigos 1º a 4º.

O art. 1º, I a V, estabeleceu que a República Federativa do Brasil, é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se num Estado Democrático de Direito, fundamentando-se: na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político.

O art. 2º, por sua vez, estabeleceu que os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Enquanto que o art. 3º estabeleceu que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.

E, finalmente, o art. 4º, estabeleceu que o Brasil nas suas relações internacionais reger-se-á, pelos princípios da independência nacional; da prevalência dos direitos humanos; da autodeterminação dos povos; da não intervenção; da igualdade entre os Estados; da defesa da paz; da solução pacífica dos conflitos; do repúdio ao terrorismo e ao racismo; da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; da concessão de asilo político. No seu § único,

estipulou que o Brasil deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo, pelos menos os cinco fundamentos do art. 1º "indicam a forma correta de interpretar toda a aplicação do direito positivo brasileiro em vigor".¹

Por este motivo, discorreremos sobre conceitos ligados diretamente com o conteúdo do art. 1º e seus incisos, e de uma forma mais genérica sobre o conteúdo dos outros artigos e seus incisos, acima mencionados.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. CONCEITO DE ESTADO

O conceito moderno de Estado, no direito público e no direito internacional público, fixou-lhes três elementos constitutivos essenciais: povo, território e governo.

Assim, o Estado é um povo, social, política e juridicamente organizado, isto é, fixado em determinado território, submetido à autoridade de um governo e aparelhado para a tríplice missão de legislar, administrar e distribuir justiça.²

1.2. ORIGEM DO ESTADO

Frenado por mais de um século pelas invasões normandas, sarracenas e húngaras, o renascimento da atividade econômica, afirma-se decididamente na

¹ **Princípios do Processo Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

² **Grande Enciclopédia Delta Larousse**, Rio de Janeiro: Editora Delta, 1972, p. 2555.

Europa por volta de 950, com a renovação fundamental das práticas agrícolas, permitindo produzir mais víveres com menos trabalho.

Em seus inícios, este crescimento assinala-se, ao que parece, por um aumento da densidade da população nas antigas terras cultivadas. A consequência é um grande número de trabalhadores se desligue da terra, e se dedique a atividades não exclusivamente agrícolas, como o artesanato e o comércio.

Aliás, o excesso dos gêneros das explorações rurais passa a ser comercializado, acelerando o ritmo da circulação das riquezas. Como efeito natural, a moeda assume maior importância na vida quotidiana.

Assim a expansão da economia monetária constituiu, com a crescente facilidade das relações entre os homens e a germinação de idéias novas que propagavam um estudo mais intenso do direito Romano, uma das principais causas da mudança fundamental que se observa, entre a metade do século XII e o início do século XIV, na estrutura política do Ocidente.

Um grande corpo unido, que se confundia com a cristandade latina, e composto de uma multidão de pequenas células autônomas, os senhorios, cedeu lugar a uma justaposição de vastas soberanias territoriais, fortemente individualizadas, primeiros esboços dos Estados da Europa moderna. Entretanto, esta transformação revestiu, segundo a região, aspectos bastante diferentes.³

Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o conceito de Estado,

(...) não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história européia e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo o mundo civilizado.⁴

³ Édouard Perroy, **História Geral das Civilizações – A Idade Média**, volume III, São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1958, p. 141.

⁴ **O Direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil**, Editora Saraiva, 2000, p. 3.

1.3. ESTADO DE DIREITO

A expressão Estado de Direito, provém originariamente da doutrina alemã do século XIX, vinculada ao contexto das idéias políticas então existentes. Na sua formulação originária revestia-se de significado polêmico contra o Estado absolutista tardio e visava, na essência, a limitar o poder pelo direito, como garantia dos indivíduos contra o arbítrio. Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito.

A concepção de Estado de direito hoje, liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes:

(...) sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade; declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social).⁵

1.4. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

O Estado absolutista - em especial no século XVIII - envolvia toda a vida social, que estava sob seu controle, realizando profundas e opressiva intromissão na vida dos indivíduos. Como reação a esse quadro, a concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos. "Era a garantia de independência da sociedade às

⁵ Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

injunções de associações políticas, culturais, profissionais, tão temidas, e a do próprio Estado”.⁶

O denominado Estado de Direito, em sua evolução, veio a ser fundado sobre a liberdade política assim como sobre a igualdade de participação dos cidadãos perante o poder,

(...) mas gerenciado pela burguesia como classe dominante, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia inicialmente estruturada nos interesses da propriedade burguesa e, num segundo momento, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia triunfal do capitalismo e da Revolução Industrial.⁷

Entretanto, com a evolução das teorias sociais surgidas entre as duas revoluções industriais, o Estado passou a intervir na economia, mesmo mantendo-se o princípio da iniciativa privada. Ampliaram-se também as funções sociais e assistenciais.

Com isso, a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem.

Tais transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade,

(...) agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações, nem sempre possível de serem enquadradas em figuras jurídicas clássicas. Por exemplo: as parcerias entre Administração e particular, as mediações entre grupos e sociedade.⁸

⁶ Odete Medauar, op. cit., p. 28.

⁷ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, **Princípios do Processo Ambiental**, p. 2.

⁸ Odete Medauar, op. cit., p. 29.

Diante da importância que os conceitos de burguesia, revolução industrial, capitalismo e socialismo têm para a compreensão da constituição do Estado de Direito, passaremos a discorrer sobre eles em tópicos separados.

1.4.1. Burguesia

De acordo com a Delta Larousse⁹:

A formação da burguesia é devida ao progresso das cidades, ligado ao desenvolvimento do grande comércio a partir dos séculos XI e XII. Mas é só no século XIII que aparece o semantema "burguesia". A parte mais rica dessa nova classe, o patriciado, dirige as cidades ao Sul da França e da Itália, que escapam, a partir de então, ao domínio dos senhores e bispos. Noutros lugares, os burgueses obtêm mais ou menos facilmente cartas de franquia, o que lhes confere a livre administração da cidade.

Freqüentemente em conflito com os senhores e a Igreja, a burguesia é sustentada, em sua emancipação, pela realeza francesa. Nas cidades mercantis das Flandres e da Itália, o enriquecimento dessa classe a separa do povo e a faz adotar um regime oligárquico ou a tirania. Enriquecidos pelo comércio, os burgueses tornam-se banqueiros e legistas (aliança da burguesia e da realeza sob Filipe o Belo), e passam a constituir o elemento ativo do terceiro estado, penetrando furtivamente na nobreza, instalando-se na justiça real ou adquirindo terras de nobres.

Preponderante nos Estados gerais de 1789, a burguesia provoca em definitivo, a seu favor, a queda do Antigo Regime. A partir de então tendo desaparecido as ordens, apenas a fortuna, a instrução e a função social caracterizam a burguesia dirigente, que domina tanto a vida política como econômica desde 1830.

Ao burguês do século XIX, descrito por Balzac, caricaturado por Daumier, atribuem-se virtude de ordem, economia e espírito de empreendimento. A separação foi-se acentuando entre a alta burguesia, detentora de capitais, e a pequena ou média burguesia, que se chama, cada vez mais, no século XX, classe média. Associada ao desenvolvimento do capitalismo a burguesia é violentamente atacada desde 1830 pelos teóricos socialistas.

⁹ Delta Larousse, p. 1143.

1.4.2. A revolução industrial

Para o *Novíssimo Dicionário de Economia*¹⁰:

A revolução Industrial, foi um conjunto de transformações tecnológica, sociais e principalmente econômicas ocorridas na Europa a partir da Inglaterra (século XVIII e XIX) e que resultaram não só na instalação do denominado sistema fabril mas principalmente da difusão do modo de produção capitalista.

É importante afirmar que, em meio à Revolução Industrial, particularmente a partir da Segunda metade do século XIX, o Estado, totalmente ausente do processo produtivo – a aristocracia de base agrária foi substituída na direção dos negócios de Estado pela burguesia financeira e industrial – passou a se orientar segundo os princípios do liberalismo político e econômico incumbindo-se fundamentalmente da defesa da ordem capitalista e do sistema da livre concorrência.

Na França a industrialização inicia-se durante o império Napoleônico (1804-1815); na Alemanha depois de 1840, intensificando-se a partir de sua unificação nacional (1870) e nos Estados Unidos da América de forma mais marcante depois da Guerra da secessão (1861-1865) e da chamada conquista do Oeste.

1.4.3. Capitalismo

Segundo, ainda, a *Enciclopédia Delta Larousse*:¹¹

Estatuto jurídico e regime econômico de uma sociedade humana caracterizada pelo grande desenvolvimento dos meios de produção e seu funcionamento por trabalhadores que não são proprietários dos mesmos.

Na terminologia marxista, regime econômico, político e social – envolvido em contradições internas que o condenam – cuja lei fundamental seria a procura sistemática da mais-valia, graça à exploração dos trabalhadores pelos detentores dos meios de produção com o objetivo de transformar uma

¹⁰ *Novíssimo dicionário de economia*, 9ª ed., São Paulo: Ed. Best Seller, 2002, apud Celso Antônio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 4.

¹¹ *Delta Larousse*, p. 1317.

parcela importante dessa mais-valia em capital adicional, fonte de nova mais-valia.

O móvel essencial da atividade econômica, no regime capitalista, é a busca do lucro, que tem sua contrapartida no risco do empreendimento; o capitalismo moderno caracteriza-se pelo fato de que, além do lucro, a empresa procura em geral uma certa segurança e, quando atinge importância suficiente, um certo poder.

O capitalismo clássico corresponde a um modelo de economia descentralizada, na qual a coordenação entre a produção e o consumo (o equilíbrio econômico) resulta da atuação, no mercado, de empresas e consumidores livres que agem em função de um cálculo visando à obtenção do lucro máximo.

Tendo sido constatados desequilíbrios periódicos (crises), e desempenhado as contingências nacionais muitas vezes um papel importante (nacionalismo econômico, protecionismo), os poderes públicos esforçaram-se por intervir no mercado, a fim de impedir o desregramento.

No século XVIII, criou-se um capitalismo industrial e liberal, cujo personagem central é o empresário. Ao findar-se o século XIX, assistiu-se à substituição do indivíduo pelo grupo; as sociedades anônimas permitem importante concentração dos meios de produção; fazendo-se acordos entre produtores com o objetivo de limitar os efeitos da concorrência e obter situações de oligopólio ou de monopólio; ao lado do empresário clássico, cresce de importância o financista.

O capitalismo moderno nasceu caracterizado: primeiro, pela importância da tecnologia e a dominação do capital financeiro; segundo (em menor medida), pelo fato de que assalariados e empregadores constituem poderosos sindicatos que se defrontam.

O capitalismo evoluiu também no espaço. De uma nação a outra, assume aspectos diferentes. O grau de concentração, de integração ou de intervencionismo do Estado varia de um país para outro. Contudo, em toda parte, desenvolve-se em certa medida um setor público industrial, financeiro e comercial, ao mesmo tempo em que surgem processos de redistribuição de renda ou, pelo menos, de cobertura coletiva dos riscos (previdência social).

Mediante uma política econômico-financeira nova, o Estado procura, de um lado, corrigir os desequilíbrios decorrentes da anarquia das decisões dos agentes econômicos e, de outro, diminuir as desigualdades resultantes da distribuição primária das rendas realizada através do mercado.

Parece que na maioria das economias capitalistas o lucro das empresas tende a dividir-se quase exclusivamente entre o Estado (impostos) e as próprias empresas (autofinanciamento), reduzindo-se de maneira progressiva a parte atribuída aos detentores do capital.

A origem histórica do capitalismo é problema dos mais discutidos e controvertidos. Enquanto alguns negam a existência do capitalismo na antigüidade greco-romana, outras já escreveram a história do capitalismo antigo. Pirenne estudou as origens do capitalismo nas cidades medievais de Flandres e no atual Norte da França; Sombart encontrou as origens do capitalismo nas cidades italianas dos séculos XIV e XV, ligando o espírito capitalista ao da Renascença; Max Weber descobriu as afinidades entre a mentalidade capitalista e o calvinismo do século XVII, tese que foi largamente aceita; outros, ainda, definem a como capitalismo apenas o regime surgido com a revolução industrial da Segunda metade do século XVIII.

Provavelmente, a distinção nítida entre capitalismo comercial e capitalismo industrial serve para diminuir as dificuldades do problema.

1.4.4. Socialismo

Apesar da nossa ordem jurídica ter sido constituída, preferencialmente, para atender os interesses capitalistas e os interesses da classe burguesa, não há dúvida de que as teorias socialistas também inspiraram muitos dos dispositivos da nossa legislação, relacionados com os direitos fundamentais de segunda geração¹², ou seja, “os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século”.¹³

A Constituição de 1988 não menciona a expressão “Estado social”, nem agrega o termo social aos qualificativos “democrático” e “de direito”, no art. 1º. Mas indubitável é a preocupação social, sobretudo pela presença de um

¹² Ver na p. 55 matéria sobre a geração dos direitos fundamentais

¹³ Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

capítulo dedicado aos direitos sociais. Existe um Estado social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de segurança e bem-estar social.¹⁴

Trata-se do Capítulo II, em cujo art. 6º é estabelecido:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Define a Delta Larousse¹⁵, o socialismo como:

Conjunto de doutrinas que visam a uma reforma radical da organização das sociedades humanas através da supressão das classes sociais, mediante a coletivização dos meios de produção e do intercâmbio comercial.

Entre o socialismo utópico - de Platão passando por More, a Fourier - e o socialismo nacionalista dos países subdesenvolvidos que se tomaram independentes recentemente, há uma vasta gama de variações intermediárias.

Um denominador comum poderia ser encontrado mais facilmente na procura de uma justiça social cada vez mais perfeita do que na condenação da propriedade. "O socialismo associacionista de Louis Banc e de Produdhon, o socialismo do Estado de Sismondi, Dbertus e Lassalle, e o socialismo cristão de La Mennais desempenharam papel importante nos movimentos de idéias do século XIX" (Larousse, p. 6377).

Mas foi com o socialismo de Karl Marx e Driedrich Engels que começou o desenvolvimento da ação que levaria ao poder, no século XX, os partidos socialistas em vários países. O marxismo, que constituiu a forma clássica do socialismo científico, caracterizou-se pelo método que lhe permitiu, por um lado, analisar e criticar o sistema capitalista e, por outro lado, propor às classes trabalhadoras os meios de ação para o ataque e a conquista do poder do Estado, Estado este considerado não como um árbitro entre as classes, mas como instrumento da classe dominante.

Entretanto, as organizações sindicais e políticas constituídas graças a esse incentivo tenderam a se dividir, aos poucos, em duas correntes: os socialistas revolucionários, que pretenderam conquistar o poder e construir, em seguida, a sociedade comunista, sob a proteção da ditadura do

¹⁴ Odete Medauar, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵ Delta Larousse, p. 6377.

proletariado; e os socialistas reformistas, que julgaram possível a tomada progressiva do poder do Estado por seu interior.

Na prática, o primeiro grupo corresponde aos partidos comunistas que estão no poder na URSS, na Europa oriental e na China, e que constituíram grupos poderosos na Itália e na França; o segundo grupo correspondeu aos partidos social-democráticos ou trabalhistas, que governaram os países escandinavos e participaram freqüentemente do poder na Europa central e ocidental.

A democracia social tende, cada vez mais, a repudiar o marxismo, em benefício de um socialismo democrático, que, não obstante, continua a preconizar, no seu conjunto, a socialização dos meios de produção e de trocas.

Como a edição da Enciclopédia Delta Larousse, de onde foi retirada a citação acima é de 1972, cumpre acrescentar que o sistema comunista não vige mais na Rússia e nos países da Europa Oriental, a partir da queda do muro de Berlim, em 1989, e que esses países hoje, adotam como modelo político a democracia e sistema econômico o capitalismo.

A República popular da China, país com a maior população do mundo (aproximadamente 1,3 bilhão ou 22% da população mundial), que abriga 56 etnias, possuidor da 3ª maior superfície territorial do mundo, adotou o sistema *socialista* (art. 1º de sua Constituição), constituindo-se num Estado socialista de ditadura denominada “democrática popular”. Referida estrutura, organizada no plano constitucional, não impediu, todavia, a China de editar moderna legislação de consumo consubstanciada em sua “Lei de Publicidade”, que entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1995.¹⁶

Somente em Cuba é que o sistema político e econômico ainda continua sendo o *socialista*.

¹⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, **Princípios do Processo Ambiental**, p. 16.

1.4.5. Globalização

A expressão globalização, segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹⁷,

(...) deriva do adjetivo Global, utilizado com freqüência nas escolas norte-americanas de administração de empresas no início da década de 1980, quando consultores de estratégia e marketing, conduziram seminários em Harvard, Columbia e Stafor, orientados para projetos internacionais. Falava-se naquele tempo de um mundo sem fronteiras, a mercê de um poder triádico, representado pelos Estados Unidos da América, pelas nações européias que então processavam um movimento unificador de economias e pelo Japão. Modelos políticos foram definitivamente cooptados por interesses financeiros. Trata-se da história do capitalismo em permanente expansão imperialista, centrado oportunisticamente em plano supranacional, em momento de expansão e de reorientação.

Tecnologicamente, ela é percebida na medida em que a cibernética delinea fluxo de informações que altera regimes de produção e de consumo. Politicamente, recontextualiza a soberania, acenando com modelos democráticos que prenunciam novo equilíbrio de forças e que é marcadamente muito sutil. Culturalmente, intercâmbios modelam o paradoxo de uma destruição criativa, preche de sonhos, pesadelos e ceticismo, identificando um imperialismo de instrução que é característico do nicho cultural capitalista.

Economicamente, opõe-se à miséria do hemisfério sul o desconforto da riqueza do hemisfério norte, circunstância administrada sob forte pressão ideológica e que nos promove a desconfiança, uma vez que a globalização é “um mito conveniente a um mundo sem ilusões, mas é também um mito que rouba

¹⁷ **Globalização e Direito no Brasil**, texto extraído do Jus Navigandi, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?d=5797>, p. 1.

a esperança”. O reflexo social disso tudo redundou na censura entre possuidores (*haves*) e despossuídos (*have-nots*), esses últimos, os protagonistas das horrendas imagens apresentadas na mídia com a destruição do trabalho e dos postos de trabalho.¹⁸

Radicaria a globalização num vetusto sistema colonial que se desenvolveu do século XV ao século XVIII no contexto do capitalismo comercial, e que oxigenou uma forma de domínio político pela qual os europeus subjugarão a América, na busca de metais preciosos e de gêneros tropicais exóticos.

Mesmo admitindo que existe uma economia-mundo desde o século XVI, é inegável que os processos de globalização se intensificaram enormemente nas últimas décadas. O primeiro traço:

(...) é deslocação da produção mundial para a Ásia consolidando-se esta como uma das grandes regiões do sistema mundial, constituída, como todas as outras regiões, por um centro (o Japão), uma semiperiferia (os novos países industriais: a Coreia do Sul, Taiwan, Hong Kong e Cingapura e uma periferia (o resto da Ásia).¹⁹

O segundo traço da globalização da economia é “a primazia total das empresas multinacionais, enquanto agente do ‘mercado global’”. A própria evolução do nome por que são conhecidas – empresas transnacionais - assinala a constante expansão das atividades destas empresas com atividades em mais de um Estado nacional.²⁰

A forma de poder do mundo globalizado aponta para um Império. Este seria diferente de imperialismo na medida em que nesse último há guerra entre as potências; no Império uma estrutura hierárquica que alcança os

¹⁸ Ibidem, p. 2.

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Pela Mão De Alice, O social e o político na pós-modernidade*, 7ª ed. Cortez Editora, 2000, p. 289.

²⁰ Boaventura de Sousa Santos, op. cit., p. 290.

Estados Unidos, os países ricos da União Européia, o Japão, os grandes bancos e corporações internacionais exercem o poder por meio de atores globais, a exemplo de fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio.

Os Estados Unidos ocupariam uma posição de destaque, o poder de polícia, e disso as guerras contemporâneas – Afeganistão e Iraque - são inequívoca prova, na medida em que toma o sentido de guerras justas. “Ideologicamente, desenha-se o Império como permanente, eterno e necessário, evidenciando a falência do projeto de Hans Kelsen, realizado na formação da organização das Nações Unidas, com poder que transcende ao Estado-Nação”.²¹

A globalização suscita um ambiente pragmático que fomenta um movimento de internacionalização das reformas econômicas, em prol dos interesses do Império. A competitividade internacional pressiona as relações entre capital e trabalho com o objetivo de garantir-se mão-de-obra barata. Pressionados pelo FMI os Estados vinculados a empréstimos internacionais aumentam suas bases de imposição tributária sem a conseqüente elevação dos serviços que podem prestar e das funções que podem desenvolver.

Verifica-se uma crise do Estado, que é estrutural. Decorre disso uma crise de governabilidade, marcada por uma ingovernabilidade sistêmica.

Promessas de campanha não se realizam e particularmente no Brasil é nítida a fragilidade ideológica de programática dos partidos políticos. Tem-se a impressão que a oposição ao assumir o poder troca de programas com a situação, que passa a criticar o que ontem defendia, enquanto a oposição no poder passa a praticar o que ontem criticava. E a situação não configura *mero jogo de palavras*.²²

²¹ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, op. cit., p. 5.

²² Arnaldo Godoy, op. cit., p. 6.

A transnacionalização da economia significa, entre outras coisas, precisamente tal erosão e não seria possível sem ela. A desregulação dos mercados financeiros e a revolução das comunicações reduziram a muito pouco o privilégio que até há pouco o Estado detinha sobre dois aspectos da vida nacional – “a moeda e a comunicação considerados atributos da soberania nacional e vistos como peças estratégicas da segurança nacional”.²³

Por outro lado, as multinacionais, dotadas de um poder podem facilmente por em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado sobre as condições que decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual – atores globais, por um lado, e atores nacionais ou subnacionais, por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual.

Entre os vários fatores negativos que a transnacionalização vem causando aos países periféricos, podemos citar, o empobrecimento, a fome e degradação ambiental. A pressão para intensificação das culturas de exportação combinada com técnicas deficientes de gestão de solos levou à desertificação, à salinização e à erosão.

A destruição das florestas tropicais, sobretudo no Brasil e na América Latina, mas também na Indonésia e nas Filipinas, é apenas o exemplo mais dramático. “Em cada década, desde 1950, perderam-se 30 milhões de hectares de floresta na África tropical, 40 milhões na América Latina e 25 milhões na Ásia meridional”.²⁴

²³ Boaventura de Sousa Santos, op. cit., p. 291.

²⁴ Ibid., p. 296.

1.4.6. Neoliberalismo

Segundo Arnaldo Godoy, o neoliberalismo é o substrato conceitual que caracteriza o modelo econômico da globalização. Citando Perry Anderson “nasceu ele logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem estar”.²⁵

Explica o referido autor a seguir, que com o término do conflito mundial de 1945 o modelo capitalista vitorioso suscita a presença de um Estado ainda intervencionista, marcado por uma ampla extensão de atividades na vida econômica. “No entanto, a guerra demonstrar o perigo dos regimes totalitários, que haviam exagerado na intervenção econômica e no dirigismo estatal.”

O núcleo do pensamento neoliberal radicava então na sistemática denúncia dos males causados pelos países de altíssimo nível de intervenção. “Conseqüentemente, a par dos elogios feitos ao capitalismo e ao regime de livre concorrência, a vertente teórica do neoliberalismo criticou e hostilizou qualquer ordem de pensamento comprometida com as aventuras ditatoriais”.

A virulência do pensamento neoliberal dirige-se especificamente a todo modelo de superplanificação econômica e nesse sentido Friedricha Hayek é o mais importante teórico e articulador do movimento.

Foi ele crítico implacável do Estado de bem-estar social e o modelo de Kehnes, economista inglês nascido em 1883 que concebera alternativas para o Estado *laissez-faire*, durante os anos de depressão econômica, mais dramaticamente sofrida pelos Estados Unidos.²⁶

²⁵ Arnaldo Godoy, op. cit., p. 7.

²⁶ Ibid., p. 8.

A liberdade negocial é ponto principal no pensamento de Hayek, que defendia um Estado-mínimo como condição para o desenvolvimento. Ao homem, ao ser humano, “deve ser garantido o direito de escolha, de optar pela profissão, pela atividade econômica, elegendo dentre as várias formas de vida, a que melhor lhe parece”.

Logo no fim da Segunda guerra mundial, F. Hayek convocou e realizou uma reunião em Mont Pèlerin, na Suíça, da qual participaram Milton Friedman e Karl Popper, entre outros, “fundando uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos”.

Milton Friedman também representa significativamente o núcleo do pensamento neoliberal do pós-guerra. Um dos mais importantes expoentes da Escola de Chicago, seu texto mais conhecido é *Capitalism and Freedom*. Defendia ele insistentemente as relações entre liberdade econômica e política. “A liberdade econômica é um fim em si, assim como meio indispensável para a obtenção e a realização da liberdade política”.

Liberdade é expressão que mais caracteriza o movimento neoliberal em seu início, em detrimento da própria igualdade, pelo que a desigualdade passa a ser um valor positivo. Combatem-se as idéias intervencionistas de Keynes, o Estado do bem-estar social, acusado de destruir a liberdade dos cidadãos e a força viva da concorrência, colocando em perigo a prosperidade geral.

Posteriormente, o neoliberalismo pôde renunciar a liberdade política em prol da liberdade econômica, que passou a ser valor máximo, de modo mesmo a justificar a aproximação do neoliberalismo com modelos ditatoriais.²⁷

Durante duas décadas o pensamento neoliberal hibernou enquanto as condições de desenvolvimento do capitalismo durante a guerra fria se otimizaram. Foram vinte anos de progresso espetacular para os Estados Unidos e para os países capitalistas da Europa Ocidental. Eventuais avanços do modelo soviético (a exemplo do que ocorria nas corridas nuclear e espacial) eram menoscabados pelas denúncias do que ocorria no lado oriental da cortina de ferro, e os acontecimentos de Praga, em 1968, são muito sugestivos, nesse aspecto.

A crise do petróleo, em 1973, abalou o que se acreditava como o sólido alicerce do modelo capitalista. A recessão advinda, o desemprego e o desaquecimento das atividades negociais acenaram para uma presunção que vislumbrava a incompetência do Estado do bem-estar social. O aumento dos gastos sociais por parte do Estado, subordinados a orçamentos comprometidos com estratégias de combate à crise energética, abriram espaço para uma retomada do ideário neoliberal, que parecia apresentar opções concretas para que se fizesse frente à violenta crise.

Reformas fiscais subordinadas a disciplinas orçamentárias passaram a ser cogitadas nos termos das propostas de Haye e de Friedman, defensores de um processo de enxugamento do Estado. Em 1979, surgiu a oportunidade.

Na Inglaterra, foi eleito o governo Thatcher, o primeiro regime de um país de capitalismo avançado publicamente empenhado em pôr em prática o programa neoliberal. Um ano depois, em 1980, Reagan chegou à

²⁷ Arnaldo Godoy, op. cit., p. 9.

presidência dos Estados Unidos. Em 1982, Kohl derrotou o regime social liberal de Helmut Schmidt, na Alemanha. Em 1983, a Dinamarca, Estado modelo do bem-estar escandinavo, caiu sob o controle de uma coalizão clara de direita.

A busca da estabilidade monetária passou a ser o objetivo mais perseguido por essas forças conservadoras, agora no poder. Simultaneamente, desmontava-se o modelo de proteção trabalhista de alguns Estados, propiciando-se a restauração de uma saudável taxa de desemprego, vista como natural, fomentadora de um exercito laboral de reserva, responsável pela diminuição de salários e conseqüente ampliação de margens de lucro. "Procedimentos de assepsia fiscal fulminaram germes patogênicos limitadores do avanço dos agentes econômicos, sufocados pelo Estado de bem-estar social".²⁸

1.5. DEMOCRACIA

1.5.1. Conceito

Governo do povo por si mesmo, através de representantes por ele escolhido em eleições. Preponderância do poder popular num governo qualquer, ou controle desse governo pelo povo. Sociedade em que prepondera a influência popular²⁹.

1.5.2. Origem

Foram os gregos os primeiros a lançar as sementes da idéia democrática, sementes que foram conservadas pelos filósofos da Idade Média e que

²⁸ Arnaldo S. de M. Godoy, op. cit., p. 10.

²⁹ Delta Larousse, p. 2112.

frutificaram na modernidade³⁰. Também foram os responsáveis pela maioria dos ideais políticos modernos como justiça, liberdade e governo constitucional.

Apesar daquele país formar uma unidade geográfica, a natureza dividiu aquele conjunto num grande número de vales e planícies, separados uns dos outros por baías e cadeias de montanhas. Em virtude dessa conformação, surgiram inúmeras pequenas comunidades, todas elas animadas de fervoroso patriotismo.

Para elas, o Estado não era uma abstração somente compreensível com o auxílio de um mapa, e sim uma realidade palpável. A cidade não era um produto da razão; era, isto sim, um povo, um conjunto de cidadãos, dotados de inabalável consciência social e de zelo pela tradição.

O ateniense, em especial, via na participação da vida pública o supremo bem a ser almejado por um homem. A cidadania era o grande objetivo do ateniense, pois, além de lhe assegurar a participação afetiva na vida pública, garantia-lhe os direitos subjetivos.

Com efeito, apenas aqueles que integravam um *demos* (município), dirigido por um *demarca*, participavam da política. Daí a expressão *democracia*, que significa governo dos *demos*.

O trabalho era realizado pelos escravos, de forma que o cidadão podia se dedicar ao *ócio*, atividade espiritual voltada à contemplação e ao estudo dos temas filosóficos, diferentemente dos que se dedicavam ao *nec ócio*, atividades lucrativas, puramente materiais consideradas desprezíveis.³¹

³⁰ Marcus Cláudio Acquaviva, **Dicionário Jurídico Brasileiro**, Editora Jurídica Brasileira, 2000, p. 451.

³¹ *Ibid.*, p. 452.

1.5.3. Conceitos dos filósofos gregos sobre as formas de governo

a) Platão

Em *A República*, a obra mais conhecida de Platão, o filósofo compara o Estado ao ser humano, a um organismo, antecipando-se às correntes *organicistas* contemporâneas.

Para ele, o Estado tem a mesma estrutura e funcionamento do corpo humano, razão pela qual os homens são desiguais. Alguns representam o ouro e têm como virtude a sabedoria; outros representam a prata e têm como virtude a fortaleza; e um terceiro escalão representa o ferro e o bronze, tendo como virtude a temperança.

Os homens de ouro são os filósofos, predestinados a administrar a comunidade; os homens de prata são os guerreiros zelando pela defesa da sociedade; os homens de ferro e de bronze são os artesãos, cuja finalidade é a produção de bens para a subsistência de todos. Dessa maneira, a harmonia e a unidade imperarão.

Em outra obra, intitulada *As Leis*, mais maduro, Platão aponta duas formas de governo: monarquia (fundamento na autoridade) e democracia (fundamento na liberdade. Deve haver, diz ele, uma forma de governo intermediário entre esta que assimile o que houver de bom em cada uma.³²

b) Aristóteles

As formas de governo são classificadas conforme a qualidade e a quantidade dos que governam. Assim, encontramos as seguintes formas:

³² Marcus Cláudio Acquaviva, op. cit., p. 454.

- formas puras – monarquia ou basileia, aristocracia e politeia;
- formas impuras – tirania, oligarquia e demagogia.

A Monarquia ou basileia (basileu, em grego, significa rei), é o governo de uma apenas, voltado para o bem comum; sua forma corrupta é a Tirania. A Aristocracia é a forma de governo exercida pelos mais esclarecidos e os mais capazes, sendo a sua forma corrupta a oligarquia, correspondente ao nepotismo, no qual uma minoria exerce o poder em benefício próprio, ou à plutocracia, os governos dos ricos, ou à timocracia, governo dos militares.

Conclui Aristóteles, que a forma ideal de governo seria, em tese, a mescla da aristocracia com a politeia.

O Estado deveria ser suficientemente democrático se todas as funções públicas fossem abertas a todos, e suficientemente aristocrático se o acesso a tais funções fosse vedado àqueles despreparados para a vida política.³³

1.5.4. Democracia direta ou clássica, democracia representativa e democracia semidireta

Democracia direta

Quando os membros de uma comunidade deliberam diretamente, sem intermediação de representantes. Na Grécia, a democracia foi praticada na forma direta; era a chamada democracia *clássica*. Isto era possível na prática porque a cidade era de reduzidas dimensões e a população, diminuta.

As decisões legislativas, executivas e judiciais, eram tomadas em assembleias realizadas numa praça denominada Ágora, que desempenhava o papel do Parlamento nos tempos modernos.

³³ Marcus Cláudio Acquaviva, op. cit., p. 454.

Democracia representativa

Democracia representativa deveria ser aquela que, em tese, o indivíduo fosse representado no governo por pessoas de seu grupo. De fato:

(...) o homem, animal social por natureza (*zoon politikon*), somente se agrega aos seus semelhantes que tenham os mesmos interesses, sejam estes de natureza econômica, política, religiosa ou intelectual.³⁴

Entretanto, a representação pelo menos em nosso país, dá-se pelos partidos políticos. Muitas críticas são feitas a eles, como já escrevia antes mesmo da insurreição de 1964, na obra *A Democracia e o Brasil*, Goffredo Telles Júnior:

Os partidos políticos brasileiros, observados não em tese, não em doutrina, não em abstrato, mas em concreto, isto é, em seu real funcionamento, são meras siglas, simples rótulos, vazias embalagens, sem nenhum conteúdo doutrinário e programático, incapazes, portanto, de orientar a opinião, de quem quer que seja, sobre os problemas nacionais. Servem apenas de instrumento para o registro de candidatos no tribunal competente.

Partidos políticos do tipo dos nossos não são órgãos naturais da sociedade. Não são produtos das exigências comuns da vida humana. Em nada se prendem ao drama cotidiano do cidadão. Nada dizem à alma popular. Um sindicato ou um clube de futebol é, no sentimento do povo, muito mais importante do que um partido.³⁵

Democracia semidireta

A terceira espécie de democracia é a *semidireta*, assim nominada porque, ao lado da natureza representativa de seu sistema político, nela se admite a utilização esporádica da intervenção direta dos governados em certas deliberações dos governantes.

³⁴ Aquaviva, op. cit., p. 458.

³⁵ Apud Marcus Cláudio Acquaviva, op. cit., 459.

Tal intervenção compreende, basicamente, os seguintes institutos: plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular e *recall*.

Plebiscito: a expressão denomina uma consulta prévia que se faz à coletividade, a fim de que esta se manifeste a respeito de sua conveniência ou não. O termo deriva de *plebs, plebe*, tendo origem na *Lex Hortensia* (séc. IV a.C.), que concedeu aos plebeus o direito de participar do processo político na antiga Roma republicana.

Posteriormente foi utilizado por Napoleão Bonaparte a fim de obter o aval popular para as mudanças constitucionais de seu governo, no que foi imitado por Napoleão III. Hitler realizou vários plebiscitos, destacando-se aquele que ensejou a anexação da Áustria à Alemanha, em 1938. No Brasil foi usado em 1963, quando o povo refutou o regime parlamentar de governo, que havia sido adotado em 1961.³⁶

A Constituição Federal prevê, em vários dispositivos, o plebiscito: arts. 14, I, 18, §§ 3º e 4º, e 49, XV, assim:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; ... Art. 18 ...§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei ...Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional ...XV – autorizar referendo e convocar plebiscito.

³⁶ Acquaviva, op. cit., p. 461.

Referendo: é o mecanismo da democracia semidireta pelo qual os cidadãos são convocados para se manifestar a respeito da conveniência, ou não, de medida já tomada pelos governantes. Nisto, difere do plebiscito. Dá-se o nome de referendo, também, à manifestação popular sobre a entrada em vigor de leis já elaboradas pelo Parlamento. “Trata-se, então de ratificação popular a algo que já está feito”.³⁷

A Constituição brasileira prevê o referendo no art. 14, II, sendo a matéria regulamentada pela Lei 9.709/98.

Art. 1º A soberania popular exercida por sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: ...II – referendo. Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Iniciativa popular: eis o mais significativo instituto da democracia semidireta. Atende às exigências populares de uma participação efetiva do processo político, ao conferir a iniciativa da elaboração das leis pelo próprio povo.

Está previsto na CF, art. 1º, § único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; e 61, caput, § 2º:

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos

³⁷ Acquaviva, op. cit., p. 461.

cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição... A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por 5 Estados, com não menos de 0,03% dos eleitores de cada um deles.

Veto popular: do latim *vetare, proibir impedir*, o veto popular significa a rejeição, pelo povo, de uma medida governamental. Pode ocorrer no plebiscito ou no referendo. No Brasil, o veto é prerrogativa dos chefes do Poder Executivo, como o presidente da República, que pode vetar, total ou parcialmente, os projetos de lei aprovados pelo Legislativo (CF, arts. 66, §§ 1º e 2º, e 84, V), embora, com amparo no art. 14, as coletividades que não desejarem ser elevadas a município possam vetar essa medida.

Recall: significa revogar, reparar, anular, e é esta, verdadeiramente, sua finalidade, permitir que o eleitorado possa destituir, em manifestação direta, um órgão público que tenha afrontado a confiança do povo e a dignidade do cargo. Nem o poder judiciário escapa da aplicação do *recall*. Tem larga aplicação nos EUA, porém no Brasil não tem previsão legal.

2. SOBERANIA

Conforme a Delta Larousse³⁸:

A soberania é o poder supremo do Estado de conduzir-se livremente, tanto nos negócios internos quanto externos, sem subordinação a outro Estado. Ela se resolve na competência da competência, isto é, no direito que tem o Estado de determinar sua própria competência.

A soberania é indivisível e estabelece a igualdade entre todos os Estados soberanos. O dogma de soberania absoluta já não é admitido em direito

³⁸ Grande Enciclopédia Delta Larousse, p. 6.374.

internacional, sendo apenas operante na esfera do direito público interno, em que o Estado conserva plena liberdade de ação.

Do ponto de vista do direito das gentes, os Estados perderam uma parcela de soberania, como membros, que são, da comunhão internacional. A carta das Nações Unidas, por exemplo, impõe-lhes o dever de conter, nas suas relações internacionais, o uso da força, sempre que não seja em legítima defesa, e de resolver seus conflitos por meios pacíficos. Pode dizer-se que o Estado soberano não é subordinado a Estado algum, mas ao direito internacional.

Afirma Fiorillo³⁹, na Constituição Brasileira, a Soberania é prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no Título I, do art. 1º, I, como princípio limitador da ordem econômica, no Título VII, art. 170, I, e como poder de fazer leis de forma exclusiva em seu território, organizando a denominada racionalização jurídica de acordo com as formas de expressão portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores de nossa sociedade (art. 216).

3. CIDADANIA

A Enciclopédia Delta Larousse⁴⁰, descreve:

(...) a cidade antiga era ao mesmo tempo um pequeno burgo, com seu território circundante, e um conjunto político, um Estado. A noção de cidade foi particularizada, sobretudo pelos historiadores, ao caso da cidade grega clássica, particularmente acabada na forma e originalmente favorecida pelo retalhamento geográfico da Grécia.

Desde o início do período clássico, os gregos fizeram da cidade (polis) seu ideal político e social. Parece ter resultado da concentração de vários clãs ou tribos em torno de um ponto fortificado (cidades, acrópole) que dominava um burgo, enquanto se delimitava o território controlado.

Definiu-se também a cidade como o "grupo de cidadãos que possuem em comum a soberania e a exercem num espírito de particularismo egoísta"; tal

³⁹ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 8.

⁴⁰ Grande Enciclopédia Delta Larousse, p. 1654.

a cidade clássica, após a precoce desaparecimento de uma realeza que não deixou traço algum nas instituições religiosas.

Segundo o número de privilegiados que participava do poder político, o regime era oligárquico ou democrático, tendo o segundo triunfado sobre o primeiro a longo prazo, por vezes após um período de despotismo individual, a tirania. Em qualquer dos casos, o corpo de cidadãos excluía os escravos e os estrangeiros (*metecos*), e freqüentemente as populações submetidas.

Os órgãos da cidade clássica, de que Atenas era o modelo, são: a assembléia dos cidadãos (*ekklesia*), teoricamente soberana, secundada por um conselho permanente e executivo que dela emanava (*boule*); numerosas magistraturas, os mais das vezes anuais e colegiadas; e o tribunal, composto de cidadãos (*heliaia*).

Para Antonio Paim⁴¹, “há muita impropriedade no conceito de cidadão, sendo que com freqüência é utilizado no contexto da chamada luta de classes”. Entretanto, “a cidadania consiste numa prerrogativa inerente ao nascimento (ou à adoção) de determinada pátria”. Destaca-se a “comunidade e não a diferença”.

A combinação da plena liberdade de consciência, em matéria religiosa, com a universalização de um tipo de educação laica coroam o movimento de plena explicitação do conceito de cidadania, em que a nota mais relevante consiste nos deveres resultante da posse de um pátria comum.

Todos os cidadãos brasileiros estão comprometidos com a defesa da integridade do território nacional, bem como com a documentação das instituições do sistema representativo. O texto constitucional veda expressamente a possibilidade de serem invocadas convicções religiosas, filosóficas ou políticas ‘para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’.

Destarte, o conceito de cidadão no plano do direito positivo brasileiro em vigor diz respeito a atributo de “todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país

⁴¹ Apud Celso A. P. Fiorillo, *Princípios do Processo Ambiental*, p. 9 (rodapé).

vinculado ao conceito de igual dignidade social independentemente de sua inserção econômica, social, cultural e evidentemente política⁴², como a pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais abarcados pelos fundamentos do art. 1º da Constituição Federal.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1. DEFINIÇÃO E CONCEITO

Explica Maria Celina Bodin de Moraes, que a raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim *dignus*:

– “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante” -; diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação”.⁴³

Entretanto, é impossível definirmos “quem” somos, ou seja, a “essência viva da pessoa humana, segundo a mesma autora. Somente é possível enumerar qualidades e características do “que” somos. Para tanto cita Hannah Arendt, para quem:

Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.⁴⁴

⁴² Celso Antonio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 11.

⁴³ **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, Editora Renovar, 2003, p. 77.

⁴⁴ **A condição humana** (1958), 9ª edição: Forense Universitária, 1999, p. 188, apud Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 76.

Prosseguindo, esclarece que através do cristianismo, foram introduzidas duas novas concepções éticas:

(...) a idéia de que a virtude se concebe pela relação com Deus, e não com a polis ou com outros homens; e a afirmação de que, embora os seres humanos sejam dotados de vontade livre, seu primeiro impulso, proveniente da natureza humana fraca e pecadora, dirige-se para a transgressão. Como a própria vontade humana se encontra, na origem, pervertida pelo pecado (o pecado original), o Cristianismo pressupõe o ser humano, em si e por si, como incapaz de realizar o bem, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso. Isto será feito mediante a obediência estrita à lei divina, revelada e inscrita no coração de cada um dos homens, através de atos de dever.⁴⁵

Apesar de lógico o raciocínio acima do ponto de vista teológico, não compartilhamos do mesmo, por entendermos que a sua origem fundamenta-se numa explicação metafísica que é o pecado original. Entretanto, entendemos que a conduta moral deve ser realizada de acordo com as normas e regras impostas pelo dever. E a idéia de dever, uma das marcas principais da concepção ética ocidental, segundo ainda a Autora, permanece mesmo quando a “filosofia moral se distancia dos princípios teológicos e das fundamentações transcendentais”.

Nesse sentido, busca Kant, para quem, na obra *Crítica da Razão Prática*, reassentou a questão da moralidade em novas bases, que se encontram resumidas, em última instância, no que ele denominou “imperativo categórico”. O dever, segundo ele, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é um lista ou catálogo de virtude; antes se configura através de uma “forma” que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral.

Desdobrando seu pensamento, cita três máximas morais. São elas:

⁴⁵ Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 78.

- Age com se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza, que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar;
- Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, com um fim e nunca com um meio, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas;
- Age com se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.⁴⁶

Finalizando, acrescenta que para Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade.

Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta com sua finalidade suprema, a realização do valor intrínseco da dignidade humana.⁴⁷

4.2. A EXPRESSÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA

A partir do instante em que se reconheceu o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos, esses princípios foram incorporados às Constituições.⁴⁸

Principalmente, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, quando a Declaração Universal dos

⁴⁶ Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 79.

⁴⁷ Ibid., p. 81

⁴⁸ Ibid., p. 82.

Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”.

Da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. Isto implica dizer que humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e da capacidade interagir com os outros e com a natureza. Ao contrário, será desumano tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.⁴⁹

4.3. O DIREITO À IGUALDADE

A forma básica de igualdade denominada de “igualdade formal”, é aquela segundo a qual “todos são iguais perante a lei”. Entretanto, como as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas, para se obter o fim desejado, que é o fundamento jurídico da dignidade humana, logo se verifica que essa espécie de igualdade, é insuficiente.

Adotou-se então, uma outra forma denominada “igualdade substancial”. Consiste em tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. “Essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de

⁴⁹ Maria C. B. Moraes, op. cit., p. 85.

direitos, sem evidentemente, prescindir-se da igualdade formal, à qual apenas se acrescentou esta outra, a substancial”.⁵⁰

O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos.

Neste cenário, merece ser lembrado o imperativo intercultural tantas vezes invocado por Boaventura de Souza Santos a respeito das tensões de nosso tempo: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.⁵¹

4.4. A TUTELA DA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

Tradicionalmente, contempla no aspecto criminal o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc..

Na esfera cível, no entanto, vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade – vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal – instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social.

⁵⁰ Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 86.

⁵¹ Ibid., p. 92.

Atualmente, as maiores perplexidades em torno do tema dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia e a suas conseqüências sobre a esfera psicofísica do ser humano. Assim, por exemplo, no âmbito do que começa a se configurar como um novo ramo, o do "biodireito", ainda sem regulamentação jurídica adequada, estão problemas decorrentes da reprodução assistida – como a procriação *post-mortem* e o congelamento de embriões -, da privacidade dos dados genéticos, da experimentação em seres humanos, dos atos de disposição sobre o próprio corpo, da mudança de sexo, "acontecimentos plenamente factíveis desde a aquisição, cada vez mais veloz, das tecnologias necessárias".⁵²

Relativamente ao Projeto Genoma Humano, que está revolucionando o conhecimento do homem sobre si mesmo, para além da clonagem – que, por enquanto, arrebanha muito mais opositores do que defensores –, outras possibilidades, vindas da esteira do mapeamento de nossos genes, já se mostram polêmicas e eticamente controvertidas.

Uma única hipótese serve a dar idéia dos problemas envolvidos: com a medicina preventiva, já é possível antecipar, através de testes genéticos, algumas predisposições a certas doenças, como a fibrose cística ou o câncer de mama. A quem pertencem essas informações? Poderia o empregador, ou quiçá, uma companhia seguradora vir a exigir sua apresentação? Em linha extremada, poderia algum membro da família, agora doente porque não informado tempestivamente acerca de sua potencialidade genética, vir a ser indenizado?

⁵² Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 94.

4.5. O DIREITO À LIBERDADE E O DEVER DE SOLIDARIEDADE

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as com melhor convier.

Violam a dignidade humana, por exemplo, a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador, o exame do bafômetro, a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal, etc.

O direito de liberdade, entretanto, está contraposto ao dever de solidariedade social. Os direitos só existem para que sejam exercidos em contextos sociais, contextos os quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem uns em meio a outros. Não se trata, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. Deve-se buscar a medida da ponderação em cada caso, entre a liberdade e a solidariedade.⁵³

O século XX presenciou, em grande parte como conseqüência das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra, o surgimento de um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, baseado na chamada solidariedade social.

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a

⁵³ Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 107.

obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que seja feito”. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro. É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro.⁵⁴

Aos indivíduos, em seu significado mais restrito, vieram a substituir, porém os grupos organizados as comunidades intermédias, as coletividades, que têm, cada uma, o seu próprio interesse. Assim, começa a tomar feição a igualdade de direitos fundada em valores sociais, irrigada pela solidariedade social, que servirá de base à igualdade substancial e à justiça social.

Do ponto de vista jurídico, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

São exemplos os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação, os danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas das espécies de danos

⁵⁴ Maria C. B. de Moraes, op. cit., p. 112.

sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, com as crianças e os idosos, o descumprimento do deveres fundados na boa-fé.

Daqui, evidentemente, se parte para as hipóteses mais conhecidas e tuteladas tendo como fundamento a solidariedade social: os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente.

5. OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

É através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador, como por exemplo: arts., 5º, XIII; 6º, 7º, 8º; 194-204, da CF.

A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país.

Em relação às limitações à livre iniciativa devem “corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem o aniquilamento das atividades reguladas”.⁵⁵

⁵⁵ Alexandre de Moraes, **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil**, Editora Atlas, 2003, p. 61.

6. O PLURALISMO POLÍTICO

Demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos

O Estado democrático de direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado “princípio democrático, ao afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

7. PODERES DA UNIÃO

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁶:

(...) em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece esmagadoramente, na doutrina a afirmação de que há uma trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

⁵⁶ Curso De Direito Administrativo, 14ª edição, 2001, Malheiros Editores, p. 27.

Esta trilogia é uma construção política consagrada juridicamente, a partir do propósito ideológico de Montesquieu⁵⁷ de impedir a concentração de poderes para preservar a Liberdade dos homens contra os abusos e tiranias dos governantes.

Essas funções estão distribuídas em três blocos orgânicos, denominados “Poderes” que observariam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.⁵⁸

Dentro desta construção ideológica é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos, não de maneira rígida absoluta, com exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome.

Estabelecem-se os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover em equilíbrio melhor articulado entre os chamados poderes, isto é, entre os órgãos do poder.⁵⁹

⁵⁷ **O Espírito das Leis**, de 1748, apud Bandeira de Mello, op. cit., p. 29 - De fato, os pressupostos em que se baseou e o objetivo que o norteava foram por ele expressados de maneira clara, nestes termos: “(...) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” E logo adiante: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer eu o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares”.

⁵⁸ Bandeira de Mello, op. cit., p. 28.

⁵⁹ Ibid., p. 30.

7.1. PODER LEGISLATIVO

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância. A Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*. Exemplo das primeiras: disposições sobre a organização e operacionalização interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; exemplo das segundas: processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade e Comissões Parlamentares de Inquérito.

O Poder Legislativo Federal é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados e do Senado Federal, diferentemente dos estaduais, distritais e municipais, onde é consagrado unicameralismo (CF, art. 27, 29 e 32).

O sistema bicameral deve-se a forma federativa de Estado adotada por nosso legislador constituinte. São eleitos três Senadores por Estado e pelo Distrito Federal, num total de 81, e eleitos deputados em número proporcional a eleitores dos Estados e do Distrito Federal, num total de 513.

O órgão administrativo de direção do Congresso Nacional é sua Mesa, que será presidida pela Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

O Poder Legislativo está regulado no título IV, Capítulo I da Constituição Federal, artigos 44 e seguintes.

7.2. PODER EXECUTIVO

Compete ao Poder Executivo como função precípua, nos termos do art. 84, da Constituição Federal, a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.

De acordo com art. 76, a chefia do Poder Executivo foi confiada ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas).

Como chefe de Estado, o presidente o representa nas relações internacionais, corporificando a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política – participação no processo legislativo -, como nos de natureza eminentemente administrativa.

Essa acumulação de funções revela que o legislador constituinte optou pelo sistema presidencialista de governo, que difere do sistema parlamentar, em que a função de chefe de Estado é exercida pelo Presidente ou pelo Monarca, e a função de chefe de Governo, pelo primeiro Ministro.

Se a função típica do Executivo é a de administrar a coisa pública, de onde deriva o nome república (*res publica*), as funções atípicas são: legislar (art. 62 – Medidas Provisórias) e julgar no contencioso administrativo.

Em virtude das altas funções que exercem, para garantia de independência e imparcialidade do bom cumprimento de suas tarefas, assim como os membros do Legislativo e do Judiciário, o Chefe do Poder Executivo possui várias prerrogativas e imunidades.

7.3. PODER JUDICIÁRIO

Compete ao Poder Judiciário, além de administrar a Justiça, ser o guardião da Constituição para garantir os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios.

A necessidade das soluções jurídicas dos conflitos, serem proferidas por um Poder autônomo e independente, é inevitável para se conceber a conceituação do Estado democrático de direito.

As principais garantias estão previstas na Constituição Federal, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício de seu Poder.

O direito a tutela e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial, constituem-se em direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal com as

autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.⁶⁰

A Constituição Federal enumera, no art. 92, os órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, disciplinando-os a seguir, com ampla independência.

7.4. ESTADOS-MEMBROS

A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se “pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração”.⁶¹

7.4.1. Auto-organização e normatização própria

Os Estado-membros se auto-organizam por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, caput), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais *sensíveis*, princípios federais *extensíveis* e princípios constitucionais *estabelecidos*.

⁶⁰ Alexandre de Moraes, op. cit., p. 447.

⁶¹ Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 11ª Edição, Atlas, 2002, p. 270.

Princípios constitucionais sensíveis são assim denominados, pois a sua inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política, está prevista nos artigo 34, VII, da constituição Federal:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações de serviços públicos de saúde.

Os princípios federais extensíveis são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Os princípios constitucionais estabelecidos consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência e normas de pré-ordenação. São exemplos das primeiras, dentre outros os artigos 1º a 4º e seus incisos, da CF, e das segundas, dentre outros, artigos 23º a 25º e 144, § 4º, 5º e 6º.

7.4.2. Auto-governo

A autonomia estadual também se caracteriza pelo autogoverno, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes nos Poderes Legislativos e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União. A Constituição Federal prevê expressamente a existência dos Poderes Legislativo (art. 27), Executivo (art. 28) e Judiciário (art. 125) estaduais.

Relativamente ao Poder Judiciário, o art. 125 da CF, determina que os Estados-membros o organizarão, observados os princípios estabelecidos na Constituição, determinando a competência dos tribunais na Constituição do Estado e instituindo representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Faculta-se, ainda, à lei estadual, de iniciativa do Tribunal de Justiça, a criação da Justiça Militar estadual, com competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

7.4.3. Auto-administração

A garantia de auto-administração dos Estados-membros é definida constitucionalmente, estando implicitamente no exercício da competência

tributária, a existência de um mínimo de recursos financeiros, obtidos diretamente através de sua própria competência tributária.

O art. 25, § 3º, prevê a possibilidade dos Estados, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, com o objetivo de oferecer soluções para problemas ou carências localizadas.

7.5. MUNICÍPIOS

A Constituição Federal consagrou o município como entidade federativa indispensável ao nosso sistema federativo, integrando-o na organização político-administrativa e garantindo plena autonomia, com se nota na análise dos arts. 1º, 18, 29 e 34, VII, c.

A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela triplice capacidade “auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração”.⁶²

Dessa forma, o município *auto-organiza-se* através pela Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; *auto-governa-se* mediante a eleição direta de seu prefeito, vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, *auto-administra-se*, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal.

⁶² Alexandre de Moraes, op. cit., p. 274.

7.6. DISTRITO FEDERAL

A Constituição Federal garante ao Distrito Federal a natureza de ente federativa autônomo, em virtude da presença de sua tríplice capacidade *auto-organização, autogoverno e auto-administração* (CF, arts. 1º, 18, 32, 34), vedando-lhe a possibilidade de subdividir-se em municípios (CF, arts. 32 e 147).

A *auto-organização* se dará por lei orgânica e leis distritais, aprovadas na Câmara Legislativa, de acordo com os princípios estabelecidos na Constituição. O *auto-governo* consubstancia-se na eleição do governador, do Vice-governador, e dos Deputados Distritais, somente pelo próprio povo do Distrito Federal (art. 77, CF). Em relação ao Poder Judiciário do Distrito Federal, permanece a previsão de que competirá, privativamente, à União organizar e mantê-lo, "afetando, parcialmente, a autonomia desse ente federado".⁶³

8. FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS DO ESTADO BRASILEIRO

De acordo Celso A. P. Fiorillo⁶⁴, o Estado brasileiro está baseado em fundamentos democráticos, a saber:

- na soberania popular combinada com a dignidade da pessoa humana (art 1º, I, III, § único e principalmente preâmbulo da Carta Magna do Brasil);
- na soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana como pluralismo político exercido pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, bem como pela livre criação de partidos políticos (arts. 1º, II, III e V, 14 e 17, da Constituição Federal);

⁶³ Alexandre de Moraes, op. cit., p. 281.

⁶⁴ **Princípios do Processo Ambiental**, p. 5.

- assim com na cidadania combinada com a dignidade da pessoa humana em face da iniciativa popular, visando a leis complementares e ordinárias (arts. 1º, II e III, e 61, § 2º, da Constituição Federal).

9. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA DO BRASIL

É que os objetivos fundamentais da República do Brasil, segundo o mesmo autor, no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Processual Brasileiro, ao organizar seu sistema jurídico a partir de 1988, foi o “erradicar a pobreza e marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF).

Para tanto, necessário se fez e continua fazendo, modificações no direito positivo, para que os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – ordem jurídica do capitalismo - (art. 1º, IV), harmonizem-se para que os objetivos acima sejam alcançados.

O direito processual como ramo do direito constitucional,

(...) estabelece como faz nascer a relação jurídica entre autor e juiz (Estado), como tal relação jurídica processual se angulariza, como ocorre ou se permite a introdução de outras pessoas, como se regulam as atividades até se chegar à sentença, quando e como se permitem os recursos, e como se produz a coisa julgada e qual a ação contra ela.⁶⁵

Dessa forma, o Direito Processual brasileiro, caracteriza-se por ser fundamentalmente um instrumento, dentre outros encontrados na Constituição, destinado a também contribuir, em seu âmbito de aplicação e em linhas mais gerais, aos objetivos apontados no art. 3º, da CF.

⁶⁵ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 27.

CAPÍTULO II - MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO

Neste capítulo, mostraremos que o meio ambiente constitui-se num Direito Fundamental de terceira geração, assim considerado pela Carta das Nações Unidas; como, nessa condição, foi ele inserido na nossa Constituição de 1988; os princípios que decorrem do art. 225, e seus incisos; a conceituação dos doutrinadores e da nossa legislação infraconstitucional; a sua característica de bem-interesse difuso; a Política Nacional do Meio Ambiente, tratada inicialmente na Lei 6.938/81; e, finalmente, os aspectos em que pode ser dividido o meio-ambiente para melhor compreensão de seu todo.

1. GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Alexandre de Moraes⁶⁶:

(...) modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Citando Celso de Mello,

(...) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de Segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no

⁶⁶ **Direito Constitucional**, p. 59.

processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁶⁷

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdade públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Referindo-se aos hoje chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, cita que Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que:

(...) o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.⁶⁸

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, citando José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Cita ainda, que conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

(...) a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.⁶⁹

Finalmente, cita que Celso Lafer classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, "dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a

⁶⁷ Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, p. 59.

⁶⁸ *Ibid.*, mesma p.

⁶⁹ *Ibid.*, *idem*.

esfera dos indivíduos considerados em a sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais".⁷⁰

2. CONFERÊNCIAS MUNDIAIS PARA O MEIO AMBIENTE

2.1. A 1ª CONFERÊNCIA MUNDIAL PARA O MEIO AMBIENTE

A primeira Conferência Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizou-se em 1972, em Estocolmo, na Suécia, com patrocínio da Organização da Nações Unidas, e deflagrou vários estudos com o objetivo de traçar uma estratégia para a preservação da vida no planeta. Os principais resultados foram reunidos no livro *Nosso Futuro Comum*, publicado em 1987.

Os estudos mostram o estreito vínculo entre pobreza, desigualdade de renda e deterioração ambiental, e apontam o desequilíbrio ecológico como um dos resultados das relações entre países pobres e ricos - os países pobres ou em desenvolvimento são os que detêm as maiores reservas de recursos naturais e estão destruindo-as rapidamente para pagar suas dívidas externas, enquanto que os países ricos são os grandes consumidores desses recursos.

Por esse motivo, concluem que os países ricos são os maiores responsáveis pela manutenção do equilíbrio ambiental e preservação das espécies. Também aconselham os países pobres a construir modelos de desenvolvimento não-predatórios, sugerindo que os países ricos os ajudem nessa tarefa através de verbas e tecnologias.

⁷⁰ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 59.

A declaração do Meio Ambiente firmou dezesseis princípios fundamentais de proteção ambiental, que passaram a integrar a Carta das Nações Unidas como Direitos Fundamentais de 3ª Geração. Após a Conferência de Estocolmo, a questão ambiental é assumida oficialmente por um grande número de governos e mais de cem países criam organismos oficiais específicos para tratar do tema.

2.2. A 2ª CONFERÊNCIA MUNDIAL - ECO-92

A segunda Conferência Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento é realizada no Rio de Janeiro, no centro de convenções Riocentro, em junho de 1992, com patrocínio da ONU. Participaram 114 chefes de Estado e 170 delegações oficiais, além de equipes do FMI (Fundo Monetário Internacional) e do Banco Mundial.

Para pressionar os organismos oficiais, mais de 3.200 ONGs de todo o mundo organizaram um encontro paralelo, o Fórum Global, que reuniu cerca de 40 mil militantes no aterro do Flamengo (RJ). Na mesma época, realizou-se também a Conferência Mundial dos Povos Indígenas, no bairro de Jacarepaguá (RJ), numa grande taba construída por índios tucanos e do Alto Xingu, a Kari-Oca. As delegações oficiais concordaram teoricamente com os princípios da preservação ambiental. As formas de implantá-los, no entanto, são motivos de controvérsia.

Foram reafirmados os 26 princípios anteriores, e adicionados outros sobre o desenvolvimento sustentável e meio ambiente. Os dois documentos mais importantes aprovados na conferência são a Carta da Terra, também chamada de Declaração do Rio, e a Agenda 21.

2.2.1. Carta da Terra – O ponto central da Carta da Terra é a constatação de que os países ricos poluem mais o planeta e, portanto, devem ajudar as nações pobres com tecnologias não-poluidoras e avanços científicos que as conduzam a um desenvolvimento mais rápido e menos predatório. Reconhece que os Estados têm o direito soberano sobre os recursos naturais de seus territórios, têm a responsabilidade de garantir que sua exploração não cause danos ao meio ambiente de outros países e o dever de indenizar as vítimas de poluição e outros danos ambientais. Todos os governos e pessoas devem cooperar na erradicação da pobreza, mas os países desenvolvidos têm responsabilidades maiores: são os que mais consomem e os que detêm as tecnologias necessárias para o desenvolvimento dos países pobres.

2.2.2. Agenda 21 – O objetivo da Agenda 21 é traçar estratégias para implantar os princípios da Carta da Terra. De seus 40 capítulos, oito tratam de questões econômicas e sociais; 14, da conservação e gestão dos recursos naturais; sete descrevem o papel dos grupos sociais; e 11 tratam das políticas para garantir a qualidade de vida das próximas gerações. São inúmeras as divergências entre as delegações oficiais, e a conferência não consegue estabelecer a fonte de recursos para financiar a implantação das políticas aprovadas. É criada uma Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (CDS), para fiscalizar o cumprimento da Agenda 21. Em 1993 o Brasil passa a integrar a comissão, formada por 53 países.

2.2.3. Clima e florestas – Três outros documentos tratam do desmatamento, do clima e da biodiversidade. A declaração sobre as florestas garante a soberania de cada país no uso de suas riquezas florestais. São eliminadas as barreiras comerciais para a madeira e a borracha exploradas com técnicas de

manejo que evitem o esgotamento desses recursos. Os projetos de desenvolvimento sustentável ficam na dependência da definição dos mecanismos de financiamento e de transferência de tecnologia, que serão definidos em novos fóruns internacionais. Formas de redução do desmatamento também não são consolidadas em documento.

A convenção sobre mudanças climáticas limita a emissão dos gases tóxicos associados ao efeito estufa e à destruição da camada de ozônio, mas não define datas para seu cumprimento. É assinada por 153 países. Os EUA não aceitam limites à emissão de poluentes atmosféricos e não assinam o documento.

2.2.4. Biodiversidade – O documento *Estratégia global para a biodiversidade*, elaborado pelo World Resource Institute, dos EUA, e pela União Mundial para a Natureza, da Suíça, apresenta 85 propostas para a preservação da diversidade biológica no planeta e um plano para o uso sustentado de recursos biológicos. Mostra que os desmatamentos podem destruir milhares de espécies vivas ainda desconhecidas, indica a necessidade do acesso igualitário à tecnologia de conservação e à tecnologia baseada em recursos biológicos. Reconhece a soberania dos países detentores da biodiversidade, como o Brasil, sobre seus recursos e propõe que tenham o direito de participar dos lucros resultantes de sua exploração. O documento é aprovado pelo Programa de Meio Ambiente da ONU e pelas ONGs que participam do Fórum Global.

A partir da Conferência ECO-92, ganhou especial destaque na mídia a importância da ecologia e da preservação do meio ambiente, assim como as proporções da sua devastação pela ação humana. Contudo, apenas através da edição da Lei dos Crimes Ambientais, a lei n.º 9605, de 12 de Fevereiro de 1998, o

sistema jurídico nacional passou a poder instituir penas contra crimes ambientais. Além deste fator, com esta lei passou a ser debatida a responsabilidade civil por crimes ambientais, conforme será analisado mais à frente.

3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, segundo José Afonso da Silva⁷¹, os princípios influenciaram na elaboração do capítulo do meio ambiente da nossa Constituição de 1988. Para Édis Milaré, a nova Constituição “captou em indisputável oportunidade o que está na alma nacional” – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza, traduzindo em vários dispositivos o que pode ser considerado um dos “sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente”.⁷²

A Constituição ao elevar o ambiente sadio à categoria de um daqueles valores ideais da ordem social, institucionalizou-o como direito fundamental do indivíduo, dedicando-lhe, além do capítulo próprio (art. 225), mais uma constelação de regras esparsas, a saber:

- Artigos: 26, I, II e III; 30, VIII e IX; 43, parág. 1º e 2º, IV e 3º; 49, XIV; 91, 1º, III; 129, III e 1º; 170, III e VI; 174, 3º; 176, 1º e 4º; 177, I, V, e 3º; 182, 1º a 4º, I a III; 186, II; 187, 1º; 200, VII e VIII; 226, I aa V e 1º a 5º; 220, 3º, II, e 4º; 231, 1º e 3º.

Para facilitar a compreensão do tema, transcreveremos o capítulo reservado ao meio ambiente da CF:

⁷¹ José Afonso da Silva, **Direito Ambiental Constitucional**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 59.

⁷² Édis Milaré, **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

Art. 225, *in verbis*: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Parágrafo 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Parágrafo 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Parágrafo 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona da Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que

assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive, quanto ao uso dos recursos naturais.

Parágrafo 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Parágrafo 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.

4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL

4.1. PRINCÍPIO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Este princípio decorre do texto constitucional, tendo sido proclamado pela primeira vez em Estocolmo e reafirmado pela Declaração do Rio: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável” (princípio I).

Esse novo direito fundamental da pessoa humana requer condições de vida adequada em um ambiente saudável. Trata-se da extensão do direito à vida, sua existência e dignidade, e por isso mesmo, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, cláusula pétrea.

4.2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL

Nosso ordenamento jurídico reconhece o meio ambiente como um valor de *fruição humana coletiva*, nas palavras de José Afonso da Silva⁷³. É o que dispõe art. 225, caput e parágrafos 1º, CF, e art. 2º, Lei nº 6.938/81, “bem de uso comum

⁷³ **Direito Ambiental Constitucional**, op. cit., p. 4.

do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade por sua proteção.

Este princípio está norteado pelo princípio geral de Direito Público, da *primazia do interesse público*, bem como do princípio de Direito Administrativo, da *indisponibilidade do interesse público*. Na dúvida sobre qual norma aplicar ao caso concreto, prevalece aquela que privilegia o meio ambiente, e, de forma mediata, a coletividade.

4.3. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Deve-se ater o momento anterior à da consumação do dano, ao momento do risco. Sendo a reparação incerta, onerosa e muitas vezes impossível, a melhor saída é a prevenção. Assim por exemplo, freqüentemente é impossível recuperar uma espécie extinta ou uma flor devastada.

Esse princípio vem descrito no art. 225, caput, *dever do poder público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações*, e no art. 2º, Lei nº 6.938/81. A prevenção pode ser obtida através da política de educação ambiental. Além disso, são instrumentos de prevenção o estudo do impacto ambiental (§ 1º, inciso IV), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas, etc..

4.4. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Traduz a idéia de que para a resolução dos problemas ambientais deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade - organizações

ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura, etc. -, nos termos do que expressa o caput do art. 225.

Segundo Celso Fiorillo⁷⁴, o princípio da participação constitui ainda *um dos elementos do Estado Social de Direito* (que também poderia ser considerado Estado Ambiental de Direito), porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, que, como sabemos, é um dos pontos cardeais da tutela ambiental.

Para efetivação dessa ação em conjunto, necessária a informação e da educação ambiental.

4.4.1. Princípio da informação ambiental

Consiste no direito à informação que os cidadãos necessitam para que, com conhecimento, possam ter melhores condições de atuar e planejar em benefício do meio ambiente, nos termos do que dispõe os arts. 6º, § 3º, e 10 da Lei 6.938/81.

A informação ambiental é corolário do direito de ser informado, previsto nos arts. 220 e 221 da CF. Segundo Celso Fiorillo⁷⁵:

(...) o citado art. 220 engloba não só o direito à informação, mas também o direito a ser informado, que se mostra como um direito difuso, sendo, por vezes, um limitador da liberdade de informar.

⁷⁴ **Curso de Direito Ambiental**, op. cit., p. 39.

⁷⁵ Celso A. P. Fiorillo, **Curso de Direito Ambiental**, p. 40.

4.4.2. Educação ambiental

Visa conscientizar o povo, titular do meio ambiente, das questões ecológicas. Está disposta no art. 225, § 1º, VI, da CF, e são alguns de seus exemplos: art. 35 da Lei de Proteção à Fauna, 4º, V, da Lei nº 6.938/81 e 42 do Código Florestal.

Segundo Celso A. P. Fiorillo⁷⁶:

Educar ambientalmente significa:

- a) reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente;
- b) efetivar o princípio da prevenção;
- c) fixar a idéia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas;
- d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos;
- e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades.

Por fim, deve-se ressaltar a Lei nº 9.795/99, que estabeleceu a

Política Nacional de Educação Ambiental, em seu art. 6º:

As instituições de ensino estão comprometidas com a educação ambiental tanto no ensino formal como não formal. Trata-se de um reforço na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁷⁶ Celso A. P. Fiorillo, **Curso de Direito Ambiental**, p. 41.

4.5. PRINCÍPIO DA UBIQUIDADE

O meio ambiente deve ser levado em consideração antes e durante a realização de qualquer atividade que venha a ser desenvolvida, de qualquer natureza, para saber se há ou não a possibilidade de que ele seja degradado. Decorre da tutela constitucional da vida e da qualidade de vida.

Observa Celso A. P. Fiorillo⁷⁷, que o direito ambiental reclama não apenas que se “pense” em sentido global, mas também que se “haja” em âmbito local, pois somente assim é que será possível uma atuação sobre a causa de degradação ambiental e não simplesmente sobre seu efeito.

De fato, “é necessário combater as causas dos danos ambientais, e nunca somente os sintomas, porquanto, evitando-se apenas estes, a conservação dos recursos naturais será incompleta e parcial”.⁷⁸

4.6. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR OU DA RESPONSABILIZAÇÃO

Objetiva-se com este princípio, imputar ao poluidor o custo social da poluição gerada por ele, caracterizando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico, nos termos dos art. 225, § 3º, CF, e art. 4º, VI, da Lei nº 6.938/81.

Observa Celso Fiorillo⁷⁹, que isso não significa dizer que:

(...) pode-se poluir mediante um pagamento”. O que se identifica neste princípio, é a existência de “duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa sua reparação (caráter repressivo).

⁷⁷ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 42.

⁷⁸ Ibid., p. 42.

⁷⁹ Ibid., p. 27.

A ECO-92, em seu princípio 16, diz que:

(...) as autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais.

A Constituição Federal, no art. 225, § 3º, previu a *tríplice penalização do poluidor* (tanto pessoa física como jurídica) do meio ambiente: a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal, a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e sanção civil, em razão da responsabilidade civil.

Relativamente à responsabilidade civil, segundo o mesmo autor:

(...) o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: a) a responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

4.7. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O princípio 3º, da Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, estabeleceu que "Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra para produzir recursos vitais renováveis". Na ECO-92, este princípio mencionado em onze de seus vinte e sete princípios, sendo "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades".

Lembra Celso Fiorillo⁸⁰, que a compreensão do instituto reclama a sua contextualização histórica, na medida em que o liberalismo tornou-se um sistema inoperante diante do fenômeno da revolução das massas.

Em face da transformação sociopolítica-econômica-tecnológica, percebeu-se a necessidade de um modelo estatal intervencionista, com a finalidade de reequilibrar o mercado econômico.

Nossa Constituição adotou-o no art. 225, *caput*, e no art. 170, VI, de onde se extrai que é inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias ao fato de que os recursos naturais são finitos. Busca-se uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente, permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem, de forma a preservá-los para as presentes e futuras gerações.

5. INTERESSE JURÍDICO

Dentre os vários sentidos que a palavra interesse tem, um deles é o sentido comum de vantagem, ganho pessoal, lucro. Significa a expectativa que um indivíduo tem em relação a alguma coisa.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, o núcleo dessas concepções revela que o interesse interliga uma pessoa a um bem de vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. Por outras palavras, "trata-se da busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação".⁸¹

⁸⁰ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 24.

⁸¹ **Interesses Difusos: Conceito e Colocação no Quadro Geral dos Interesses**, Revista de Processo, V. 14, n. 55, Julho/setembro 89, p. 165.

Enquanto estiver dentro do campo psicológico do indivíduo, dentro da esfera do pensamento, há indiferença por parte dos demais indivíduos, bem como por parte do Estado sobre esse interesse, o que faz com que não possa ser exigido.

Outro aspecto que merece relevo segundo esse autor, diz respeito com o “contraste entre o interesse *lato sensu* e o interesse jurídico”. O conteúdo axiológico daquele é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo já prefixado na norma.⁸²

Os diversos interesses surgem da realidade e podem ser, segundo Gianpaolo Poggio Smanio, “compatíveis, concordantes, ou podem trazer conflitos”, tendo em vista que a valoração fica a cargo dos diferentes sujeitos, dentro da diversidade social.⁸³

5.1. DISTINÇÃO DE INTERESSE E BEM

Os interesses poderão ou não corresponder a direitos. Assim por exemplo, Gabriel Saad comentando o art. 81, do C.D.C, conclui:

Interesse pode ser uma pretensão fundada em um direito ou simples vantagem ou utilidade econômica correspondente a uma necessidade. Estamos em que, neste Código, o interesse do consumidor há de ter valoração jurídica. Assim pensando, concluímos que interesse e direito, no artigo em estudo, são sinônimos.⁸⁴

Já Maria Helena Diniz, expõe com clareza a distinção que pode haver entre eles, da seguinte forma:

a) há interesses, protegidos pela lei, que não constituem direitos subjetivos; por ex., no caso das leis de proteção aduaneira à indústria nacional, as

⁸² Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 166.

⁸³ Gianpaolo Poggio Smanio, **Tutela Penal dos Interesses Difusos**, Ed. Atlas, 2000, p. 13.

⁸⁴ **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 3ª ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 593.

empresas têm interesse na cobrança de altos tributos pela importação de produtos estrangeiros, mas não tem nenhum direito subjetivo a tais tributos; b) há hipóteses de direitos subjetivos em que não existe interesse da parte do titular, como: os direitos do tutor ou do pai em relação ao pupilo e aos filhos são instituídos em benefício dos menores e não do titular; c) na verdade, quando se afirma que direito subjetivo é um interesse, o que se está dizendo é que o direito subjetivo é um bem material ou imaterial que interessa; p. ex.: direito à vida, à liberdade, ao nome, à honra, etc.. Ora interesse é utilidade, vantagem ou proveito assegurado pelo direito; logo, não tem sentido dizer que direito subjetivo é objeto que interessa.⁸⁵

Acrescenta Rodolfo de Camargo Mancuso, que esse *plano fático*, onde gravitam e se expandem os interesses *lato sensu* foi chamado por A. Gervais o plano "*de l' utilité et del' existence*", com isso se querendo salientar a abstração ético-normativa e a livre expansão desses interesses, cujo único pólo atrativo são os diversos 'focos de vantagem', que ora os fazem aglutinar-se, ora os separam. Diferentemente, portanto, do que ocorre com os direitos que se situam no plano ético-normativo: como aduz A. Gervais, os direitos resultam de uma escolha feita pela Autoridade social, "*en fonction d' un jugement de valeur qui discrimine entre les cas où un doit être reconnu et ceux où il n' y a pas lieu de la faire*".⁸⁶

Há, pois, diferenças quanto à essência e, também, de ordem topológica, reveladas pelo fato de os interesses e os direitos estarem situados em planos diferenciados. Aprofundemos a análise, examinando os interesses em sua acepção laica e em suas acepções técnicas.

5.2. CATEGORIAS DE INTERESSES

Conforme Rodolfo Camargo Mancuso, em sua *acepção laica*, o interesse tem a conotação que lhe empresta o homem das ruas: "uma aspiração a

⁸⁵ Apud Gianpaolo P. Smanio, op. cit., p. 14.

⁸⁶ Rodolfo Camargo Mancuso, op. cit., p. 166.

obter uma determinada situação de vantagem, acompanhada da consciência de que tal aspiração não é exigível ou oponível em face de terceiros". Tal interesse não depassa os limites do campo psicológico do agente; sua relevância é contida, limitada à esfera do pensamento.⁸⁷

5.2.1. Ponto de vista jurídico

Sob o ponto de vista jurídico, dividem-se os interesses em:

a) Interesse material: é a necessidade, a utilidade, a pretensão juridicamente qualificada;

b) Interesse formal ou processual: instrumento necessário e útil por meio do qual se possa exigir uma pretensão.

5.2.2. Divisão

Em outra clássica divisão segundo Gianpaolo Poggio Smanio⁸⁸, podem ser divididos em:

a) Interesse público: predominância da presença do Estado, que fixa seu conteúdo soberanamente pela ordenação normativa;

b) Interesse privado: encontra-se na esfera do particular, do indivíduo, cabendo a este sua defesa, beneficiando-se ou sofrendo do prejuízo. É o interesse individual que se esgota no

⁸⁷ Rodolfo Camargo Mancuso, op. cit., p. 167.

⁸⁸ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 16.

círculo de atuação de seu destinatário, não podendo o Estado impedir seu exercício. O elemento predominante é o interesse pessoal, que é direta e imediatamente atingido, restando apenas o interesse da comunidade.

c) Crítica ou binômio público/privado: Segundo o autor, a principal crítica que se faz a essa divisão, é de que o *"interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo"* (como ocorre no Direito Penal, que contrapõe o *ius puniendi* do Estado ao interesse de liberdade do indivíduo), enquanto o interesse privado contrapõe os indivíduos em seu inter-relacionamento (como nos contratos do Direito Civil).

A rigidez da divisão entre o interesse público e o privado, entre o Estado e particular, que remontava ao direito romano, foi se abrandando a partir da Idade Média quando surgiram novos focos de poder, denominados de corpos intermediários, dentre eles as corporações de ofício; os feudos; e a inquisição.

Para Hugo Nigro Mazzili:

Já na Idade Moderna, primeiramente a "Revolução Industrial e, posteriormente, a revolução tecnológica, transformaram completamente as relações sociais"; os Estados nacionais passaram a conviver com os grandes conglomerados econômicos e com as empresas multinacionais, num mundo hoje globalizado, com interações constantes e diversas entre os indivíduos e as entidades políticas e econômicas.

Desta forma, para este autor "as relações intermediárias passaram a exercer profunda e definitiva influência no Direito, trazendo uma óptica coletiva como uma terceira via entre o público e o privado". Um verdadeiro processo

coletivo ocorreu, por meio dos sindicatos, das associações, dos cartéis, dos partidos políticos, dos diversos grupos sociais organizados, encerrando o binômio público/privado.⁸⁹

No mesmo sentido Celso Antonio Pacheco Fiorillo, afirma:

(...) de fato, em vista das grandes mudanças experimentadas ao longo das últimas décadas, não mais podemos enxergar o nosso País com base no século XIX. A própria revolução tecnológica pela qual passamos determinou uma modificação brutal do nosso sistema. Os grandes temas de conflitos de interesses estão adaptados não mais a situações eminentemente individuais, mas sim a conflitos coletivos.⁹⁰

Esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso, ao mesmo tempo, que ensejou que entre o Estado e o indivíduo se estabelecessem certos 'degraus' ou 'patamares', que ora funcionam como 'elemento de conexão', ora como 'segmentos reivindicantes'. Ter-se-á estabelecido, assim, uma verdadeira 'ordem coletiva', pairando entre o Estado e o indivíduo.⁹¹

Acrescenta Hugo Nigro Mazzilli que, especialmente a partir de 1974, com os trabalhos de Mauro Cappelletti, surgiu a "consciência de que os interesses de grupos apresentavam peculiaridades": como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado como assegurar a coisa julgada extra partes? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo nos processos para decisão e composição dos conflitos intersubjetivos?⁹²

Objeta Smanio que, apesar de haver ainda hoje uma "divisão entre Direito Público e Privado", suas regras se misturam de tal forma, que é

⁸⁹ **A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo**. 12ª ed. Saraiva, 1997, p. 41.

⁹⁰ **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, p. 3.

⁹¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 168.

⁹² Hugo Nigro Mazzilli, Op. cit., p. 42.

possível se encontrar normas de Direito privado no Direito público e vice-versa. A *predominância* delas é que vai caracterizar se o Direito é público ou privado.⁹³

5.2.3. Interesses Individuais Homogêneos

Conforme o mesmo autor⁹⁴, situam-se dentro da “categoria de direito privado ou particular, com individualização de seus titulares, porém com a possibilidade da sua tutela processual ser coletiva”, quando envolverem milhares de pessoas, na mesma situação, com o mesmo fundamento jurídico, inclusive com legitimidade ativa, em certos casos, ao Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública.

O “alto custo de uma demanda judicial e o valor do dano nem sempre encorajam o consumidor”, isoladamente, a lançar mão da tutela individual. Decorrem das relações da sociedade de massa, como por exemplo, os consumidores de automóveis ou eletrodomésticos. O interesse é individual, mas de “origem comum”, ou seja, o mesmo tipo de contrato, o que permite a tutela coletiva do interesse, por meio da ação civil pública.⁹⁵

Estão conceituados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 81. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁹³ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 17.

⁹⁴ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 18.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 19.

Acentua Fiorillo que, como podemos verificar, o legislador não trouxe “elementos definidores dos direitos individuais homogêneos”. Entretanto, é possível concluir que se trata de direitos *individuais*, cuja origem decorre de uma mesma causa. Na verdade, a característica de ser um direito coletivo é atribuída por conta da *tutela coletiva*, à qual esse direito poderão ser submetidos.⁹⁶

5.2.4. Interesses Coletivos

Esclarece Mancuso que a verdadeira noção de “interesse coletivo” é encontrada quando tomamos como resultante de uma “síntese de interesses individuais”: não se trata, aqui, de mera defesa do interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos seus integrantes. Na figura que ora analisamos, os interesses ficam afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se *amalgamam*: é *síntese*, antes que mera soma.⁹⁷

Referem-se os primeiros aos direitos de uma categoria ou grupo ou de uma coletividade em que seus titulares são identificáveis ou determináveis e partícipes da mesma relação jurídica-base.

Os titulares do interesse ou direito coletivo são determináveis, seja por meio da relação jurídica que as une, como, por exemplo, os acionistas de uma empresa, seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária, como

⁹⁶ Celso A. P. Fiorillo, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, *op. cit.*, p. 168.

por exemplo, os estudantes de uma mesma escola, ou os contribuintes de um mesmo tributo.

Para ele, são os seguintes os requisitos para o interesse ser considerado coletivo:

a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada.⁹⁸

Parece que existe uma 'escala crescente de coletivização', em cuja base estão os interesses individuais. Alguns desses interesses pertinem a pessoas que, por diversas razões, encontram-se em posições sociais homogêneas, tais as classes, as categorias, facilitando a *aglutinação* daqueles interesses nos grupos representativos dessas classes e categorias. Esses interesses, então, 'coletivos' e esses grupos vão representá-los, defendê-los e fomentá-los, como fazem os Sindicados, Associações, as Ordens e outras entidades do gênero.⁹⁹

O conceito legal, constante do art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código do Consumidor, dispõe serem os interesses ou direitos coletivos, *in verbis*:

(...) os transindividuais de natureza individuais de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

⁹⁸ Apud Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 21.

⁹⁹ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 169.

5.2.5. Interesses Difusos

Escreve Smanio¹⁰⁰ que a "sociedade de massa trouxe fenômenos sociais e jurídicos" que não poderiam ser adequadamente resolvidos dentro da legislação então vigente, fundamentada na proteção individual.

Milhares de consumidores de um mesmo produto, de um lado, reclamam proteção jurídica ampla; conglomerados econômicos, de outro lado, com seus interesses de produção e comércio, inclusive multinacionais, bem com a criação de *shopping centers* cada vez maiores e a possibilidade de compras pela Internet, "modificam as relações de consumo".

Os grandes aglomerados urbanos trouxeram a "urgência da proteção ambiental", inclusive sobre a própria ocupação dos espaços para moradia, além do desenvolvimento industrial e econômico, com a necessidade de exploração dos recursos ambientais disponíveis.

A Revolução Industrial trouxe os "sintomas da transformação radical da sociedade, com a produção em série e o consumo de massas", que implicam novas funções estatais e a mudança do eixo central das atividades do Estado, da legislação para a administração, da aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação.

São interesses difusos entre outros, os relativos à "qualidade de vida das pessoas", tais como a defesa do meio ambiente, a proteção ao consumidor, a proteção de valores culturais e espirituais das pessoas, a proteção contra a discriminação racial ou sexual.¹⁰¹

¹⁰⁰ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 22.

¹⁰¹ Ibid., p. 23.

Sustenta a doutrina que, ao lado da concepção tradicional do direito subjetivo e do interesse legítimo, pode existir interesse que não seja individual ou coletivo, mas de um número indeterminado de pessoas, o que torna difuso esse interesse.

Assim por exemplo, cita Fiorillo que, ao "pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele". Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios.¹⁰²

Para Rodolfo de Camargo Mancuso:

(...) são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).¹⁰³

O autor lusitano Luis Felipe Colaço Antunes, abordando o tema,

preleciona:

Assim o interesse difuso caracteriza-se, quanto aos sujeitos e quanto ao objeto, por uma certa indeterminação, não se confundindo com o interesse coletivo que se reporta a um sujeito determinado como é o caso dos interesses sócio-profissionais. Em termos gerais, o interesse difuso cobre três campos da maior importância: a proteção do meio ambiente, do consumidor e da estrutura urbana racional e urbanista.¹⁰⁴

Kazuo Watanabe, comentando o Código de Defesa do

Consumidor e citando José Carlos Barbosa Moreira, afirma:

¹⁰² Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 6.

¹⁰³ Gianpaolo P. Smanio, op. cit., p. 176.

¹⁰⁴ **Para uma Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**, p. 8.

Na conceituação dos interesses ou direitos "difusos", optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.¹⁰⁵

Finalmente, Smanio, conceitua interesse difuso como:

(...) aqueles interesses metaindividuais, essencialmente indivisíveis, em que há uma comunhão de que participam todos os interessados, que se prendem a dados de fato, mutáveis, acidentais, de forma que a satisfação de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse importa na lesão a todos os interessados, indistintamente.¹⁰⁶

5.3. CARACTERÍSTICAS DOS INTERESSES DIFUSOS

Álvaro Luis Valery Mirra, conjugando os trabalhos de Ada Pellegrini

Grinover, Barbosa Moreira, Péricles Prade, Mauro Cappelletti e Angel Landoni Sosa,

traça determinadas características próprias dos interesses difusos:

a) supra-individualidade ou metaindividualidade; b) existência de pluralidade de titulares, em número indeterminado e praticamente indeterminável; c) indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação a todos aproveita e cuja postergação a todos prejudica em conjunto; d) ausência do vínculo associativo; e) existência de vínculos fáticos entre os titulares; f) potencial e abrangente conflituosidade; g) ocorrência de lesões disseminadas em massa; h) desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito (p. ex.: cidadãos contra governos; consumidores contra grupos empresariais e industriais; pessoas contra agentes poluidores).¹⁰⁷

Para Mancuso, caracterizam-se:

¹⁰⁵ **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6ª ed. Forense, 1999, p. 720.

¹⁰⁶ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 25.

¹⁰⁷ Apud Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 26.

(...) pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua transitoriedade ou transformação em virtude de alteração na situação fática que os ensejou.¹⁰⁸

Finalmente, para Nelson Nery Junior,

(...) 'um direito caracteriza-se como difuso (...) de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo', aduzindo que 'a pedra de toque do método classificatório' para qualificar um direito como difuso, coletivo ou individual é 'o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial', sendo certo, para o autor, que, 'da decorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais.¹⁰⁹

5.4. DISTINÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Lembra Celso Antonio Pacheco Fiorillo, que o legislador, ao mencionar que os interesses ou "direitos coletivos são transindividuais, pretendeu destacar que eles, assim como os difusos, transcendem o indivíduo", ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual. Entretanto, os direitos coletivos diferem-se dos difusos em razão da *determinabilidade dos titulares*.¹¹⁰

Embora tanto o interesse público como o difuso tenha a mesma origem, qual seja, os interesses da comunidade, e uma mesma "característica básica, que é a supra-individualidade", diferem-se no tocante à relação jurídica ou base normativa segundo Mancuso.¹¹¹

Entende Hugo de Nigro Mazzilli:

(...) em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público. Entretanto, embora haja interesses difusos que, por sua

¹⁰⁸ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 176.

¹⁰⁹ Apud Celso Antonio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 9.

¹¹⁰ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Op. cit., p. 8.

¹¹¹ Ibid., p. 175.

abrangência, possam identificar-se com o interesse público, como o do meio ambiente, tais condições por definição, nem sempre se identificam, porque é possível haver: a) interesses difusos de menor abrangência que o interesse público; b) interesses difusos de grupos em conflito com o interesse público, visto como interesse da coletividade como um todo; c) interesses difusos de grupos em conflito com o interesse público do Estado, enquanto pessoa jurídica; d) interesses jurídicos conflitantes entre si.¹¹²

Não podem os interesses difusos serem reduzidos à categoria dos interesses 'simples', justamente porque eles soem concernir a aspectos relevantíssimos da vida em sociedade, especialmente naquilo que pertine à chamada 'qualidade de vida' dos cidadãos. Não se lhes pode também, equipará-los aos interesses 'legítimos', na medida em que estes reportam-se a graus determinados ou categorias de pessoas, diretamente envolvidos numa situação jurídica comum, que lhes confere uma qualificação diferenciada. Dir-se-ia que os interesses difusos estão situados a meio-caminho, 'entre' os interesses 'simples' e os interesses 'legítimos', se tomássemos por parâmetro o grau de referibilidade com uma dada norma jurídica.¹¹³

Para Smanio, enquanto, nos interesses públicos esta base normativa é clara ao estabelecer os poderes do Estado, indicar a autoridade a quem os cidadãos terão que se reportar e fixar certos valores pacificamente aceitos, como por exemplo segurança pública, nos "difusos não existe qualquer vínculo jurídico entre os titulares, mas mera situações de fato", apresentando um grau de coletivização mais abrangente que os primeiros, ensejando a conflituosidade de massa.

Por exemplo, a defesa do equilíbrio ecológico encontra nas diversas "circunstâncias de fato conflitos que atingem indefinidamente os indivíduos e todos

¹¹² **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 1992, p. 21 *apud* Gianpaolo Poggio Smanio, *op. cit.*, p. 38.

¹¹³ Hugo de Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 176.

eles ao mesmo tempo, mas contrapõe indivíduos ou grupos igualmente”, bastando verificarmos a instalação de uma fábrica, com emissão de poluentes em um rio, mas com geração de empregos e incremento da atividade econômica. A solução dos conflitos será uma opção política e conjuntural.¹¹⁴

Segundo Kazuo Watanabe, os interesses individuais homogêneos, uniformizados pela origem comum, podem ter sua tutela processual coletiva a exemplo dos coletivos e difusos, porém desses se diferenciam na medida que sua titularidade permanece individual.

No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos “difusos” e “individuais homogêneos”. *Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos “difusos”. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos “individuais homogêneos”.*¹¹⁵

Prossegue afirmando que, limitando-se o autor da ação coletiva a postular, v.g., a retirada da publicidade enganosa, a tutela pretendida é dos interesses ou direitos “difusos”. É esse o conflito de interesses trazido ao processo. É essa a “lide” processualizada. O objeto litigioso do processo, delimitado pelo pedido, tem essa “lide” como seu conteúdo.

É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses “coletivos” tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos “individuais homogêneos”, e a de interesses ou direitos “coletivos”, que por definição legal são de natureza indivisível,

¹¹⁴ Gianpaolo P. Smanio, op. cit., p. 42.

¹¹⁵ Kazuo Watanabe, op. cit., p. 728.

tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível.

Os interesses coletivos e os difusos apresentam as mesmas características de meta-individualidade, indivisibilidade, e se diferenciam quanto aos vínculos jurídicos ou associativos, entre os indivíduos. Existem eles nos coletivos de forma a possibilitar a determinação dos interessados, e inexistem nos difusos de forma que os interessados não são determinados.

A propósito, mais uma vez esclarece Watanabe que a causa de pedir e o pedido são de particular relevância para determinação de vários aspectos de uma ação:

Se o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no aspecto ativo, são os interesse ou direitos *'difusos' ou 'coletivos'*, cujas notas características são as acima ressaltadas, dentre as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível e, no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e se formula ele o pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, *'indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'*, em se tratando dos *'difusos'*, e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe *'ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'*, em se cuidando dos coletivos'.

Complementa afirmando que o mesmo se pode dizer em relação a *'interesses ou direitos individuais homogêneos'*, quanto ao processo de conhecimento da demanda coletiva (art. 95, CDC), tanto que a sentença de procedência fará coisa julgada "erga omnes", como às expressas dispõe o art. 103, III, do CDC".¹¹⁶

¹¹⁶ Kazuo Watanabe, op. cit., p. 726.

Resumindo, segundo Hugo Nigro Mazzilli, podemos dizer que: os interesses **difusos** pertencem a grupos **indeterminados**, são **indivisíveis** e a origem decorre de uma **situação de fato**; os **coletivos**, pertencem a grupos **determináveis**, são **indivisíveis** e a origem decorre de uma **relação jurídica**; e os interesses **individuais homogêneos**, pertencem a grupos **determináveis**, são **divisíveis** e sua origem decorre de **situação de fato**.¹¹⁷

6. BEM AMBIENTAL: CONCEITO LEGAL E PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS

Conforme visto acima, direito subjetivo é um bem material ou imaterial que interessa, como por exemplo: direito à vida, à liberdade, ao nome, à honra, à propriedade, etc, inclusive, ao meio ambiente.

O conceito legal de interesse e bem difuso é dado pelo Código de Defesa do Consumidor, e não se aplica somente para as relações de consumo. Por se tratar de norma de caráter geral deve ser aplicada em todo o nosso ordenamento jurídico.

Assim dispõe o art. 81, inciso I, *in verbis*:

– “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por situação de fato”.

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a existência dos interesses difusos nos seguintes dispositivos, *in verbis*:

Art. 129 - são funções institucionais do Ministério Público:

Inciso III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹¹⁷ Hugo Nigro Mazzilli, op. cit., p. 49.

Art. 5º

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

De acordo com Smanio, notamos, então, pelos dois dispositivos constitucionais analisados que a Constituição Federal não somente “reconheceu a existência dos interesses difusos e coletivos, mas também estabeleceu um sistema de garantia desses interesses”, definindo titulares do direito à proteção e instrumentos jurídicos de proteção, ao conferir sua proteção ao Ministério Público, por meio do inquérito civil e da ação civil pública, e ao cidadão, por meio da ação popular.¹¹⁸

Até a Constituição Federal de 1988 os bens eram classificados em públicos e privado, sendo que o Código Civil vigente na época preceituava que “São públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Com a nova Lei fundamental, abre-se a brecha para a tutela de direitos e interesses metaindividuais. A Lei nº 8.078/90, em seu art. 81, § único, I, foi pioneira ao estabelecer, quanto às relações de consumo, a natureza jurídica do bem difuso, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

O art. 225 da Constituição de 1988 cuidou desta terceira categoria de bem ao estabelecer que bem ambiental possui natureza difusa, de uso comum do povo, sendo dever tanto do Poder Público com da coletividade protegê-lo. O titular do bem

¹¹⁸ Gianpaolo Poggio Smanio, op. cit., p. 44.

de natureza difusa é o povo, daí o ressarcimento pelo dano se destinar ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, ao passo que o titular do bem público é o Estado (ente público), pertencendo aos cofres públicos eventuais reparações pecuniárias.

O bem ambiental, nas palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹¹⁹:

(...) é portanto um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem essencial à qualidade de vida.

Portanto, não há um titular desse bem, uma vez que poderá ser utilizado por todas as pessoas, inclusive das gerações futuras, não sendo possível a ninguém dispor dele ou transacioná-lo.¹²⁰

De acordo com o ordenamento positivo, os bens essenciais à sadia qualidade de vida, são aqueles determinados no art. 6º da Constituição Federal, cabendo ao Estado assegurar, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis a manutenção de uma vida digna.¹²¹

Os bens ambientais são "administrados" pela União, com a participação direta da sociedade.

Embora a Constituição Federal outorgue o "domínio" de alguns bens à União ou aos Estados, não se pode dizer que tenha também atribuído aos mesmos a titularidade dos bens ambientais. Seu papel é efetuar a gestão de tais bens, zelando pela sua preservação.

Devido à sua natureza jurídica, o bem ambiental não se enquadra, de forma alguma, no direito de propriedade.

¹¹⁹ Curso de Direito Ambiental Brasileiro, op. cit., p. 54.

¹²⁰ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 55.

¹²¹ Ibid., p. 56.

Não se pode "confundir as relações jurídicas que envolvem determinados bens vinculados às pessoas humanas em face da propriedade (relação em que se pode gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem aquilo que for da vontade de seu proprietário) com as relações jurídicas que envolvem os bens ambientais (relação adstrita única e exclusivamente ao uso do bem)."¹²²

7. DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE

A Terra é o lugar de nossa habitação; no grego antigo, o vocábulo correspondente a casa ou Habitação é *óikos*, e este, por sua vez, tem direta relação com o verbo *oikéio*, que quer dizer habitar, viver em; daí surgiu o termo moderno Ecologia, de *óikos* (casa, lugar de habitação) e *lógos* (estudo, explicação, relato), tratando-se, assim, "do estudo ou relato do lugar de nossa habitação": do Planeta por nós habitado, que, infelizmente, vem sofrendo, dia a dia, terríveis agressões contra a integridade de seus multifários elementos...".¹²³

De acordo com José Afonso da Silva:

(...) a palavra 'ambiente' indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra 'meio'. Explica que a prática de usar palavras sinônimas é comum em lingüística, quando se tem por objetivo reforçar um termo ou uma expressão, que por qualquer motivo teve seu sentido enfraquecido.¹²⁴

Como o *ambiente* integra-se de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive, ao ser designado de *meio ambiente*, busca-se uma expressão mais rica de sentido. A

¹²² Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Princípios do Processo Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

¹²³ Carlos Ernani Constantino, op. cit., p. 20.

¹²⁴ **Direito Ambiental Constitucional**, p. 19.

primeira exprime o conjunto de elementos; a segunda expressa o resultado da interação desses elementos.

Realmente, o *conceito de meio ambiente* é abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, correspondendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

Assim sendo, acaba este autor por conceituá-lo, como sendo:

(...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.¹²⁵

8. ASPECTOS DO MEIO AMBIENTE

Apesar do meio ambiente ser uma coisa única que diz respeito a tudo o que existe no mundo, para sua melhor compreensão, podemos dividi-lo nos seguintes aspectos: natural, artificial, cultural do trabalho e patrimônio genético.

8.1. MEIO AMBIENTE NATURAL OU FÍSICO

O que existe independentemente da influência do homem, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.

¹²⁵ José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, p. 19.

O art. 3º, inciso I, da Lei 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, assim o define, *in verbis*:

(...) entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

8.2. MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL

Resultante da interação do homem com o meio ambiente natural, constituído por plantações, represas, estradas, etc, realizadas em áreas rurais e litorâneas e, sobretudo, pelos espaços urbanos construídos, consubstanciados no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto).

O art. 182, da Constituição Federal estabelece o seguinte:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Parágrafo 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Parágrafo 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Parágrafo 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Parágrafo 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica por área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I – parcelamento ou edificação compulsórios;
- II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A lei 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamentando os arts. 182 e 183, da Constituição Federal, por sua vez estabelece o seguinte:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

A qualidade da vida de todas as pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diretamente inter-relacionados.

8.3. MEIO AMBIENTE CULTURAL

Integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido do valor especial que adquiriu ou de que se impregnou.¹²⁶

Dispõe a Constituição Federal no art. 215:

¹²⁶ José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, p. 21.

O Estado protegerá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Parágrafo 2º - A lei disporá sobre afixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Por sua vez, dispõe o art. 216:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticas-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Parágrafo 1º O poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Parágrafo 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Parágrafo 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Parágrafo 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Parágrafo 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

8.3.1. Cultura

Podemos entender o termo cultura, derivado da palavra latina *cultura* para alguns, ou *colere* para outros, mas em todo caso que seu sentido original significava fundamentalmente o cultivo ou o cuidado com alguma coisa, tal como grãos ou animais. Do início do século XVI em diante, esse sentido original foi estendido da esfera agrícola para o processo de desenvolvimento humano, do cultivo de grãos para o da mente.¹²⁷

Toda cultura é um aperfeiçoamento que resulta numa reordenação da natureza pelo homem em benefício dele próprio. Assim sendo ele se assenhoreia das coisas que lhe são dadas – terra, minerais, vegetais, animais e também imagens, idéias, juízos – e a reordena para que satisfaçam a seus desejos.

Pela cultura podemos caracterizar a existência social de um povo ou nação ou então grupos no interior de uma sociedade, como, por exemplo, cultura brasileira, cultura indígena, cultura camponesa, etc, bem como, podemos distinguir povos de realidades sociais bem diferentes – cultura portuguesa, cultura chinesa, etc.

Também podemos entender como cultura, numa acepção alternativa, tudo aquilo que compreende tendências de pensar a vida e a sociedade na qual a natureza e a realização individual são enfatizadas e que tem por temas principais a ecologia, a alimentação, o corpo, as relações pessoais e a espiritualidade.

¹²⁷ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*, p. 40.

Cabe aqui também salientar o que se entende por cultura erudita e cultura popular. A primeira desenvolveu-se através da filosofia, da ciência, da forma de pensar e saber, controlada por instituições diversas a que as classes dominadas não tinham acesso. Essas próprias instituições, ou o conhecimento dominante, é que irá decidir o que pode ser considerado como cultura popular.

Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, ao protegerem as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, reafirma o que já havia sido estabelecido no art. 1º e art. 3º, IV, também da Constituição, no sentido de que o Estado brasileiro estabelece-se como efetivamente democrático de direito, liquidando quaisquer barreiras discriminatórias que já caracterizam outras visões constitucionais em diversos países.

8.3.2. Racismo

Pode-se entender raça como resultado de "um conjunto de características físicas e/ou somáticas (cor da pele, do cabelo, formato dos olhos, nariz, crânio, etc.) herdado de um grupo ancestral de origens geográficas bem definidas". Em sentido corrente, registra Aurélio: "ascendência, origem, estirpe, casta; descendência, progênie, geração".¹²⁸

Segundo Fiorillo¹²⁹, em razão da dificuldade de uma definição unânime, a Unesco reuniu, em três oportunidades, biólogos, geneticistas e cientistas sociais para a discussão de temas relacionados às raças e relações raciais. Concluíram, que:

¹²⁸ Novo dicionário da Língua Portuguesa, Nova Fronteira.

¹²⁹ Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 221.

(...) as diferenças fenotípicas entre indivíduos e grupos humanos, assim como diferenças intelectuais, morais e culturais, não podem ser atribuídas, diretamente, a diferenças biológicas, mas devem ser creditadas a construções socioculturais e a condicionantes ambientais.

Em 14.03.2000 na Unesco, foi aprovada, depois de vários anos de discussão envolvendo quarenta e seis países, de todos os continentes, a Carta da Terra, a qual foi assumida pela ONU no ano de 2002, emprestando-lhe o mesmo valor da Declaração dos Direitos Humanos. Dentre seus princípios, sobressai o item 12:

Apoiar, sem discriminação, os direitos de todas as pessoas a um ambiente natural e social, capaz de assegurar a dignidade humana, a saúde corporal e bem-estar espiritual, dando especial atenção aos povos indígenas e minorias. A – Eliminar a discriminação em todas as suas formas, como as baseadas na raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, idioma e origem nacional, ética ou social.

O tratamento na Constituição Federal é dado no Título I – Dos

Princípios fundamentais:

- Art. 3º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - ... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".
- Art. 4º - "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo";
- Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – Art. 5º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

A Lei que combate o racismo no país é 7.716/89, que será abordada no capítulo V.

8.4. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Relativo ao local e as condições em que é realizado o trabalho humano, entendido este como 'a atividade humana realizada ou não com o auxílio de máquinas e destinada a produção de bens e serviços', ou na 'aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim'.¹³⁰

Exige-se a sadia qualidade do ambiente de trabalho, porque é lá que se desenrola boa parte da vida do trabalhador. Insere-se ele no meio ambiente artificial, porém dele se diferencia quando reserva a Constituição um tratamento especial, em diversos artigos que asseguram as condições de salubridade e segurança, e em várias convenções internacionais que foram recepcionadas.

Assim, por exemplo, o art. 200, da CF, ao instituir o sistema único de saúde, estabeleceu no inciso VIII, que uma de suas competências é "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" Outro, é o art. 7º, ao estabelecer "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem sua condição social: inciso XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

Exemplo de convenção é a de nº 155, de 1981, provendo sobre:

(...) o desenvolvimento, pelos países, de uma Política Nacional de Saúde, Segurança e Meio Ambiente do Trabalho, incluindo local de trabalho, ferramentas, máquinas, agentes químicos, biológicos e físicos, operações e processos, as relações entre trabalhador e o meio físico; ocupa-se da necessidade de fiscalização através de sistema apropriado; trata da

¹³⁰ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 22 (nota de rodapé).

determinação dos graus de risco existentes nas atividades e processos e operações proibidos, limitados ou sujeitos a controle, bem como realização de pesquisas de acidentes de trabalho e publicação de informações; dispõe sobre as exigências às empresas voltadas para a adoção de técnicas de garantia de segurança nos locais de trabalho e controle dos agentes químicos.

8.5. PATRIMÔNIO GENÉTICO DA PESSOA HUMANA

Com a Revolução Industrial e o conseqüente aumento populacional em diversas regiões do país, além do grande avanço tecnológico vivenciado mundialmente, o meio ambiente natural vem sendo muito prejudicado, quando não totalmente destruído. O problema é que o homem tem modificado totalmente o meio ambiente, direta ou indiretamente, através do uso de tecnologias que, apesar dos aparentes benefícios, acabam por criar malefícios, muitas vezes constatados a médio ou longo prazo.

Diante dessa realidade, foram criados os princípios da Bioética, que, num primeiro momento, tinham por objetivo funcionar como regras destinadas a situar dentro de parâmetros morais o desenvolvimento da pesquisa e da tecnologia biológica. Porém, com a rapidez e sofisticação das novas descobertas biológicas, surgiram indagações morais, que procuraram resposta na formulação de princípios éticos, que em sua origem, pretendiam regular a pesquisa e a engenharia genéticas, consideradas, em muitos aspectos, como uma ameaça à inviolabilidade da pessoa humana. Mas os princípios pretendiam, também, exercer o papel de fonte de obrigações e direitos morais.

Os avanços do conhecimento científico provocaram uma proliferação de regras bioéticas de caráter geral. Esses antecedentes normativos, mais éticos do

que jurídicos, representaram somente a primeira resposta para que pudesse ser preenchido o vazio normativo, ocasionado pela incapacidade da ordem jurídica vigente de lidar com as novas descobertas e suas aplicações. Tais descobertas passaram a ser consideradas ameaças, quando não reais, imaginadas, para a sobrevivência da humanidade. Essa dificuldade normativa tornou-se mais evidente com a insuficiência da medicina clássica em lidar com as novas descobertas e as exigências sociais de transparência e publicidade na pesquisa e na prática médica, fazendo com que as questões morais suscitadas procurassem socorrer-se de princípios que, teoricamente, deveriam pautar eticamente o desenvolvimento da investigação científica e suas aplicações práticas.

No Brasil, a pesquisa genética foi normatizada na Constituição Federal de 1988, a qual no Título VII - Da Ordem Social e no Capítulo VI, que trata do Meio Ambiente, compreendido como "complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e comportamento de tais seres", dispôs no art. 225, *verbis*:

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

Dispõe, ainda, no § 1º que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- a) inciso II - "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético";
- b) inciso V - "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".

A Carta Magna estabelece uma variedade de direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o direito à vida (artigo 5º, caput), o direito à integridade física e moral, a dignidade humana (art. 1º, inciso III), bem como a saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

Como observa Fiorillo:

A partir dessa regra constitucional, que o direito ambiental protege não só a vida humana, mas em todas as suas formas, sempre em função da sadia qualidade de vida do homem, o que nos revela a visão antropocêntrica do direito ambiental.¹³¹

Segundo ainda o citado autor, o legislador adotou "a *concepção biológica da vida*, pelo fato de que a Constituição Federal reservou como dever do Poder Público a preservação do patrimônio genético".¹³²

Os testes de manipulação genética, através da clonagem da ovelha Dolly, provocaram uma febre legal nos Parlamentos de todo o mundo, que preparam comissões e projetos de lei para evitar que sejam criadas réplicas de seres humanos. Para Ian Wilmut, "pai" de Dolly, é possível a clonagem de seres humanos. Entretanto, ele afirmou que nunca o fará. Não encontra "razões de ordem clínica" para clonar seres humanos e, em última análise, seria "inaceitável do ponto de vista ético".

A partir daí surge a polêmica quanto a um posicionamento do ordenamento jurídico vigente. A Constituição Federal Brasileira não só deu margem à possibilidade de reprodução de seres vivos, como também ao uso desse tipo de técnica como forma de tutela ao meio ambiente.

¹³¹ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 194.

¹³² Ibid., p. 194-195.

A engenharia genética deriva da atividade biotecnológica, e está em sintonia com o preconizado no art. 225, *caput*, art. 1º, a finalidade de busca de sadia qualidade de vida, visando alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹³³

Nesse sentido, observa Sérgio Ferraz:

Só merece aplausos, no campo da ciência, mas também da moral e do Direito, o experimento de engenharia genética que, ademais de não infringir os princípios da dignidade humana e da isonomia, contribui para a concretização do direito à vida.¹³⁴

Assim sendo, pode-se afirmar que a interpretação das normas em comento tem que estar sempre fundamentadas no direito à vida, ou seja, mesmo com a permissão para que tais experimentos sejam realizados, deve-se, antes de tudo, se certificar de que não haverá riscos para a vida humana e ao meio ambiente.

O grande problema, é que, por tratar-se de técnicas muito novas, ainda não há como se garantir que sejam inócuos para a saúde do ser humano e do meio ambiente.

Diante disso, criou-se a Lei nº 8.974/95 (Lei de Biossegurança), concretizando o texto constitucional, que estabelece normas para o uso de técnicas de Engenharia Genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM) e, expressamente, veda A MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE CÉLULAS GERMINAIS HUMANAS, bem como autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

¹³³ Celso A. P. Fiorillo, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁴ Apud Celso A. P. Fiorillo, *op. cit.*, p. 195.

Assim, logo em seu artigo 1º, essa importante legislação, dispõe:

Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Também, restringe ao âmbito de entidades de direito público ou privado as atividades e projetos, inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que cultivam OGM no território brasileiro (artigo 2º). Ficam vedados, assim, às pessoas físicas, como agentes autônomos independentes, as atividades e projetos mencionados na lei (artigo 2º, parágrafo 2º).

Em face da relevância da matéria, a lei estabelece, além da responsabilização civil, penas privativas de liberdade de 3 meses de detenção a 20 anos de reclusão, consoante o disposto no artigo 13 da legislação referida, abaixo parcialmente reproduzido:

Art. 13. Constituem crimes:

I - a manipulação genética de células germinais humanas;

II - a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio.

Regulamentando a Lei 8.974/95, o Decreto n. 1520/95 determinou a composição da CTNBio, como órgão responsável pela elaboração de normas e regulamentos relativos a atividades e projetos relacionados a OGMs, relacionados abrangendo a construção, o cultivo, a manipulação, o uso, o transporte, o armazenamento, a comercialização, o consumo, a liberação e o descarte deles com vistas especialmente à segurança do material e à proteção dos seres vivos e do

meio ambiente (art. 2º do Dec. N. 1520/95), controlados pelo Ministério de Ciência e Tecnologia (conforme o Dec. N. 1.752/85).¹³⁵

Através destas normas, percebe-se a preocupação do legislador brasileiro sobre o tema, a fim de disciplinar e ordenar a conduta e harmonização dos bens constitucionais relevantes ao tema.

Para o Estado de Direito, o direito de disposição personalíssima de determinados bens não é uma mera força social; é um poder jurídico, um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade, da ordem jurídica natural. Logo, o poder que tem o Estado e os particulares de decidir o que fazer com o mapeamento genético não é um poder de fato, e, sim, um poder de direito, nesse sentido, é importante lembrar a tutela desse bem jurídico no âmbito penal e civil pela já referida Lei 8.974/95.

Acreditamos que há necessidade de fiscalização das conseqüências trazidas pela manipulação genética, isto porque, a base dos direitos de preservação da integridade do patrimônio genético impede a sua modificação pela via legislativa ordinária. Desse modo, harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e com a garantia de um meio ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético.

Entretanto, o Estado não tem direito sobre o patrimônio genético do indivíduo. Para Fiorillo, além das falhas, a nova lei não traz inovações sobre o ponto da vista jurídico.

¹³⁵ Celso A. P. Fiorillo, op. cit., p. 196.

A polêmica sobre o uso ou não de embriões humanos, para Fiorillo, transformou-se em tema religioso e político, deixando a questão jurídica em segundo plano. Tal posição é semelhante a grande parte dos cientistas brasileiros, que pedem uma lei técnica, mas sem formular juízos de valores sobre uma tecnologia emergente. O progresso científico é uma garantia constitucional, que ninguém pode deter. A emenda que proíbe o uso de material genético poderá trazer um colapso à economia do Brasil. Já que outros países conseguirão produções agrícolas com maior grau de eficácia. O atual texto da lei excetua os procedimentos com fins de diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças, ou a clonagem terapêutica com células-tronco.

Os usos das células troncos entre outros itens estariam assegurados tanto pela constituição, no aspecto científico, como pelo Código de Defesa do Consumidor, no segmento comercial.

Entretanto, a lei precisa estabelecer de que forma se fará o controle desse processo.

9. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

9.1. PREVISÃO LEGAL

Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente dando suas diretrizes, objetivos, princípios, definições importantes de meio ambiente, degradação poluição e recursos naturais e institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

9.2. OBJETIVOS

Os objetivos da política ambiental são: a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade humana (art. 2º).

Há também objetivos específicos elencados no art.4º, que são em suma os seguintes: compatibilizar desenvolvimento e preservação; definir áreas prioritárias de ação governamental; estabelecer critérios e padrões de qualidade ambiental e normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais; desenvolver pesquisas e tecnologias orientadas para o uso racional de recursos naturais; difundir a tecnologia de manejo e conscientizar a consciência pública da necessidade de preservação; preservar e manter recursos naturais; impor sanções ao poluidor e predador obrigando a recuperar ou indenizar os danos ambientais.

9.3. PRINCÍPIOS

São os seguintes: princípio da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico; princípio da racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; princípio do planejamento; princípio da fiscalização; princípio da proteção dos ecossistemas; princípio do controle e do zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; princípio de incentivo de estudos e de desenvolvimento tecnológico orientados a proteção dos recursos naturais; princípio do acompanhamento da qualidade ambiental; princípio da recuperação de áreas

degradadas; princípio da proteção de áreas ameaçadas de degradação; princípio da educação ambiental (art. 4º).

9.4. SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE - SISNAMA

Instituído pela Lei 6.938/81, o SISNAMA é constituído por órgãos e entidades de todas as esferas públicas, incluindo as fundações (art. 6º), com a seguinte estrutura:

- Conselho de Governo - órgão superior com função de assessorar o Presidente da República na formulação da política ambiental;
- Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) - assessora o Conselho de Governo, estudando e propondo diretrizes e normas ambientais;
- Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (SEMA) - planeja, coordena, supervisiona e controla a política ambiental;
- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) - órgão executor da política ambiental;
- Órgãos ou Entidades da administração federal direta ou indireta e Fundações pública ligadas a proteção ambiental;
- Órgãos ou Entidades estaduais - responsáveis por projetos, programas e proteção do meio ambiente;
- Órgãos ou Entidades municipais que atuam em suas áreas na execução de programas e defesa do meio ambiente.

9.5. INSTRUMENTOS

Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º), são: os padrões de qualidade ambiental; o zoneamento ambiental; o licenciamento; os incentivos à produção; as unidades de conservação; o sistema de informação do meio ambiente; o cadastro técnico federal de atividades e instrumentos de defesa ambiental; as penalidades disciplinares ou compensatórias necessárias à preservação do ambiente; o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, anual divulgado pelo IBAMA; a prestação de informações; o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadora dos recursos naturais.

9.6. PENALIDADE AOS INFRATORES DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Penalidades administrativas: multas, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; e suspensão de atividades (art. 14). Penalidades previstas nas legislações federal, estadual e municipal, além da possibilidade do poluidor ter de indenizar ou reparar o dano ambiental, independentemente de culpa.

CAPÍTULO III - TIPO PENAL E TIPICIDADE

Neste capítulo será analisado o processo pelo qual o Legislador, inspirando-se em fatos da realidade, apreende uma conduta indesejável para a sociedade, transforma-a num tipo penal para depois, comparando-o a comportamentos futuros ocorridos também no mundo real, dentro do processo da tipificação, identificar a ocorrência dos delitos. Serão abordados, ainda: o conceito, a função e a classificação de tipo, os elementos que o estruturam, os erros (de tipo e de fato) e os princípios que o norteiam; origem e conceito de tipicidade, tipicidade imediata, tipicidade mediata e as fases da tipicidade.

1. DIREITO E CONCEPÇÃO DO MUNDO

Na elaboração das primeiras noções do direito, o fato social é sempre um ponto de partida. Lei natural, assim denominada porque inscrita em nossa natureza, solicita-nos e nos inclina para a vida social. E, por força dessa exigência, a vida em comum torna-se complementação necessária da vida individual.

Nas palavras de Antônio Queiroz Filho:

A sociedade, porém, não é simples resultado da soma dos homens que a compõem. Evidentemente, é mais. É uma ordem. E esta exige unidade em equilíbrio estável, além de certa organicidade, que lhe assegure a paz, harmonia e coesão necessárias ao dinamismo do seu desenvolvimento.¹³⁶

¹³⁶ Antônio Queiroz Filho. *Lições de Direito Penal*, Revista dos Tribunais, p. 13.

O direito está inserido na história, e sua historicidade se manifesta por ser ele reflexões das condições sociais e culturais de uma época. Desse modo é indispensável que se analisem, por primeiro, as relações entre direito e cultura reveladoras de uma antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos.

Endoculturação, segundo Miguel Reale Júnior:

(...) é o processo pelo qual as crenças e os valores, que constituem as diretrizes informadoras do ordenamento da vida social e do nosso modo de ser comum, são comunicados às crianças, sendo aos poucos e imperceptivelmente adquiridos, assim como os hábitos e costumes cotidianos, que refletem, também, as visões da vida e os valores predominantes do meio social em que se desenvolvem.¹³⁷

Antônio Queiroz Filho, acrescenta:

(...) o homem é um ser de natureza progressiva. Projetado no tempo, a caminho de alguma coisa naquela 'condição itinerante' de que falava Gabriel Marcel, ele vai-se realizando progressivamente, na medida em que vive e desenvolve as qualidades recebidas em estado germinal com o dom de ser homem. E, porque somos livres, a moral oferece-nos regras de conduta, que se chamam 'deveres', para ajustar o constante acontecer da nossa existência a uma finalidade a ser atingida.¹³⁸

Prosseguindo, Miguel Reale Júnior esclarece que a origem social do conhecimento refuta tanto "a idéia de uma objetividade autônoma do espírito como a ingênua concepção de que as manifestações do homem sejam fruto de sua isolada consciência e experiência". O pensar é, em suma, também expressão do condicionamento histórico-social do homem:

Estamos envolvidos por um mundo circunstante, englobante, no qual nos situamos e onde tudo, direta ou indiretamente, se correlaciona. Esse mundo independe dos indivíduos, uma vez que não se finda com o desaparecer de

¹³⁷ Miguel Reale Júnior, *Teoria do delito*, p. 15.

¹³⁸ Antônio Queiroz Filho, *op. cit.*, p. 16.

uma geração e seus fins últimos não são imutáveis, mas se transformam e se modificam no decorrer da história.¹³⁹

Acrescenta também, que o “modo de ser e de agir vai sendo imposto de acordo com o momento histórico em que a sociedade vive”. O direito como elemento cultural básico dessa realidade englobante e condicionadora, fica sujeito às mesmas exigências de correlação acima apontadas, não sendo exagero dizer que a cada sociedade corresponde um tipo de direito e de crime.

Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte dessa atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento. “O direito institucionaliza, via comandos normativos, esse juízo do proibido e do permitido, inserindo-os nos tipos penais junto com a descrição dos elementos, objetivos e subjetivos, dos fatos”.¹⁴⁰

Antônio Queiroz Filho, distinguindo as ciências normativas e ciências naturais, distinção fundada nos princípios de *causalidade* e *finalidade*, elucida a compreensão do direito e, particularmente, a do direito penal.

Umas, as ciências naturais, investigam a relação de causalidade que preside os fenômenos da natureza; são também chamadas ciências causal-explicativas; descrevem e explicam aquilo que é. As ciências normativas são de outro tipo; estas situam-se no plano do que deve ser. Têm por objeto leis que conduzem o homem, que atuam no próprio curso da sua existência, traçando-lhe regras de comportamento.¹⁴¹

¹³⁹ Antônio Queiroz Filho, op. cit., p. 16.

¹⁴⁰ Ibid., p. 19.

¹⁴¹ Ibid., p. 14.

2. ESTRUTURA DA AÇÃO E DO TIPO

Assevera Miguel Reale Júnior que “há uma ordem inerente não só na natureza, mas na convivência dos homens”, ordem essa que está presente e se faz sentir na ordenação espontânea das vontades, que procura responder às exigências do complexo axiológico, caracterizador de cada um dos momentos histórico-culturais.

Por esta razão, a experiência jurídica não se identifica com a experiência social, já que esta constitui o suceder dos fatos, enquanto aquela usa a compreensão do sentido dos fatos, segundo uma perspectiva “do que deve ser” em função de valores que o legislador entenda devam ser tutelados.

A elaboração normativa assenta-se, portanto, na “*experiência concreta do direito*”, seja para refletir e objetivar em forma certa e segura o que se apresenta na vida comum, seja para completar e até mesmo ordenar essa experiência pré-categorial, corrigindo-se de conformidade com valores que não haviam sido percebidos, mas cuja necessidade se impõe tendo em vista as exigências da comunidade.¹⁴²

Mais adiante afirma que as normas se instauram graças à “razão reflexa, mas nem por isso se distanciam da experiência”, visto como não se situam no âmbito de um abstracionismo formalista, mas se voltam ao concreto, tanto ao momento de sua elaboração como ao da sua interpretação e a aplicação aos casos singulares.

A realidade, por sua vez, apresenta-se ao ato compreensivo como portadora de uma “estrutura irreduzível e dotada de sentido”. Assim por exemplo, a intencionalidade quase sempre se incorpora a ação humana, condicionando seu fim.

¹⁴² Miguel Reale Júnior, op. cit., p. 33.

O homem age, portanto, segundo uma intencionalidade significativa, alcançando resultados graças ao relacionamento que estabelece, seja no campo físico como no moral, entre meios e fins. Nesse sentido, a "conduta humana se impõe ao legislador penal portando uma estrutura e um sentido".

A elaboração das normas a partir de reflexões sobre a natureza das coisas, de forma que o "normativo e o real se entrelacem", parece ser o mais viável na medida em que supera os "valores idealísticos, eternos e imutáveis deduzidos da razão do pensamento jusnaturalístico, bem como, os postulados absolutistas do direito positivo".¹⁴³

Continuando, afirma Miguel Reale Júnior que, por ter seu conteúdo extraído das relações concretamente vividas, "o direito que se alicerça na natureza das coisas é variável conforme a época e as circunstâncias históricas". Assim por exemplo, o conceito de mulher honesta do art. 215, do CP, que Nelson Hungria entendia como sendo "aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes"¹⁴⁴, apresenta-se hoje com um sentido muito vago em face da modernização dos costumes.

É de se observar, entretanto, que a simples conformidade do direito à natureza das coisas não representa a justiça, mas apenas a justeza do direito, a sua viabilidade. A limitação a essa conformidade lhe retiraria o seu conteúdo axiológico.

Por outro lado, citando Castanheira, destaca o autor:

(...) há duas esferas, na verdade, pois não se deflui do ser o dever ser, não se identificando o conteúdo valorativo do direito com a verificação da natureza das coisas. As estruturas lógico-objetivas representam o âmbito possível do direito, fora do qual não pode ocorrer a construção da

¹⁴³ Miguel Reale Júnior, op. cit., p. 34.

¹⁴⁴ Comentários ao Código Penal, 1959, p. 150.

normatividade, cujo conteúdo axiológico incide sobre essas estruturas, mas com elas não se identifica.¹⁴⁵

Pode-se, então, concluir que inexistem fatos puros, que os fatos que o legislador focaliza na constituição de modelos jurídicos são dotados de um sentido e possuem uma tipicidade embrionária imanente.

Os modelos jurídicos são recortes de porções da realidade, em que as ações elevadas a um plano abstrato, constituem-se num todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor.

Assim, o tipo penal como estrutura não é uma “construção arbitrária, livre, mas decorre do real, submetido a uma valoração”. É fruto de uma elaboração “abstrato-prática”, que apreende na experiência as condutas “típicas possíveis” e submete-as, segundo as condições “materiais, morais e culturais” necessárias à vida e próprias daquele momento, a um ajuizamento valorativo, do qual decorre a imposição de uma solução, de um comando permissivo ou proibitivo.¹⁴⁶

Enfatiza Antônio Queiroz Filho:

(...) polarizado, embora, pelo que deve ser, não se transforma o direito numa espécie de ‘mundo platônico de puras idealidades’, mas, sendo, ao contrário, roteiro da razão para a conduta, luz que desce do espírito para iluminar as opções da liberdade, a regra jurídica se insere e vive no mundo do agir e do fazer.¹⁴⁷

Finalizando, Miguel Reale Júnior esclarece que a elaboração da estrutura normativa parte da realidade em que se colheram os elementos fundamentais, os traços essenciais do comportamento, valorando-se o seu significado, razão por que pode-se dizer que o tipo legal, a estrutura normativa “ordena fatos segundo valores

¹⁴⁵ Miguel Reale Júnior, op. cit., p. 35

¹⁴⁶ Ibid., p. 39.

¹⁴⁷ Antônio Queiroz Filho, op. cit., p. 14.

numa qualificação tipológica de comportamentos futuros a que se ligam determinadas conseqüências jurídicas”. A teoria do tipo penal elucida e esclarece o “conteúdo e significado das estruturas normativas”, e a teoria da tipicidade dá “caráter científico à exigência política do princípio do *nullum crimen sine lege*”.¹⁴⁸

Segundo Karl Engisch:

(...) a ação típica decorre de uma passagem do concreto ao concreto por meio do abstrato, ou seja, o legislador da realidade constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no concreto dos dados elementares invariáveis que ele descreve.¹⁴⁹

3. TIPO PENAL

3.1. NOÇÃO DE TIPO

De acordo com Ernst von Beling, a prática jurídico penal comum havia estendido de tal modo o poder judicial, que o juiz podia castigar toda ilicitude culpável. “Toda ação antijurídica e culpável era por isso uma ação punível”. Contra isso se insurgiu o Liberalismo nascente do século XVIII¹⁵⁰, ressaltando a insegurança jurídica que tal sistema propiciava: na falta de uma clara delimitação das ações que pudessem ser consideradas puníveis, podia o juiz submeter uma

¹⁴⁸ Miguel Reale Júnior, Op. cit., p. 38.

¹⁴⁹ Karl Engisch. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Crenades. Pamplona, 1968, p. 188 apud Miguel Reale Junior, op. cit., p. 39.

¹⁵⁰ Sem dúvida alguma o grande precursor do liberalismo no direito penal foi Cesare Beccaria, com sua obra *Dos Delitos e das Penas*, p. 48: “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que outro mal é a obscuridade que essa interpretação acarreta; e ele será ainda maior se as leis forem escritas numa língua estranha ao povo e que o submeta à dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito da sua liberdade, ou de seus semelhantes, a não ser que uma língua fizesse de um livro solene e público ou outro quase privado e doméstico (...) Quanto maior for o número dos que compreenderem e tiverem entre as mãos o sagrado código das leis, menos freqüentes serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas propiciam a eloqüência das paixões”.

pena a toda ação que o desagradasse, "pretensiosamente antijurídica, e impor arbitrariamente uma pena grave ou leve para toda ação estimada punível".¹⁵¹

Seguindo esse movimento liberal, a legislação posterior estreitou o conceito de ação antijurídica. "Do comum domínio da ilicitude culpável foram recortados e extraídos determinados tipos delitivos (homicídio, furto, etc)". Para cada um dos tipos se previu uma pena concreta e precisamente determinada para ele. Dessa forma caíram as punições contra condutas antijurídicas que não correspondessem a nenhuma dos tipos enumerados. Assim se consagrou um valioso pensamento: "só certos modos de conduta antijurídica (**os típicos**) são suficientemente relevantes para a intervenção da retribuição pública, desde que colocados numa escala de valores".

A proteção jurídica do indivíduo foi reforçada, tomando o próprio legislador a faculdade de construir os tipos e impor as penas, excluindo-se "o direito consuetudinário e a analogia".

Desse modo, reduz-se o atual Direito Penal a um **catálogo de tipos delitivos**. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, pois concorre com elas, como característica externa, a '**Tipicidade**' (adequação ao catálogo) de modo que, dentro do ilícito culpável, está delimitando o espaço dentro do qual aquelas são puníveis (assim como, numa lei de aduanas, o conceito de objetos gravados se obtém da relação da lei genérica com a tarifação aduaneira). Ação punível é só a ação **tipicamente** antijurídica e culpável.¹⁵²

Destaca Giulio Battaglini:

¹⁵¹ *Esquema de Derecho Penal*, tradução de Sebastian Soler, 1994, p. 36.

¹⁵² *Esquema de Derecho Penal*, p. 37 (trad. do autor): "De este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un catálogo de tipos delictivos. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concorre con ellas, como característica externa, la '**Tipicidade**' (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles (asé como, en una ley de aduanas, el concepto de objetos gravados se obtiene de la relación de la ley genérica con la tarifación aduanera). Acción punible lo es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable".

O estabelecimento dos **atos típicos** com fronteiras tanto quanto possível precisas (sobre a diferença entre elementos puramente **descritivos** e elementos **normativos**) e a sua repartição em **classes**, é a conquista do progresso e do amadurecimento de nossa disciplina. O que primeiramente surge é a **sanção**, ou seja, o sistema dos meios de reação: haja vista o exemplo do direito penal romano (desenvolvimento análogo apresenta a história da medicina, em que tarda a nascer o conceito ontológico das moléstias, com os respectivos problemas acerca de sua cada vez mais exata definição e de sua subdivisão em grupos).¹⁵³

Como diz Aníbal Bruno:

(...) quando a consciência jurídica impôs ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível.¹⁵⁴

A lei penal não se limita a dizer, por exemplo, "não furtarás, ou, se furtares, se te aplicará tal pena", deixando ao julgamento do juiz determinar o que se deve entender por essa expressão demasiada vaga de furtar, mas define precisamente pelas suas circunstâncias elementares o fato que se deve entender por furto. E assim, geralmente, em relação a qualquer outra espécie de ação punível.

Constrói, desse modo, um grupo de figuras penais, uma das quais tem de ser realizada em concreto pelo fato para que este possa ser considerado crime. "Se o atuar do agente corresponde ou não a uma dessas figuras ou tipos é a primeira investigação a ser empreendida pelo julgador, depois da qual virá a da sua ilicitude e a da culpabilidade do seu autor". Se o fato não corresponde a um tipo determinado, está fora do Direito Penal, e qualquer investigação sobre os demais elementos definidores do crime é ociosa.¹⁵⁵

¹⁵³ **Direito Penal - Parte Geral, Direito Penal, Parte Geral**, Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 178.

¹⁵⁴ **Direito Penal - Parte Geral**, tomo I, 3ª ed. Forense, 1967, p. 325.

¹⁵⁵ Aníbal Bruno, op. cit., p. 327.

3.2. CONCEITO DE TIPO PENAL

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, tipo é um “modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhe corresponda perfeitamente. “Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.”

A fragmentariedade do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados.¹⁵⁶

Além disso, acrescenta Ernest von Beling:

A individualização dos tipos delitivos não deve efetuar externamente, como se cada lei penal – textualmente considerada – com uma pena única, sempre há de cobrir um só tipo delitivo. Entre as leis penais encontramos também as chamadas ‘leis complexas’, quer dizer, aquelas em que hajam a aplicação da pena sempre que concorra X ou Y.¹⁵⁷

Isto significa, às vezes, distintas modalidades equivalentes dentro do mesmo tipo delitivo – **as chamadas leis complexas alternativas**; outras vezes significa uma diferença tão fundamental que a pena externamente considerada unitária não é mais que uma simplificação técnico-legal e compreende vários tipos delitivos - **as chamadas leis completas cumulativas**. Para determinar se uma lei completa é de uma outra classe deve se atender para as possibilidades em que elas

¹⁵⁶ Teoria Geral do Delito, p. 135.

¹⁵⁷ *Esquema de Derecho Penal*, p. 38 (trad. do autor): “La individualización de los tipos delictivos no se debe efectuar externamente, como si cada ley penal – textualmente considerada – com una pena única, siempre há cubrir un solo tipo delictivo. Entre las leyes penales encuéntrase también las llamadas ‘leyes compljas’, es decir, aquellas que hacen aplicable la pena siempre que concurren X o Y”.

justapostas apareçam, conforme o seu valor, como distintas variedades penalmente equivalentes (lei completa alternativa, por exemplo: 'atos falsos ou deformados'¹⁵⁸, 'ao nascer ou imediatamente depois'¹⁵⁹) o bem de cada uma delas, prescindindo de sua equivalência quantitativa representa um quadro cerrado qualitativamente distinto (lei complexa cumulativa, p. ex.: 'ruídos perturbadores ou grande barulho').¹⁶⁰

Os tipos penais são constituídos, mais freqüentemente, pela "descrição objetiva" do comportamento proibido. Em muitos delitos, entretanto, o legislador utiliza-se de outros recursos conhecidos pela doutrina como "elementos subjetivos e elementos normativos", que levam implícito um juízo de valor.

Finalizando, Ernest von Beling define o delito-tipo jurídico-penal, e a sua diferença para o tipo de delito, da seguinte forma:

Toda figura delitiva **autônoma** se compõe de uma pluralidade de elementos, os quais se encontram na correspondente lei penal previstos às vezes **expressis verbis**, às vezes **sub intelligenda**, para precisar-se ou completar-se por interpretação. Encontram esses elementos em parte na fase externa (objetiva), e em parte na fase interna (subjetiva) da ação. Os elementos externos caracterizam o **tipo de ilicitude** de cada caso e os internos as particularidades da **culpabilidade** que devem concorrer para redundar o tipo de ilicitude como **tipo de delito**, pois em cada figura delitiva todas as suas características se orientam para uma imagem unitária a qual se relaciona cada um dos elementos, imediata ou mediata.¹⁶¹

¹⁵⁸ Art. 131, **Código Penal Alemão**: (Difamar o Estado) "Quem publicamente afirma ou divulga fatos fictícios ou deturpados, sabendo que são fictícios ou deturpados, para com isso desprestigiar instituições estatais ou determinações da autoridade, é punido com multa ou com prisão até dois anos."

¹⁵⁹ Art. 217, **Código Penal Alemão**: (Infanticídio) "a mãe, que dolosamente mata seu filho ilegítimo, no nascimento ou logo em seguida, é punida com prisão não inferior a três anos".

¹⁶⁰ Art. 360, **Código Penal Alemão**: (Contravenções) Parág. 1º – É punido com multa até quinhentos marcos alemães ou com prisão até seis semanas: XI – (Barulho perturbador de sossego, desordem grosseira).

¹⁶¹ **Esquema de Derecho Penal**, op. cit., p. 42 (trad. do autor): "Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces **expressis verbis**, a veces **sub intelligenda**, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntranse esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el 'tipo de ilicitud' de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito. Pero en cada figura delictiva todas sus características se orientan hacia una imagen unitaria a la cual se relaciona cada uno de los elementos, ya imediata, ya mediata."

Assim, por exemplo, a morte de um homem é descrição da parte **objetiva** dos crimes de homicídio e da lesão corporal seguida de morte, enquanto que as intenções: **de matar** ou **de lesionar**, pertencem a parte **subjéctiva** dos respectivos delitos. Os elementos da classe objetiva pertencem ao **esquema reitor**, ao qual se vinculam mediata e suplementariamente os elementos subjéctivos. Outro exemplo de funcionamento do esquema se dá com a prática de condutas criminosas, em que concorreu erro¹⁶² para o dolo.

O conteúdo de cada delito-tipo (*gesetzliche Tatbestand*) deve ser considerado isoladamente para cada figura autónoma de delito, significando o esquema para cada figura delictiva correspondente. A 'parte especial' do Direito penal é que regula a construção desses conteúdos. Inicialmente, Ernst von Beling, só admitia elementos "objetivos descritivos, porém depois passou a admitir a existência de elementos subjéctivos e normativos".¹⁶³

3.3. FUNÇÕES DO TIPO PENAL

Para Hansl Welzel, como todos os conceitos básicos de Direito penal, o conceito de tipo introduzido por Beling, também se transformou em diversos significados. Entretanto, as distinções essenciais para o Direito penal se podem reduzir a três funções que deve cumprir o tipo: o mesmo tem uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-criminal.

¹⁶² Art. 59, **Código Penal Alemão**: (Erro) Parág. 1º – "Se alguém, ao cometer um ato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal ou que aumentam a punibilidade, não se lhe imputam estas circunstâncias. Parág. 2º – Na punição de atos cometidos culposamente, esta determinação vigora contanto que o próprio desconhecimento não seja causado por culpa."

¹⁶³ *Esquema de Derecho Penal*, op. cit., p. 47.

Em sentido sistemático o tipo compreende 'o compêndio do conjunto dos elementos que dão como resultado saber de que delito tipicamente se trata; ou seja, para o parág. 303 StGB o 'dano de uma coisa alheia'¹⁶⁴, para o parág. 211 StGB a 'ação de matar uma pessoa, etc'¹⁶⁵. Beling, ou denominar "tipo" (Tatbestand, literalmente 'suposição de fato'): ao conjunto do elementos, obteve para a teoria do delito uma nova categoria, que podia ser introduzida entre os conceitos da 'ação' e a 'antijuridicidade'.¹⁶⁶

Realmente, para Heleno Cláudio Fragoso:

O Direito Penal atribui ao tipo um sentido peculiar em virtude do princípio da reserva legal, que é postulado de natureza política, inscrito nas constituições de todos os regimes liberais. Por isso se afirma, corretamente, que a função primacial do tipo é de garantia. Todavia, não se pode dizer que exista um tipo de garantia, ou seja, uma espécie de tipo compreendendo as características válidas para o princípio *nullum crimen*.¹⁶⁷

Prosseguindo, esclarece que o "tipo desempenha também a função de fundamentar ou indiciar a antijuridicidade do fato, sem que seja preciso estabelecer a existência de um especial *tipo de ilícito*". Entretanto, essa função indiciária do tipo desaparece ou é grandemente diminuída nos crimes culposos e nas figuras de delito em que há elementos subjetivos do injusto (antijuridicidade). O mesmo acontece nos crimes "comissivos por omissão", tendo em vista a função que nestes exerce o dever de agir, impedindo o resultado.

¹⁶⁴ Art. 303, **Código Penal Alemão**: (Simple dano material) Parág. 1º - Quem dolosa e ilicitamente danifica ou destrói coisa alheia é punido com multa ou com prisão até dois anos.

¹⁶⁵ Art. 211, **Código Penal Alemão**: (Assassínio) parág. 1º - O assassino é punido com prisão perpétua. Parág. 2º - É assassino quem matar um ser humano: por instinto sanguinário, para satisfação do instinto sexual, por cobiça ou, de algum modo, por baixos motivos; com perfídia ou crueldade ou por meios que constituem perigo comum; ou para possibilitar ou encobrir outra infração penal.

¹⁶⁶ **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, p. 277 (trad. do autor): "Como todos los conceptos básicos del Derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling también tornasola en diversos significados. Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función políticocriminal. En sentido dsistemático el tipo abarca 'el compendio o conjunto de los ementos que dan omo resultado saber de qué delito típicamente se trata; o sea, para el parág. 303 StGB el 'daño de un cosa ajena', para el parág. 211 StGB la 'acción de matar a una persona', etc'. Belinga, al denominar 'tipo' (Tatbestand, literalmente 'supuesto de hecho') al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la 'acción' y la 'antijuridicidad'."

¹⁶⁷ **Lições de Direito Penal, Parte Geral**, 1978, p. 175.

Francisco Muñoz Conde¹⁶⁸, por sua vez, esclarece que o tipo tem no

Direito penal uma tríplice função:

- a) Uma função selecionadora dos comportamentos humanos penalmente relevantes.
- b) Uma função de garantia, na medida que só os comportamentos subsumíveis é que podem ser sancionados penalmente.
- c) Uma função motivadora geral, uma vez que, com a descrição dos comportamentos no tipo penal, o legislador indica aos cidadãos quais comportamentos estão proibidos e espera que, com a comunicação penal contida nos tipos, os cidadãos se abstenham de realizar a conduta proibida, a matéria de proibição.

Enquanto que para Cezar Roberto Bitencourt¹⁶⁹, a função do tipo é a descrever o conjunto de elementos que comporão o fato punível, ao mesmo tempo em que esta descrição exercerá a "função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes", seleciona as seguintes funções:

- a) Função indiciária. O tipo circunscreve e delimita a conduta penalmente ilícita. A circunstância de uma ação ser típica indica que, provavelmente será também antijurídica.
- b) Função de garantia. O tipo de injusto é a expressão mais elementar, ainda que parcial, da segurança decorrente do princípio da reserva legal. Todo o cidadão, antes de realizar um fato, deve ter a possibilidade de saber se sua ação é ou não punível.

¹⁶⁸ Cezar Roberto Bitencourt, **Teoria Geral do Delito**, p. 118.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 138.

- c) Função diferenciadora do erro. O autor somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. O eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo constitui erro de tipo, excludente do dolo.

Finalmente, Fábio Monteiro de Barros¹⁷⁰, além das funções indiciária e de garantia, indica uma terceira, relativa à possibilidade de se conhecer todas as fases do "*inter-criminis*" e estabelecer em qual delas se deu a participação do agente.

3.4. CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS PENAIS

Para Heleno Cláudio Fragoso¹⁷¹, classificam-se os tipos em:

3.4.1. básicos ou fundamentais e derivados: compreendendo estes as figuras de crimes qualificados e privilegiados. Os tipos básicos constituem a espinha dorsal do sistema na parte especial;

3.4.2. simples e mistos: Tipos simples os que descrevem uma única espécie de conduta punível, enquanto que nos mistos descrevem mais de uma conduta, alternativa ou cumulativamente.

3.5. RELAÇÃO DO TIPO COM A ANTIJURIDICIDADE

Importante distinção é lembrada por Luiz Jimenez de Asúa, na relação do tipo com a antijuridicidade:

¹⁷⁰ **Direito Penal, Parte Geral, Vol. I, p. 65.**

¹⁷¹ Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 178.

O próprio Binding entende que a antijuridicidade é um elemento essencial do tipo, apesar de haver chegado a distinguir com toda a clareza a norma da lei penal, dizendo que a primeira valora a ação e a segunda a descreve, com o que resulta que não se deve confundir o injusto com o tipo legal. A tipicidade se refere a lei e a antijuridicidade a norma.¹⁷²

Relativamente a esse tema, acrescenta, Cezar Roberto Bitencourt:

Tipo, na definição de Welzel, "é a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo da matéria da norma). É uma figura puramente conceitual". Convém, no entanto, ter presente que crime não se confunde com injusto, embora ambos tenham caráter substantivo. Na afirmação de Jescheck, injusto é a conduta valorada de antijurídica.¹⁷³

Com efeito, injusta é toda e qualquer conduta típica e antijurídica, mesmo que não seja culpável. Em outros termos, "crime é o injusto culpável". Logo, o injusto ainda que seja uma conduta antijurídica pode não se completar como crime efetivamente, pela falta de culpabilidade.

Finaliza, afirmando:

(...) diante do tipo de injusto, como conjunto de todos os elementos que fundamentam o conteúdo de injusto típico de uma classe de delito, encontra-se o tipo de culpabilidade. Compreende os elementos que caracterizam o conteúdo de culpabilidade típico de uma norma de delito. A união de tipo de injusto e tipo de culpabilidade origina o tipo de delito.¹⁷⁴

3.6. ELEMENTOS GERAIS DO TIPO

Segundo Santiago Mir Puig, são três: ação, sujeitos e objetos.

¹⁷² **Tratado de Derecho Penal**, tomo III, p. 749, (tradução do autor): "El próprio Binding entiende que la antijuricidad es un elemento esencial des tipo, a pesar de haber llegado a distinguir con toda claridad la norma y la ley penal diciendo que la primera valora la acción y la segunda la describe, com claridad la norma y la ley penal diciendo que la primera valora la acción y la segunda la describe, com lo que resulta que no debe confundirse lo injusto com el tipo legal. La tipicidad se refiere a la ley y la antijuricidad a la norma".

¹⁷³ Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 136.

¹⁷⁴ Ibid., p. 137.

3.6.1. Ação - toda ação típica deve integrar-se dos componentes necessários de toda ação: "sua parte objetiva e sua parte subjetiva". Aqui não se trata de comprovar os caracteres gerais de todo comportamento penalmente relevante, senão de examinar sim, uma vez confirmada a presença de um tal comportamento, se o mesmo reúne os requisitos de algum tipo penal para que concorra uma conduta típica.

A **parte objetiva** do tipo compreende o aspecto externo da conduta. Nos delitos de resultado, é preciso ademais que este se produza em termos tais que possa ser *imputado objetivamente* à conduta. Nesse sentido, o resultado se entende como um efeito separado da conduta e posterior a ela. A **parte subjetiva** do tipo se constitui sempre pela *vontade* – bem dirigido ao resultado (nos delitos dolosos de resultado), bem relacionado com a conduta (nos delitos imprudentes e nos de mera atividade) – e às vezes por especiais *elementos subjetivos* (por exemplo, o 'ânimo de ocultar a desonra' da mãe que mata o seu filho recém-nascido, necessário para que concorra o delito de infanticídio).¹⁷⁵

3.6.2. Sujeitos - "o tipo penal supõe a presença de três sujeitos que se encontram numa determinada relação recíproca: o sujeito ativo (quem realiza o tipo), o sujeito passivo (em quem recai a atuação do sujeito ativo) e o Estado (chamado a reagir com a pena)". O sujeito ativo pode esperar que o Estado o persiga e castigue, o sujeito passivo confia em que a punição do fato faça com que os possíveis delinquentes desistam de praticar os delitos e o Estado espera que a aplicação da pena impeça a atuação do sujeito ativo.

¹⁷⁵ Luiz Jimenez de Asúa, *Derecho Penal, Parte General*, 1995, p. 212.

Ressalta a importância de se distinguir os “conceitos de sujeito passivo e da pessoa sobre a que recai a ação típica”. Nos delitos contra as pessoas ambos sujeitos coincidem, porque nesses o titular do bem jurídico protegido é precisamente a pessoa sobre a qual recai materialmente a ação típica. Entretanto, não é o que ocorre, por exemplo, com alguns crimes patrimoniais, como por exemplo: furto, estelionato, apropriação indébita, etc.¹⁷⁶

3.6.3. Objeto – deve-se distinguir entre *objeto material* (ou objeto da ação) e *objeto jurídico*. “O primeiro se haja constituído pela pessoa ou coisa sobre a qual há de recair materialmente a ação, pelo que também se conhece como objeto da ação”. Pode coincidir com o sujeito passivo (por exemplo, no homicídio ou nas lesões), ou não (como, por exemplo, no furto, que a ação recai sobre o bem do qual o titular é uma pessoa).

O objeto jurídico equivale a um bem jurídico, no sentido de que é um bem objeto da proteção da lei. Não equivale ao objeto material. “Exemplo: no delito de furto o objeto jurídico é a propriedade de uma coisa, enquanto que o objeto material é a coisa furtada”.¹⁷⁷

3.7. ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO TIPO

Afirma Cezar Roberto Bitencourt que como o tipo penal abrange todos os elementos que fundamentam o injusto, na descrição da ação típica está implícito um juízo de valor.

Assim, o tipo penal, contrariamente do que imaginou Beling, em sua concepção inicial, não se compõe somente de elementos puramente

¹⁷⁶ Luiz Jimenez de Asúa, *Derecho Penal, Parte General*, 1995, p. 214.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 215.

objetivos, mas é integrado, por vezes, também de elementos descritivos, normativos e subjetivos.¹⁷⁸

3.7.1. Elementos objetivos-descritivos:

Os elementos objetivos são identificados pela simples constatação sensorial, isto é, "podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos". Referem-se a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos. Os elementos objetivos não oferecem, de regra, nenhuma dificuldade, a não ser a sua "cada vez menor utilização na definição das infrações penais".¹⁷⁹

Edmundo Mezger, ensina:

Os diversos tipos penais da Parte especial do Código (e das restantes leis especiais) têm como ponto de partida uma descrição objetiva de determinados estados e acontecimentos que devem constituir a base da responsabilidade criminal do agente. Trata-se, de estados e processos externos, susceptíveis de serem determinados espacial e temporalmente, perceptíveis pelos sentidos, subjetivos, fixados em forma descritiva, e que serão apreciados pelo juiz mediante simples atividade de conhecimento.¹⁸⁰

Por sua vez, comenta Claus Roxin:

O tipo de Beling se caracteriza preferentemente por duas notas: é 'objetivo' e 'livre de valor' (não valorativo). A objetividade significa a exclusão do tipo de todos os processos subjetivos, intraanímicos, que são assinalados na culpabilidade.¹⁸¹

¹⁷⁸ Bitencourt/Conde, op. cit., p. 142.

¹⁷⁹ Ibid. mesma p.

¹⁸⁰ Curso de Direito Penal, vol. II, p. 78.

¹⁸¹ Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2ª Ed., Lisboa: Vega, 1993.

Essa é uma das principais características do sistema 'clássico' criado por Beiling. Por 'caráter não valorativo' deve entender-se que o tipo não contém nenhuma valoração legal que aluda a antijuridicidade da atuação típica. Para Beiling o tipo está 'limpo de todos os momentos de antijuridicidade', e no mesmo 'não se reconhece um significado jurídico'. A só comprovação de que se há cumprido um tipo por si mesmo não é gravoso para nada. As investigações sobre a tipicidade se mantêm num terreno estritamente neutro. O tipo é um puro objeto da valoração, mesmo que a valoração desse objeto só se produz no marco da categoria da antijuridicidade.¹⁸¹

Enquanto que, para Hans Welzel:

O tipo objetivo é o núcleo real-material de todo delito. Delito não é unicamente vontade, mas vontade que se realiza num fato. O fundamento real de todo delito é a objetivação da vontade de um fato externo.¹⁸²

O fato externo é, por ela, a base da estruturação dogmática do delito (como também, mais o ponto de partida da investigação criminalística do delito). A objetivação da vontade encontra sua expressão típica nas 'circunstâncias do fato' objetiva (expressão conforme o parágrafo 59¹⁸³), que pertencem ao tipo objetivo. Este chamado tipo objetivo não é de nenhum modo algo 'externo' puramente objetivo, que estivesse absolutamente livre dos momentos subjetivos

¹⁸¹ *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, p. 279 (trad. do autor): "El tipo de Beiling se caracteriza preferentemente por dos notas: es 'objetivo' y 'libre de valor (no valorativo)'. La objetividad significa la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad."

¹⁸² *Das Deutsche Strafrecht* (Derecho Penal Alemán) trad. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez, p.93, (trad. do autor): "El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo".

¹⁸³ *Código Penal Alemão*, art. 59 (erro), parágrafo 1º - "Se alguém, ao cometer um ato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal ou que aumentam a punibilidade, não lhe imputam estas circunstâncias".

anímicos. As ações 'objetivas' de 'apropriar-se'¹⁸⁴, de 'enganar'¹⁸⁵, de 'coagir'¹⁸⁶, de 'subtrair'¹⁸⁷, como em geral todas as ações dos tipos de delitos dolosos, não podem ser apreendidas suficientemente sem a tendência da vontade que as condiciona. O tipo objetivo não é objetivo no sentido de alheio ao subjetivo, senão no sentido do objetivado. Compreende aquele o tipo que tem que encontrar-se objetivado no mundo exterior".

3.7.2. Elementos normativos:

Mayer foi o primeiro a admitir a existência de elementos normativos do tipo penal, cuja teoria foi posteriormente desenvolvida por Mezger, apesar da posição negativa inicial de Beling. Elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. São exemplos característicos as expressões tais como: "indevidamente"; "sem justa causa"; "sem permissão legal"; "sem autorização da autoridade competente"; "fraudulentamente"; "documentos"; "funcionário público"; "decoro"; "coisa alheia"; etc., usando-se muitos

¹⁸⁴ **Código Penal Alemão**, art. 246 (apropriação indébita), parág. 1º - 'Quem ilicitamente se apropria de coisa alheia móvel de que tem posse ou detenção, é punido, por apropriação indébita, com prisão até três anos ou com multa; e quando a coisa lhe foi entregue em confiança, com prisão até cinco anos ou com multa.'

¹⁸⁵ **Código Penal Alemão**, art. 263 (Estelionato) parág. 1º - 'Quem, com o propósito de obter ilicitamente vantagem patrimonial para si ou para terceiro, por meio de simulação de falsa circunstância ou por meio de deturpação ou supressão de circunstância verdadeira, provoca ou mantém erro e, com isso, causa dano ou patrimônio alheio, é punido, por estelionato, com prisão até cinco anos ou com multa.'

¹⁸⁶ **Código Penal Alemão**, art. 253 (Extorsão), parág. 1º - 'Quem, com violência ou mediante ameaça de mal sensível, ilicitamente coage outrem a uma ação, tolerância ou omissão, e com isto causa prejuízo ou patrimônio do coagido ou de outrem, para enriquecer injustamente a si ou a terceiro, é punido, por extorsão, com prisão de dois meses a cinco anos; e em casos especialmente graves, com prisão não inferior a um ano.'

¹⁸⁷ **Código Penal Alemão**, art. 242 (Furto simples), parág. 1º - 'Quem tira de outrem uma coisa alheia móvel, com o propósito de se apropriar dela, é punido, por furto, com prisão até cinco anos.'

arts. da Parte Especial do CP e nas legislações complementares. Além daqueles elementos normativos indicadores da antijuridicidade da conduta, existem outros igualmente, normativos e com outras funções, como ocorre com "alheia" nos crimes contra o patrimônio, ou "honesta", em alguns crimes sexuais contra a mulher, cujos conceitos implicam valorações. Eram denominados por Asúa, como tipos anormais.¹⁸⁸

O próprio Edmundo Mezger esclarece:

Mesmo que os elementos típicos objetivos e subjetivos de que agora foram tratados se refiram a àquelas partes integrantes do tipo penal fixadas pelo legislador descritivamente como determinados estados e processos, corporais e anímicos e, em consequência, não de ser comprovados caso por caso pelo Juiz cognitivamente, nos elementos típicos **normativos** se trata de pressupostos do injusto típico que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação do fato. Esses elementos normativos dos tipos penais são extraordinariamente numerosos. Inclusive, deve-se dar razão a Erik Wolf quando afirma que, 'no fundo, todos os elementos do tipo têm caráter normativo; pois todos em absoluto são conceitos jurídicos e, portanto, conceitos valorativos teleologicamente edificados'.¹⁸⁹

De acordo com Hanz Welzel:

Nas circunstâncias do fato, a lei descreve uma determinada conduta humana no âmbito social: matar uma pessoa, apropriar-se de uma coisa móvel alheia, confeccionar um documento falso, cometer uma ação lasciva, etc. O ser em que lugar esta conduta não é na realidade nas ciências naturais, carente de sentido, e sim na realidade da vida social, carregada de significado e penetrada de relações de sentido.

¹⁸⁸ Bitencourt/Conde, p. 143.

¹⁸⁹ *Tratado de Derecho Penal*, revisada por José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, p. 388 (trad. do autor): "Mientras que los elementos típicos objetivos y subjetivos de que hasta ahora se há tratado se referían a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos. Y, en consecuencia, han de ser comprobados caso por caso por el Juez cognitivamente, en los elementos típicos 'normativos' se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Estos elementos típicos normativos de los tipos penales son extraordinariamente numerosos. Incluso debe darse la razón a Erik Wolf cuando afirma que, en el fondo, todos los elementos des tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados".

Dos componentes dessa realidade, uma parte é suscetível de percepção através dos sentidos, outra só pode ser compreendida intelectualmente. Aí, as circunstâncias como 'homem', 'coisa', 'semovente', 'matar', são perceptíveis pelos sentidos. Essas circunstâncias do fato se denominam 'descritivas'. Entretanto o que é 'alheio', 'falso', 'documento', 'lesivo', só parcialmente pode perceber-se pelos sentidos, em sua maior parte unicamente pode se captar na forma intelectual (as chamadas circunstâncias normativas do fato).¹⁹⁰

Claus Roxin, assinala que alguns dos elementos normativos além de terem natureza jurídica, também se referem a dever jurídico, como por exemplo: 'exercício legítimo do cargo', 'competência', 'validade jurídica', 'autorização', 'permissão da autoridade policial', 'funcionário', 'dever jurídico de evitar o resultado', 'cuidado juridicamente exigido', etc.. Outros não integram esse grupo fechado, porém não deixam de ter natureza jurídica definida, como por exemplo: 'documento'¹⁹¹, 'matrimônio'¹⁹², 'empréstimo'¹⁹³. E, finalmente outros de conceito juridicamente indeterminado, como por 'reprovabilidade'¹⁹⁴.

¹⁹⁰ *Das Detsche Strafrecht*, op. cit., p. 110 (trad. do autor): "En las circunstancias de hecho, la ley describe una determinada conducta humana en el ámbito social: matar a una persona, apropiarse de una cosa mueble ajena, confeccionar un documento falso, cometer una acción lasciva, etc. El ser en que tiene lugar esta conducta no es la realidad de las ciencias naturales, carente de sentido, sino la realidad dela vida social, cargada de significacion y penetrada de relaciones de sentido."

¹⁹¹ Art. 267, Código Penal Alemão: (Falsificação de documento). Parágrafo 1º - Quem, para engano nas relações jurídicas, faz documento não autêntico, falsifica documento autêntico ou use documento não autêntico ou falsificado, é punido, por falsificação de documento, com prisão até cinco anos. Parág. 2º - a tentativa é punível. Parág. 3º - Em casos graves, a pena é de prisão não inferior a um ano.

¹⁹² Art. 171, Código Penal Alemão: (Bigamia) Parág. 1º Um cônjuge, que contrai novo casamento antes que seu casamento tenha sido dissolvido ou declarado nulo, bem como uma pessoa solteira que se casa com pessoa casada, sabendo que esta é casada, é punido com prisão de um a cinco anos. Parág. 2º - Havendo circunstâncias atenuantes, aplica-se prisão de seis meses a cinco anos. Parág. 3º - A prescrição da ação penal começa com o dia em que um dos dois casamentos é dissolvido ou declarado nulo.

¹⁹³ Art. 302-A, Código Penal Alemão: (Usura creditícia) Quem, explorando a necessidade, a ingenuidade ou a inexperiência de outrem, relativamente a um empréstimo ou à prorrogação de uma dívida ativa ou a um negócio jurídico bilateral que deve servir àquele para uma finalidade econômica, deixa prometer ou ceder, para si ou para terceiro, vantagens patrimoniais, conforme as circunstâncias do caso, em acentuada desproporção com o serviço prestado, é punido, por usura, com prisão até seis meses e, ao mesmo tempo, com multa.

¹⁹⁴ Art. 240, Código Penal Alemão: (Coação) Parág. 1º - Quem, pela força ou mediante ameaça de um mal sensível, ilicitamente coage outrem a uma ação tolerância ou omissão, é punido, por coação, com prisão até três anos ou com multa; e em casos especialmente graves, com prisão de seis meses a cinco anos. Parág. 2º - Ilícito é o ato, quando o uso da força ou a ameaça do mal deve ser visto como reprovável para o fim ambicionado. Parág. 3º - A tentativa é punível.

Algo resulta claro: todos os 'puros elementos da antijuridicidade' no sentido de Welzel são elementos normativos. Nenhum deles se realiza no mundo exterior, todos requerem ser comprovados mediante um juízo de valor, sendo só compreensíveis espiritualmente e ademais comportam todas as características conceituais dos elementos normativos. Com ele não se haverá obtido demasiado. Assim quando se afirma com Engisch que nem todos os conceitos 'referidos a um valor' merecem o predicado 'normativo', senão se quer proceder como Erik Wolf, tratando todas as circunstâncias do fato como elementos normativos, resta todavia um número tão considerável de elementos normativos, que os elementos do dever não podem caracterizar-se suficientemente só mediante sua normatividade.¹⁹⁵

Entende, Heleno Cláudio Fragoso¹⁹⁶, que os elementos normativos só podem ser determinados mediante "especial valoração jurídica ou cultural". Exemplos da primeira hipótese, encontramos nos casos em que se inserem na descrição da conduta punível elementos de natureza jurídica, como *cheque*, *conhecimento de depósito*, *warrant*, *documento*, etc.. Exemplos da segunda existem nos casos em que o tipo se refere a elementos cujo conhecimento exige por parte do juiz recurso a valores éticos no meio cultural e que são, em última análise, valores culturais. É o caso de tipos que se referem a *ato obsceno* (art. 233); *mulher honesta* (arts. 215, 216 e 219); *perigo moral* (245); *adultério* (240).

Citando, Engisch, aponta mais uma espécie de tipo em que entrelaçam elementos descritivos e normativos, que se determina através de um juízo cognitivo, que deriva da experiência e dos conhecimentos que esta proporciona. Assim, por exemplo, quando se trata de determinar se certa conduta ou

¹⁹⁵ Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, *Teoria Del Tipo Penal*, versión castelhana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo (Universidade de Madri), p. 121 (trad. do autor): "Algo resulta claro: todos lo 'puros elementos de la antijuricidad' en ele sentido de Welzel son elementos normativos. Ninguno de ellos se realiza en el mundo exterior, todos requieren ser comprobados mediante un juicio de valor, sólo son comprensibles espiritualmente y además comparten todas las características conceptuales de los elementos normativos. Com ello no se há obtenido demasiado. Aun cuando se afirme com Engisch que no todos los conceptos 'referidos a un valor' merecen el predicado 'normativo', si no se quiere proceder como Erik Wolf, tratando todas las circunstancias del hecho como elementos normativos, resta todavía un número tan considerable de elementos normativos, que los elementos des deber no pueden caracterizarse suficientemente sólo mediante su normatividad".

¹⁹⁶ Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Vol. V, p. 178.

meio é *perigoso*; o 'logo após o parto', no crime de infanticídio (123) e a coisa 'de pequeno valor', nos crimes patrimoniais.

Elementos dessa natureza não se identificam através de simples verificação sensorial, e essa distinção não é relativa, como assinala muitos autores porque, mesmo os conceitos descritivos adquirem, em regra, por sua introdução na lei, referência a valores jurídicos e caráter teleológico. Isso pode ver-se, por exemplo, com o conceito de *embrião e homem*, para efeito de se determinar o momento a partir do qual há homicídio, e não aborto.

Arrematando, acrescentando que os "elementos normativos enfraquecem a função de garantia do tipo, introduzindo certa indeterminação no conteúdo da conduta punível". Cumpre, no entanto, observar que a valoração realizada pelo juiz deve ser objetiva, isto é, realizada segundo os padrões vigentes, e não conforme o entendimento peculiar do julgador.¹⁹⁷

3.7.3. Elementos subjetivos:

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, elementos subjetivos são dados ou "circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor". São constituídos pelo elemento subjetivo geral – dolo – e pelos elementos subjetivos especiais do tipo – elementos subjetivos do injusto – que pertencem ao tipo subjetivo. Entende-se por elementos subjetivos especiais do tipo, o que a doutrina clássica denominava, impropriamente, de dolo específico (o especial fim ou motivo de agir, de que dependia a ilicitude de certas figuras delituosas).

¹⁹⁷ Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 179.

Nas palavras de Frederico Marques, elementos subjetivos:

(...) são os processos anímicos ou psicológicos que o legislador inclui na descrição da norma penal.¹⁹⁸

Claus Roxin esclarece:

A teoria da objetividade do tipo se viu prontamente contestada. H. A. Fischer, Hegles, Max Ernst Mayer e Mezger descobriram que em muitos casos, não há a culpabilidade, senão que o injusto do fato depende da direção da vontade do autor – ou seja, de momentos subjetivos, *intraanímicos*.

Certamente, a questão se discutiu primeiro predominantemente em conexão com as causas de justificação, para as que se exigiram determinados elementos subjetivos de justificação (como a vontade defensiva na legítima defesa). Porém, em seguida ficou claro (pela primeira vez em Hegler) que para o tipo, deve-se compreender no sentido de Beling os elementos dos quais se depreende ‘de que delito se trata tipicamente’, tampouco se pode renunciar sempre a critérios subjetivos. Assim, o caçador furtivo tampouco acerta a presa objetivamente (parág. 292)¹⁹⁹ se não tem vontade de matá-la.²⁰⁰

Edmundo Mezger, assim se posiciona:

A teoria dos elementos subjetivos do injusto nos tem mostrado que este depende em muitos casos de características subjetivas, quer dizer, situadas na alma do autor”.

Se o tipo penal é só o injusto especial, tipificado, resulta que ditos “elementos subjetivos do injusto”, tanto se referem ao injusto típico formando parte do tipo como elementos subjetivos do mesmo. Em vez dos elementos descritivos no sentido antes mencionado, descreve o legislador certos “estados e processos anímicos” do agente que o Juiz há de comprovar como características do

¹⁹⁸ **Curso de Direito Penal**, op. cit., p. 79.

¹⁹⁹ Artigo 292, **Código Penal Alemão**: (Caça ilegal) parág. 1º – “Quem violando alheio direito de caça, persegue, apanha, mata ou se apropria de animal selvagem ou de coisa sujeita ao direito de caça, dela se apropria ou a danifica ou destrói, é punido com prisão até cinco anos”.

²⁰⁰ **Derecho Penal, Parte General, Tomo I**, p 280 (trad. do autor): “La teoría de la objetividad del tipo se vio pronto comovida. H. A. Fischer, Hegler, Maax Ernst Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos no ya la culpabilidad, sino ya el injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor – o sea, de momentos subjetivos, *intraanímicos*.”

injusto punível, servindo-se para ele do simples conhecer (cognitivamente), assim por ex.: 'ânimo de lucro', 'ânimo de ofender', etc.²⁰¹

Hanz Welzel, explicando o dolo como momento final da ação,

assim dispõe:

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito do querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= 'dolo de tipo').

A ação objetiva à execução adequada do dolo. Esta execução pode terminar em seu começo: na tentativa; e neste caso, o dolo vai mais além do que tenta alcançar. Se a decisão do fato é executada adequadamente até seu término, o fato está consumado. Neste caso, o fato total não só foi querido dolosamente, como também, executado dolosamente. Aqui, o dolo é um elemento final da ação, em todo seu conteúdo. Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade orientada à realização do tipo de um delito. Disso se depreende que também há ações não dolosas, a saber, as ações nas quais a vontade de ação não está orientada para a realização do tipo do delito, como sucede na maioria das ações da vida cotidiana. Também pertencem a elas as ações culposas, na quais a vontade de ação não se dirige ao resultado típico realizado.²⁰²

Prossegue Cezar Roberto Bitencourt, afirmando que na

realidade,

²⁰¹ *Tratado de Derecho Penal*, op. cit. p. 387 (trad. do autor): "La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha mostrado que éste depende de muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor".

²⁰² *Das Eutsche Strafrecht*, op. cit., p. 94 (trad. do autor): "Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual – y por la decisión al respecto de querer realizarlo – el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= 'dolo de tipo')".

(...) o especial fim ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo.

O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. Por isso sua denominação correta deveria ser **elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto**.²⁰³

Sobre esse tema, Heleno Cláudio Fragoso explica que ordinariamente compõe-se o "tipo de uma face objetiva e de outra subjetiva, que se superpõem (tipos congruentes)". Assim, no caso de homicídio, à ação de matar alguém (tipo objetivo) corresponde a vontade e a consciência de matar alguém (tipo subjetivo).²⁰⁴

Em certos casos, no entanto, verifica-se que a ilicitude depende de especial fim ou motivo de agir, que amplia o aspecto subjetivo do tipo. Tais elementos não pertencem ao dolo nem o integram, porque o dolo se esgota na vontade e consciência de realizar a ação dirigida ao resultado que consuma o delito, ou na assunção do risco de produzi-lo.

O especial fim ou motivo de agir que aparece em certas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato. "Trata-se, portanto, de elemento subjetivo do tipo de ilícito, que se apresenta de forma autônoma, junto ao dolo". Assim, por exemplo, no crime de prevaricação (art. 319, CP), o tipo configura-se objetivamente quando o agente retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei. Todavia o tipo subjetivo não se esgota com a vontade conscientemente dirigida à prática de

²⁰³ Cezar Roberto Bittencourt, op. cit., p. 158.

²⁰⁴ Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 194.

tais ações ou omissões: só haverá crime se, além disso, atuar o agente 'para satisfazer interesse ou sentimento pessoal'.²⁰⁵

Para Hans Welzel, são os momentos subjetivos do autor da ação os chamados elementos subjetivos do injusto:

Junto ao dolo como aquele elemento subjetivo-pessoal geral, que fundamenta e configura a ação como acontecer final, em quantidades menores aparecem nos tipos elementos subjetivo-pessoais especiais, que têm o conteúdo ético-social da ação em determinado sentido.

A atitude ou "posição subjetiva da qual o autor executa a ação", determina freqüentemente a grande medida do significado ético-social específica da ação. Assim por exemplo, a subtração de uma coisa alheia é uma atividade final, regida pelo dolo. Entretanto, seu sentido ético-social será diferente, segundo se tenha realizado com o propósito de um uso transitório ou com intenção de apropriação. Na primeira hipótese é, em princípio, impune, e só se castiga em relação com determinados objetos (bicicletas, automóveis) como furto de uso. Somente no segundo caso, dá-se o desvalor ético-social específico do furto. Dizemos que se trata de "elementos subjetivos do autor da ação, posto que é a postura ou atitude anímica do autor" a que tem o ânimo da ação de um modo específico. 'Ânimo' significa, portanto, em relação com esta matéria, estar em disposição atual e única com respeito ao fato, não necessariamente numa posição permanente.²⁰⁶

Identificam os autores acima, diversas espécies de elementos subjetivos do tipo (de ilícito), como se segue:

²⁰⁵ Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 195.

²⁰⁶ **Das Deutsche Strafrecht**, op. cit., p. 113, (trad. do autor): "Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido".

Delitos de intenção: os que requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. Exemplo: extorsão mediante seqüestro. Sua consumação é antecipada no sentido de que iniciada a ação, não necessita o autor efetivamente ter obtido o fim especial que seria o pagamento do resgate. É o que se chama de delito de resultado cortado. Também existe o delito mutilado de dois atos, que se consuma com a realização do primeiro ato – exemplo: moeda falsa.

Para Heleno Cláudio Fragoso, são os que se exigem o dolo específico. “É o caso das infrações penais em que a conduta típica deve ser realizada para alcançar um fim que transcende o momento consumativo do fato punível”, como nos exemplos mencionados: prevaricação (319); rapto consensual (219); a extorsão mediante seqüestro; etc.

Citando Binding, lembra que “entram nessa categoria os chamados *delitos de resultado cortado*, nos quais o efeito natural da ação não é exigido pela lei para a consumação do delito, mas deve constituir o fim de agir”. Ex: perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP); também os chamados crimes *atrofiados de dois atos*, nos quais a ação que corresponde ao tipo e que consuma o crime é praticada com a intenção de praticar o agente uma ação posterior. Ex: formar cédulas com fragmentos de notas verdadeiras, para o fim de restituí-las à circulação; e finalizando, o propósito de ofender nos crimes contra a honra.

Esse especial fim de agir é elementar ao conteúdo de fato da ação, pois dele depende a própria existência da ofensa, como ensinava Carrara (*Injuria ex affectu faciendis consistit*).²⁰⁷

²⁰⁷ Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 196.

Delitos de tendência: deve expressar uma tendência subjetiva da ação ou um sentido do agente, não contido no tipo, mas dedutível da natureza do delito. Por exemplo: a lascívia nos crimes sexuais.

Especiais motivos de agir: é facilmente confundido com a intenção. Na verdade o motivo impulsiona e a intenção atrai. Exemplos: motivo torpe; relevante valor social ou moral etc..

Momentos especiais de ânimo: assinalam estados anímicos especiais que não constituem grau de responsabilidade pessoal pelo fato e, por isso, os inimputáveis também podem agir com essas características especiais de ânimo. Exemplo: crueldade, perversidade sem escrúpulos, sem consideração, satisfazer instinto sexual, etc.²⁰⁸

Nestes casos, finalizando, o autor acima afirma:

(...) o que realmente existe são elementos que fundamentam ou reforçam o juízo de desvalor social do fato (Welzel), de tal modo que estamos realmente diante de elementos (subjetivos) da ilicitude.²⁰⁹

3.8. MODALIDADES TÉCNICO-LEGISLATIVAS DOS TIPOS

Quanto a uniformidade da palavra "tipo", esclarece Aníbal Bruno:

(...) infelizmente ainda não se conseguiu a desejável uniformidade no emprego da palavra **tipo** (originariamente, no alemão, Tatbestand. Mesmo na doutrina germânica, o conceito de tipo veio a complicar-se profundamente, em grande parte por influência da teoria finalista da ação, que transportou o dolo da culpabilidade para a ação típica e daí para o tipo do ilícito.

²⁰⁸ Bitencourt/Conde, p. 159 a 161.

²⁰⁹ Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 197.

A noção de tipo tende, modernamente, a alargar-se. Para alguns autores, continua a designar o “conjunto dos pressupostos objetivos e subjetivos da pena, um antigo ponto de vista contra o qual se ergue a construção de Beling”. Outros, sem alargar tanto o conceito do tipo, distinguem um tipo objetivo que compreenderia, todos os elementos do crime que se realizam no mundo exterior e um tipo subjetivo, que reuniria aqueles elementos situados no íntimo do agente: “compreenderia o tipo objetivo a ação com os elementos objetivos, e o tipo subjetivo o dolo”.²⁰⁹

Esclarece Hans Welzel “o tipo em sentido amplo é o conjunto dos pressupostos da punibilidade” e compreende:

- “o tipo em sentido restringido à matéria da proibição penal”, que circunscreve materialmente a conduta proibida. Constitui a maior parte do tipo geral (em sentido amplo), sobretudo nos delitos dolosos, nos quais contém uma descrição precisa dos elementos objetivos e subjetivos da ação, inclusive o resultado. Ao contrário, nos delitos culposos, o tipo em sentido restringido se refere geralmente só ao resultado;
- **antijuridicidade**. “Como pressuposto evidente de todo delito”, na maioria das disposições penais não é mencionado;
- **a culpabilidade**, isto é, a “responsabilidade”. Como elemento evidente do delito tampouco é mencionado de modo especial nas disposições penais;

²⁰⁹ Aníbal Bruno, op. cit. - nota de rodapé - p. 327.

- **as condições objetivas de punibilidade.** Por regra geral, os três elementos do delito: “*Tipo, antijuridicidade e culpabilidade dão lugar à punibilidade*”. Em algumas poucas disposições, não obstante, a punibilidade depende de condições ulteriores radicadas fora dos elementos do delito.²¹¹

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, especificam que as modalidades são as seguintes:²¹²

3.8.1. Tipos legais e tipos judiciais

O princípio da legalidade é uma de suas mais importantes aplicações na teoria da tipicidade. Em qualquer sistema jurídico civilizado do mundo contemporâneo, os tipos são legais, isto é, somente o legislador pode criar, suprimir e modificar os tipos penais.

Esse é o sistema adotado pelo nosso Direito, ao estabelecer o Código Penal, o princípio da reserva legal e da anterioridade da lei no seu art. 1º – “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Em outros sistemas, em que se admite a analogia, é o juiz que está facultado para criar os tipos penais. Assim, por exemplo, na reforma nacional-socialista alemã e nos primeiros códigos soviéticos. Estes são os chamados sistemas de tipos judiciais, que praticamente já não existem no mundo.

²¹¹ Das Deutsche Strafrecht, 1970, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez, p. 87.

²¹² Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, op. cit., p. 446 e 447.

3.8.2. Tipos abertos e tipos fechados

Atendendo ao princípio da reserva legal do art. 1º do CP, nosso legislador está obrigado a descrever e individualizar uma conduta proibida, bem como, estipular a pena, formando um tipo penal, para que um determinado crime exista e seus autores possam ser responsabilizados.

Não obstante, há casos em que ao legislador não seja possível visualizar todos os detalhes de uma conduta proibida, deixando que o juiz a complemente recorrendo a pautas ou regras gerais que estão fora do tipo penal.

Assim por exemplo, diz o art. 121, caput: "*Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos*". Esse é um tipo fechado, na medida em que não precisa ser complementado por mais nada. Basta, que no mundo real alguém realize aquela conduta para que o juízo de tipicidade seja realizado. Entretanto, se o homicídio for culposo, deverá o juiz recorrer à parte geral do Código para complementar o parágrafo 3º, do art. 121. Temos aqui um tipo aberto.

Há ocasiões em que o tipo tem que indicar certo grau de gravidade, ou de entidade, num conceito que admite qualificação. Diante da impossibilidade do legislador de quantificar o delito objetivamente ou, porque, o grau de entidade tem que ser analisado em cada caso concreto, caberá ao juiz fechar o tipo. Assim, por exemplo, as expressões artifício e ardil, do art. 171, necessitam ser valoradas pelo juiz.

3.8.3. A lei penal em branco

Conforme preceitua Aníbal Bruno:

Normas penais em branco são normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura. Nelas a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integrar. Nessas leis existe sempre um comando ou uma proibição, mas enunciados, em geral, de maneira genérica, a que só a disposição integradora dará a configuração específica.²¹³

Zaffaroni e Pierangeli escrevem que são “os tipos que dependem para sua complementação de disposições de outra lei”. Quando emanada do “Congresso Nacional”, não tem muito problema porque a lei penal também lá é elaborada. A questão fica mais complicada quando a lei for das “Assembléias estaduais e das Câmaras municipais”. E fica pior ainda, quando o dispositivo normativo provier de outro poder, em especial do “Executivo, por meio dos decretos”.²¹⁴

Num primeiro momento, a impressão que se dá é de que está havendo uma delegação de atribuições legislativas em matéria penal, que é competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos da CF. O problema deve ser resolvido dentro do próprio sistema constitucional: “a lei penal em branco não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado”.

O Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais e municipais, pois caso contrário estaria rompendo com a divisão de poderes. Também o Poder que completa a lei em

²¹³ Aníbal Bruno, op. cit., p. 191.

²¹⁴ Zaffaroni e Pierangeli, Op. cit., p. 449.

branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, por meio de tal recurso, pode-se mascarar uma delegação de competências legislativas penais.

A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada.²¹⁵

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, a expressão:

(...) 'lei ou norma penal em branco' deve-se a Binding. Foi ele o primeiro a assinalar a existência de leis penais nas quais o preceito é incompleto, e que são 'como corpos errantes à procura de alma'.

Chamam-se normas penais em branco aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura.

Na norma penal em branco não falta o preceito, como alguns autores supõem: ele é apenas formulado de maneira genérica, sendo completado pela disposição integradora". A razão de ser tais normas encontra-se na necessidade que a ordem jurídica reconhece, de fornecer a tutela penal a determinadas categorias de prescrições administrativas, a serem emanadas em relação a contingências futuras, gerais ou particulares.²¹⁶

Mais adiante, esclarece que:

O complemento que integra a norma penal em branco pode provir da mesma lei ou de outro ato legislativo, bem como de ato administrativo (decreto, portaria). O preceito, nas normas penais em branco, apresenta lacunas, que são completadas com as disposições de outra lei ou decreto, que passam a integrar, para todos os efeitos, a norma penal. Como é óbvio, essa integração deve ser feita nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal, sem ferir o princípio de estrita legalidade dos crimes e das penas.²¹⁷

²¹⁵ Zaffaroni e Pierangeli, Op. cit., p. 450.

²¹⁶ Heleno Cláudio Fragoso, Op. cit., p. 84.

²¹⁷ Ibid., p. 85.

Frederico Marques, apoiado em Mezger, faz a seguinte distinção:

(...) distingue entre norma impropriamente em branco, quando as fontes formais são homogêneas na formulação da norma, apesar do preceito depender de lei não penal para complementá-lo, e normas penais em branco propriamente ditas, quando as fontes formais são heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso.²¹⁸

Finaliza Antônio Queiroz Filho, sintetizando:

(...) singular característica individualiza, pois, esta espécie de normas. Definem o crime pela remissão a outras normas. São normas incriminadoras; mas, isoladas, não realizam, inteiramente, a incriminação; esboçam-na, apenas, em imagem de tipicidade incompleta.²¹⁹

3.9. ERRO SOBRE ELEMENTOS DO TIPO

Dispõe nosso CP, no art. 20, *in verbis*: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

- Discriminantes Putativas

Parágrafo 1º - “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

- Erro Determinado Por Terceiro

Parágrafo, 2º - “responde pelo crime o terceiro que determina o erro”.

²¹⁸ Frederico Marques, op. cit., p. 137.

²¹⁹ Antônio Queiroz Filho, op. cit., p. 102.

▪ *Erro Sobre A Pessoa*

Parágrafo, 3º – “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

De acordo com Celso Delmanto, os elementos constitutivos do tipo são: os objetivos, subjetivos e normativos. O erro essencial é o que recai sobre esses elementos constitutivos. Por exemplo, no crime de furto, art. 155, é possível se encontrar os três: “subtrair coisa móvel” (objetivo); “alheia” (normativo); e, “para si ou para outrem”, (subjetivo). Poderá ocorrer o erro acima, quando o agente leva embora a mala alheia em vez da própria. Ele não tem consciência de estar subtraindo coisa “alheia” móvel.

As descriminantes putativas do parágrafo 1º são as previstas no art. 23 – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. O parágrafo 2º prevê a hipótese de que o erro não foi cometido espontaneamente, mas sim provocado por terceira pessoa que responderá pelo crime.²²⁰

3.10. ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO

Dispõe o art. 21 – “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

²²⁰ Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, p 35.

Parágrafo único – “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

Também segundo Celso Delmanto:

(...) no erro sobre elementos do tipo, art. 20, o engano recai sobre elemento do tipo penal e exclui o dolo. No erro sobre a ilicitude do fato, art. 21, o engano incide sobre a ilicitude do comportamento do sujeito refletido na culpabilidade, de forma a excluí-la ou atenuá-la.²²¹

3.11. PRINCÍPIOS: DA ADEQUAÇÃO SOCIAL; DA INSIGNIFICÂNCIA; E DA OFENSIVIDADE

3.11.1. Princípio da adequação social

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade que, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

Preleciona Hans Welzel:

Na função dos tipos de apresentar o ‘modelo’ da conduta proibida se pune de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, pois, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos fica patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica

²²¹ Celso Delmanto, op. cit., p. 38.

do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente os ordenamentos históricos da vida social.²²²

Isto segundo ele, repercutia na compreensão e interpretação dos tipos que por influência da doutrina da ação causal era demasiadamente restringida, enquanto se via na essência do tipo lesões causais dos bens jurídicos. Sua idéia básica é de que algumas ações se “movem dentro do que historicamente tenha sido aceito pela ordem ético-social da vida em comunidade”, e, portanto, ‘socialmente adequada’ e por isso não pode se encaixar num tipo penal, ainda que sua descrição literal possa subsumir ao mesmo. Assim, por exemplo, as lesões e as mortes produzidas no funcionamento regular de ferrovias, minas, fábricas, etc, devido sua adequação social não poderiam se encaixar no art. 212.²²³

De acordo com Claus Roxin, “essa teoria suscitou muito interesse e se alterou com a história”. O próprio Welzel, devido a uma modificação parcial de sua concepção do tipo, considerou durante um tempo ‘a adequação social como causa de justificação de Direito consuetudinário e posteriormente mudou sua interpretação como restrição do tipo’. Atualmente a doutrina delimita de modo muito diverso o campo de aplicação da adequação social: “um setor a considera um caso de exclusão do tipo, outro a trata como causa justificação e outro inclui como causa de exclusão da culpabilidade”. Muitos autores a rechaçam, pela impressão de seus critérios, como perigosas para a segurança jurídica e supérflua em relação com os

²²² **Das Deutsch Strafrecht**, op. cit. p. 83, (trad. do autor): “*En la función de los tipos de presentar el ‘modelo’ de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se haya patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de la vida social.*”

²²³ Art. 212, **Código Penal Alemão**: (Homicídio) parág. 1º – Quem, sem ser assassino, dolosamente mata um ser humano, é punido, como homicida, com prisão não inferior a cinco anos. Parág. 2º – Em casos especialmente graves, deve ser sentenciada prisão perpétua.

métodos reconhecidos de interpretação, ou só a admitem no máximo como princípio interpretativo geral.²²⁴

As conseqüências da chamada “adequação social”, contudo ainda não encontra porto seguro. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Discute-se, se afastaria a tipicidade ou simplesmente eliminaria a antijuridicidade de determinadas condutas típicas. O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo inicialmente como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação, outra vez, como excludente da tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da ‘adequação social’ somente como ‘princípio geral de interpretação’, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.²²⁵

3.11.2. Princípio da insignificância

Segundo esse princípio, é necessária uma “efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”. Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

A insignificância de determinada conduta, valorada através da consideração global da ordem jurídica, afasta a tipicidade e deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em

²²⁴ Claus Roxin, *op. cit.*, p. 293.

²²⁵ Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, p. 163.

relação ao grau de sua intensidade, isto é pela “extensão da lesão produzida”.²²⁶

3.11.3. Princípio da Ofensividade

Maurício Antônio Ribeiro Lopes, abordando o assunto, afirma:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.²²⁷

Prossegue, esclarecendo que para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o “Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção de bem jurídico”, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

Ao final, sintetizando o pensamento de Sanguiné, esclarece que “a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo”. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente “ofensiva ou perigosa a um bem jurídico”. O legislador toma em consideração “modelos de vida que deseja castigar”. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, da maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, “a tipificação falha ante a possibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano”. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em

²²⁶ BITENCOURT/ CONDE, Op. cit., p. 164.
²²⁷ Teoria Constitucional do Direito Penal, p. 526.

realidade, deveriam permanecer fora do âmbito da proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa “discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar o princípio da insignificância”. A solução através do recurso à atipicidade quando a lesão ao bem jurídico tenha sido irrelevante é a predominante na Alemanha.²²⁸

4. TIPICIDADE

4.1. NOÇÃO E CONCEITO DE TIPICIDADE

O Estado, dentre outras incumbências fundamentais, tem de assegurar o equilíbrio, a paz e a segurança da ordem social. Para isso, deverá fazer uso das normas jurídicas para impor princípios obrigatórios aos cidadãos, ao mesmo tempo, que terá o poder de exigir o cumprimento delas mediante sanções.

Dentre as sanções previstas no nosso ordenamento jurídico as penas são as mais contundentes e aplicadas quando os homens deixam de cumprir determinados mandamentos, ou ainda, e o que é pior, violar mandamentos que asseguram a defesa dos bens fundamentais da vida.

As sanções têm um caráter preventivo no sentido de evitar que um bem venha ser lesado, porém muitas vezes o mal já foi praticado e nada mais poderá ser feito para repará-lo. As penas, nesses casos, têm um caráter de punição ao transgressor como compensação jurídica pelo ato infringido. Entretanto,

²²⁸ Maurício Antônio Ribeiro Lopes, op. cit., p. 527.

modernamente, em face das idéias sobre a natureza do crime e suas conseqüências, vem ela perdendo esse caráter de compensação jurídica e ganhando cunho de medida reeducativa.

Ocorre que essas sanções não poderão ser aplicadas arbitrariamente. Elas deverão estar previstas em lei, ao mesmo tempo em que, condicionadas a sua aplicação à condutas também descritas na norma penal, que conforme vimos acima, são denominadas de tipos penais.

Explica Giulio Battaglini, enquanto que para a moral o que mais importa é o lado interior, o direito penal ocupa-se, pelo contrário, do elemento interno, enquanto disser respeito à ação externa. A convivência social não é prejudicada ou exposta a perigo por meros processos psíquicos, mas sim pelas manifestações exteriores da vontade humana.

Por conseguinte, é a ação humana – e não o homem que delinqüe – que tem importância para o direito penal. (...) Para subsistência do delito, mister se faz, antes de mais nada, que tenha sido praticado um dos fatos (materiais) expressamente previstos em lei; que se caracterize, isto é, o aspecto objetivo da *iniuria punibile*. (...) O fato penalmente relevante é, portanto, o correspondente a um dos modelos abstratos contemplados por este ou aquele artigo de código penal, ou por uma lei especial (...) A tipicidade, ou seja, a correspondência à espécie abstrata (ao 'modelo' ou à 'figura' legal, como se preferir), é requisito do fato, de acordo com o direito positivo.²²⁹

Fato material, conforme Damásio de Jesus:

É aquela conduta praticada em determinado momento por determinada pessoa (o agente), cuja descrição corresponde com a descrição contida na norma penal incriminadora, ou seja, no tipo penal. Tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora.²³⁰

²²⁹ Direito Penal, Parte Geral, p. 179.

²³⁰ Comentários ao Código Penal, Parte Geral, p. 247.

Para Zaffaroni e Pierangeli:

A essa operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de atos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei, dá-se o nome de juízo de tipicidade. Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.²³¹

Tipo e tipicidade são, portanto, nas palavras de Aníbal Bruno:

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível, descritos na lei penal, ou, para dizermos com Beling, a imagem reguladora (Leitbild), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, é a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.²³²

Luiz Jimenez de Asúa, sintetiza: a) a tipicidade e a antijuridicidade não se identificam; b) o tipo concretiza e indica o injusto; c) o tipo legal é o ponto de união de todos os caracteres do delito, posto que todos hão de se adequar à figura; d) a tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: "*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*".²³³

4.2. ORIGEM DO CONCEITO DE TIPICIDADE

Para Damásio de Jesus, o primeiro conceito de tipicidade veio do Direito Penal Alemão, indicado pela expressão *Tatbestand*, e correspondia a "*corpus delicti*". Essa expressão assim decomposta: *Tat* = fato e *besehen* = consistir, significa aquilo em que o delito consiste. Assim sendo seu conceito é o

²³¹ Zaffaroni e Pierangeli, Op. cit., p. 444.

²³² Aníbal Bruno, op. cit., p. 327.

²³³ *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, p. 771.

conjunto de todos os caracteres do delito, de natureza interna ou externa e essenciais à sua existência. Compreendia até o dolo e a culpa.²³⁴

Preceituava o parágrafo 133, da Ordenança Criminal Prussiana, de 1825: “O *tipo legal* (*corpus delicti*) compreende o conjunto daquelas circunstâncias que fazem seguro ou de máxima probabilidade que um delito foi cometido”.

Entretanto, foi previsto pela primeira vez no parágrafo 59, do CP alemão, que tratava da culpa e do erro: “se alguém, ao praticar uma ação punível, desconhecia a existência de circunstâncias do fato, que pertençam ao *tipo legal* (*gesetzlichen Tatbestande*), ou que agravem a punibilidade, tais circunstâncias não lhe serão imputadas”.

Escreve Luiz Jimenez de Asúa:

Há uma grande anarquia em traduzir esse vocábulo da técnica alemã. Os italianos falam de “espécie de fato” (*fattispecie*). Petrocelli crê há de se simplificar mas usa ao final fato, porque entende que vem a dizer o mesmo que o *Tatbestand* alemão, segundo o elaborou Beling. Antolisei prefere dizer “figura abstrata” (‘tipo’ ou modelo’) de um delito, assim também escreve tipicidade para indicar a correspondência do fato com a hipótese abstrata configurada na lei.²³⁵

Já para Zaffaroni e Pierangeli, a palavra *Tatbestand*, significa “hipótese de fato”, e proveio do latim medieval (*facti especies*), que significava “figura do fato”. Por isso, em italiano corresponde ela à palavra “*fattispecie*” e para o português foi traduzida e difundida como “*tipo*”. Até 1906 usava-se a palavra

²³⁴ Damásio de Jesus, Op. cit., p. 249.

²³⁵ *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, p. 746 (tradução livre do autor): “Hay una gran anarquia al verter esos vocablos de la técnica alemana. Los italianos hablan de “especie de hecho” (*fattispecie*) Petrocelli cree que há de simplicarse más y usa el término fatto (hecho), porque entiende que viene a decir lo mismo que el *tatbestand* alemán, según lo elaboró Beling. Antolisei prefiere el dicho “figura abstrata” (‘tipo’ o ‘modelo’) de um delito, aunque también escribe tipicidad para indicar la correspondencia del hecho com la hipótesis abstracta configurada en la ley”.

Tatbestand, mas a ela não era dado qualquer conteúdo sistemático semelhante ao atual.²³⁶

Enquanto que para Basileu Garcia:

A palavra **tipicidade** passou a ter largo curso na doutrina desde que, em 1906, Beling construiu a teoria da *Tatbestandsmässigkeit* (adequação de um fato ao delito-tipo), afirmando que, para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada na lei (*Tatbestand*), o que implicaria exatamente na *Typizität* (tipicidade). Anos depois, em 1930, o famoso penalista acrescentou à primitiva idéia a de *Leitbild* ou de *typus regens*, como ele mesmo disse, ou seja, o ajustamento a um quadro legislativo penal dominante, conceito que seria, ao seu ver, mais perfeito para compreender o conteúdo do delito.²³⁷

Por sua vez, ensina Aníbal Bruno:

A teoria do **tipo** e da **tipicidade**, isto é, a elaboração deste importante elemento do conceito do crime, foi iniciada propriamente por Beling, em *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906. Antes disso, como acontece ainda em alguns autores modernos, aparecia a figura do tipo, mas com um conceito amplo que abrangia o conjunto dos pressupostos da punibilidade, incluídos os elementos do injusto e do culpável, e com tal amplitude de conceito não se atingiam o sentido e a função própria da figura típica legal. Beling libertou o tipo dessa esdrúxula posição limitando-lhe o conceito e pondo a tipicidade na dianteira entre os elementos do fato punível.²³⁸

Na opinião de José Frederico Marques:

A doutrina penal germânica costuma distinguir um 'Tatbestand' legal de um 'Tatbestand' concreto: o primeiro seria o fato descrito na regra preceptiva da norma penal incriminadora, como conceito abstrato e típico, idêntico em relação a qualquer espécie delituosa, sem embargo das inevitáveis deformidades das diversas condutas individuais; o segundo consistiria no delito com dimensões espaciais e temporais, realizado no mundo físico e que tem individualidade própria. A verdade, porém, como assinalam Delitala e Remo Pannain, é que 'qualquer qualificação de um fato constitui uma abstração, pelo que, sob tal aspecto, tipicidade legal e tipicidade concreta

²³⁶ Zaffaroni e Pierangeli, *Op. cit.*, p. 251.

²³⁷ *Instituições de Direito Penal*, Vol 1, Tomo 1, p. 214.

²³⁸ *Op. cit.*, nota de rodapé, p. 325.

acabam por coincidir; a diferença entre Tatbestand legal e Tatbestand concreto é, portanto, em definitivo, a dissemelhança que existe entre o modelo e a cópia, entre o esquema e o exemplo que tal esquema pode ser enquadrado.²³⁹

O próprio Ernest von Beling, esclarece os sentidos de algumas de suas expressões:

Em relação ao esquema legal e delito tipo:

Creio que para linguagem da ciência a expressão usada por mim, pela primeira vez neste ensaio, 'Leitbild legal' (esquema legal), pode encontrar aceções. Nela se destaca precisamente o que é essencial no conceito: a natureza meramente regulativa do delito-tipo. Não se podia ter encontrado expressão melhor. Em latim se poderia opor ao *typus delicti (ipsius)* o Tatbestand (delito-tipo) considerado como *typus (typum delicti) regens*. Poderiam, pois, os lingüistas científicos estrangeiros ajustar-se a essas expressões.²⁴⁰

O conceito de tipicidade:

A solução que traz o reconhecimento de que a figura do delito não é o delito-tipo, em que este último é o esquema preestabelecido para a primeira. Eu parti em minha doutrina do delito de que o atual Derecho penal está estabelecido em tipos, isto é, que a 'tipicidade' é uma característica conceitual do delito. Isto, como nota das figuras de delito, é correto e deve manter-se. Só que não pode introduzir-se como sinônima daquela expressão da adequação ou da vinculação ao delito-tipo.²⁴¹ (...)

A relação da tipicidade com a antijuridicidade e a culpabilidade:

²³⁹ Curso de Direito Penal, Vol. II, p. 84.

²⁴⁰ Ernest von Beling. *Esquema de Derecho Penal* – "La Doctrina Del Delito-Tipo, tradução de Sebastian Soler, p. 25 (trad. do autor): "Creo que para el lenguaje de la ciencia la expresión usada por mí, por primera vez en este ensayo, 'Leitbild legal' (esquema legal), puede encontrar aceptación. En él se destaca precisamente lo que es esencial al concepto: la naturaleza meramente regulativa del delito-tipo. No he podido encontrar una expresión mejor. En latín se podría oponer al *typus delicti (ipsius)* el Tatbestand (delito-tipo) considerando como *typus (typum delicti) regens* Podrían, pues, los lenguajes científicos extranjeros ajustarse a esas expresiones".

²⁴¹ Ibid. p. 28 (trad. do autor): "La solución la trae el reconocimiento de que la figura de delito no es el delito-tipo, sino que este último es el esquema preestablecido a la primera. Yo partía en mi doctrina del delito de que el actual Derecho penal esta acuñado en tipos, ello es, que la 'tipicidad' es una característica conceptual del delito. Esto, como nota de las figuras de delito, es correcto y debe mantenerse. Sólo que no puede introducirse como sinónima de aquella expresión la adecuación o la vinculación al delito-tipo."

Prossegue esse autor afirmando que a diversidade de formas em que se apresentam os comportamentos delitivos, “impõe que se busque uma imagem conceitual o suficientemente abstrata”, para poder englobar a todos aqueles “comportamentos que tenham características essenciais comuns”. Tipo é a descrição da conduta proibida enquanto que a tipicidade é a qualidade que se atribui a um comportamento quando comparado com a descrição do tipo.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt²⁴⁴, a adequação pode se operar de forma imediata ou mediata.

A adequação típica imediata ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, sem a necessidade da concorrência de outra norma, como, por exemplo, matar alguém – art. 121, do CP. Na adequação típica mediata, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. Nesses casos, o fato praticado pelo agente não se adequa direta e imediatamente ao modelo descrito na lei, o que somente acontecerá com o auxílio de outra norma ampliativa, como ocorre, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito.

4.4. FASES DA TIPICIDADE

Invocando a lição de Jiménez de Asúa, analisa Cezar Roberto Bitencourt²⁴⁵ a seguir, as fases da evolução do conceito de tipicidade em número de cinco. Nessa relação incluímos mais uma, com base nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, ficando assim:

²⁴⁴ Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 138.

²⁴⁵ Bitencourt/Conde, p. 131 a 135.

1ª Fase: independência

Já referimos que antes de **Beling o Tatbestand** compreendia o **delito** na sua integridade, com todos os seus elementos. Beling, porém, concebeu a **tipicidade** com função meramente **descritiva**, completamente separada da **antijuridicidade** e da **culpabilidade**. A função do tipo é **definir delitos**. Constatada a adequação do fato à norma penal **incriminadora**, passa-se um segundo momento para análise valorativa da característica da **antijuridicidade**. Posteriormente, analisa-se a **reprovabilidade da conduta**. Mayer entendia o tipo também sem **valor valorativo**, porém com a função de **indício da antijuridicidade**.

Luiz Jimenes de Asúa assinala:

Ao construir Beling sua teoria do delito não só se cuida de separar a tipicidade da antijuridicidade e culpabilidade, com também quer distinguir o Tatbestand da ação. Esta é o 'substrato', o 'acontecimento histórico' que deve ser submetido o 'tipo legal', de natureza abstrata, puro conceito. A ação é para Beling, de modo premeditado, um 'fantasma sem sangue' (*blutleeres Gespenst*).²⁴⁶

Aparece aí, desde sua origem, a teoria de Beling – e se mantém sempre através de suas evoluções – como uma característica do Direito penal liberal; mas marcada quanto maior independência tem a tipicidade dos restantes caracteres. Aos quatro princípios que Beling destacava no Direito penal alemão de seu tempo, ele acrescentou mais um. Os clássicos eram: primeiro, as penas não podem deduzir-se do direito consuetudinário; segundo, as penas não podem surgir tampouco por analogia e é preciso que estejam determinadas no texto legal; terceiro, não podem ser aplicadas as penas absolutamente indeterminadas, e

²⁴⁶ **Tratado de Derecho Penal**, tomo III, p. 751 (tradução do autor): "Al construir Beling su teoría del delito no sólo se cuida de separar la tipicidad de la antijuricidad y culpabilidad, sino que también quiere distinguir el Tabestand de la acción. Esta es el 'substrato', el 'acontecimiento histórico' que debe ser subsumido en el 'tipo legal', de naturaleza abstracta, puro concepto. La acción es para Beling, de modo premeditado, un 'fantasma sin sangre' (*blutleeres Gespenst*)".

quando, só aquele ato que está determinado como delito e sancionado com uma pena em fase anterior à realização do ato, pode ser punível, segundo à máxima “*nulla poena sine lege*” E então o Professor de Munich agrega este outro: “não há delito sem tipicidade”.

Acrescenta ainda, que, no seu primeiro livro *Beling* não só separava a tipicidade da antijuridicidade, como também da culpabilidade. “A determinação da tipicidade não está em determinação do dolo nem da culpa”. Entretanto, “o tipo com que a se relaciona a ação cometida, de dolosa ou culposa, deve ter, por necessidade lógica, o mesmo conteúdo”. Posteriormente, ante os embates e críticas, *Beling* modificou várias vezes sua teoria, acabando por reconhecer que a tipicidade há de ser unida ao injusto (“...*antijuridicidade tipificada...*”).²⁴⁷

O descobrimento dos elementos **subjetivos** do tipo, por volta de 1910, e da **culpabilidade normativa**, em 1907, bem como das dificuldades com que se deparava a teoria **objetiva do tipo** (não podia resolver as limitações da causalidade, não podia explicar a tentativa, os elementos subjetivos não satisfaziam muito com sua localização, etc.) fizeram com que se pensasse que o **dolo** – a vontade do resultado – deveria ser localizado no **tipo**, e assim o fez *Hellmuth von Weber*, em 1929, e o *Conde Alexander zu Dohna*, em 1936.

2ª Fase: *ratio cognoscendi da antijuridicidade:*

A Segunda fase da teoria da tipicidade surge com o Tratado de Direito Penal de *Mayer*, publicado em 1915.

²⁴⁷ Luiz Jimenes de Asúa, *op. cit.*, p. 753.

combater a “neutralidade valorativa” do conceito de tipo de Beling, Mezger inclui a tipicidade na antijuridicidade, de forma que crime, para ele, é a “**ação tipicamente antijurídica e culpável**”.

Para Mezger, a **tipicidade** é muito mais que indicio, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, isto é, a sua *ratio essendi*. Destaca que “a antijuridicidade da ação é uma característica do delito, mas não uma característica do tipo, pois podem existir ações que não são antijurídicas Mas, em contrapartida, é essencial à antijuridicidade a tipificação”. Por essa doutrina Mezger, passa-se a ter “ação típica, antijurídica típica, culpabilidade típica”.

Esclarece ainda Edmundo Mezger:

Os fundamentos da negação da antijuridicidade não podem ser colocados como característica de igual tamanho e na mesma linha que a tipicidade, do mesmo modo que não é possível situar um sintoma de uma enfermidade ao lado da mesma enfermidade. A tese de que a antijuridicidade está logicamente situada em outro parâmetro que as restantes características do delito, deduz-se do fato de que a antijuridicidade significa verdadeiramente um juízo que recairá sobre as restantes características do delito (...) Sauer concebe a antijuridicidade não como um juízo sobre o tipo, senão como o pressuposto lógico, como a base do fundamento do tipo mesmo, porque este último, como imagem valorativo-cultural, só é possível numa consideração científico-valorativa.²⁴⁹

Luiz Jimenez de Asúa comenta:

Desde o primeiro momento se compreende que ao soldar o injusto com o típico haja possível conceber – com excesso e risco para a boa

²⁴⁹ *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 373 (trad. do autor): “Para fundamentar la negación que la antijuricidad no puede ser colocada, como característica de igual rango, en la misma línea que la tipicidad, del mismo modo que es posible situar un sintoma de una enfermedad al lado de la enfermedad misma. La tesis de que la antijuricidad está lógicamente situada en otro peldaño que las restantes características del delito, se deduce del hecho de que la antijuricidad significa verdaderamente un juicio que se hace recaer sobre las restantes características del delito. (...) Sauer, quien concibe la antijuricidad no como un juicio sobre le tipo, sino como el presupuesto lógico, como la base o fundamento del tipo mismo, porque este último, como imagen valorativo-cultural, sólo es posible en una consideración científico valorativa”.

compreensão dos problemas – que o tipo penal atue como 'ratio essendi' do antijurídico. Assim a tese de Mezger parte dessa dualidade aparentada, que o próprio Beling termina por reconhecer, chega a consequências inadmissíveis ao soldar em demasia ambos caracteres. Disse o professor de Munique: 'O tipo no próprio sentido jurídico-penal significa melhor o injusto descrito concretamente pela lei em seus diversos artigos a cuja realização se liga a sanção penal. Por tanto, não correspondem a esse conceito aqueles pressupostos da pena, aquelas características do delito pertencentes no injusto, senão a culpabilidade.'²⁵⁰

Mais a frente afirma que essa doutrina passou a ser construída em 1926 e concluída em 1931, com a publicação de seu Tratado de Direito Penal. Ao conceber a tipicidade com a base real da antijuridicidade, concebe a ação como caráter do delito, e não como característica do tipo, contrariando o fato de que pode haver ações típicas que não são antijurídicas. Essa tese leva a inevitável criação de uma antijuridicidade penal frente a antijuridicidade geral, absolutamente inadmissíveis nas concepções atuais.²⁵¹

Estabeleceu Edmundo Mezger que o que atua tipicamente atua também antijuridicamente, desde que não exista uma causa de exclusão do injusto.

O tipo jurídico-penal que descreve determinado ato típico pode, portanto, com a mais alta significação constatar a existência da antijuridicidade penalmente relevante da ação: **é fundamento real e validez (ratio essendi) da antijuridicidade**, desde que a ação não apareça justificada em virtude de uma causa especial de exclusão do injusto. Se tal ocorre, a ação não é antijurídica, apesar de sua tipicidade.²⁵²

²⁵⁰ *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, p. 755 (tradução do autor): "Desde el primer momento se comprende que al soldar lo injusto con lo típico se hace posible concebir – con exceso y riesgo para la buena comprensión de los problemas – que el tipo actúe como ratio essendi de lo antijurídico. Aunque la tesis de Mezger parte de esta dualidad emparentada, que el próprio termina por reconocer, llega a consecuencias inadmisibles al soldar em demasia ambos os caracteres. Dice el Profesor de Munich: 'El tipo en el próprio sentido jurídico-penal significa mas bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Por tanto, no corresponden a este concepto aquellos presuuestos de la pena, aquellas características del delito pertenecientes, no a lo injusto, sino a la culpabilidad'".

²⁵¹ Ibid. p. 756.

²⁵² *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 376 (trad. do autor): "El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad".

A construção de Mezger coincide com a chamada teoria dos **elementos negativos do tipo** (sustentada por Hellmuth von Weber), que inclui as causas de justificação no próprio tipo. Entretanto é ela inadmissível na atual dogmática penal ao fazer uma distinção entre **antijuridicidade penal e antijuridicidade geral**.

Em síntese, a **tipicidade** também implica a **antijuridicidade**, mas esta última pode ser excluída por uma causa de justificação em uma etapa da análise posterior (é a teoria do tipo de injusto atualmente sustentada por Paul Bockelmann), ou seja, a tipicidade é a *ratio essendi* (razão de ser) da antijuridicidade: reconhecida a tipicidade, estará também reconhecida a antijuridicidade. Excluída a tipicidade, estará excluída a antijuridicidade.

Flávio Augusto Monteiro de Barros, afirma:

Essa doutrina, que é sustentada por Hellmuth von Weber, procura fundir os conceitos de tipo e ilicitude, representando parcial retrocesso ao período pré-Beling, não oferecendo nenhuma vantagem à sistematização do conceito de crime.²⁵³

4ª Fase: defensiva

Diante das contundentes, e muitas vezes injustas, críticas recebidas, ERNEST von BELING ampliou e reformulou sua teoria do tipo em 1930, mantendo, contudo, seu papel independente de função descritiva e reconhecendo, inclusive, a importância de algumas sugestões. Sua obra havia se notabilizado pela forma que tinha dado ao delito, com pluralidade de **elementos independentes e harmônicos**, formando um todo **unitário**.

Assim se pronunciou:

²⁵³ Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Direito Penal, Parte Geral*, Vol 1, p. 166.

Desde o aparecimento de minha obra 'Doutrina do Delito' (1906), o 'delito-tipo (*Tatbestand*) abstrato especial e objetivo' ou, mais brevemente, o delito-tipo jurídico penal (*straf-gesetzliche Tatbestand*), vem sendo objeto de muitas investigações. O primeiro problema que se coloca é o de estabelecer a relação existente entre a adequação de um fato ao delito-tipo (*Tatbestandsmässigkeit*) e a antijuridicidade.

Vinculando-se com esses vêm logo os problemas que suscitado, por uma parte, ao incluir esse principio de adequação na definição do delito e, por outra, o dos elementos 'normativo' e 'subjetivo' do delito-tipo. Toda essa literatura é rica em sugestões, dignas de agradecimentos, e me "convenceu de que minha doutrina do delito-tipo tal com a expus pela primeira vez na citada obra, contem algumas deficiências". Para eles é necessária uma mais afinada distinção do delito-tipo com relação a 'figura do delito' e, em conseqüência, uma aclaração do papel que desempenha a 'adequação ao delito-tipo', por uma parte, com relação ao delito-tipo mesmo e, por outra parte, com relação à 'tipicidade'. Se logramos aclarar em que sentido o delito-tipo pode servir-nos de ajuda e em que sentido não, haveremos projetado nova luz nos problemas tratados com preferência pela mais moderna literatura.²⁵⁴

Esclarece que as figuras de delito se inscrevem num vasto domínio da "conduta culpável e antijurídica"; estão por inteiro dentro dele e destacam só determinadas espécies do mesmo. Por seu conteúdo elas são, em primeiro lugar, "tipos de ilicitude (*Unrecht*) (ações antijurídicas de qualquer classe)". Esses tipos de ilicitude se tornam figuras de delito por agregação dos requisitos que a

²⁵⁴ Ernest von Beling, *Esquema de Derecho Penal – La Doctrina Del Delito-Tipo*, tradução de Sebastian Soler, p. 4 (tradução do autor): "Desde la aparición de mi obra 'Doctrina del delito' (1906), el 'delito-tipo (*Tatbestand*) abstracto, especial y objetivo' o, más brevemente, el delito-tipo jurídico penal (*straf-gesetzliche Tatbestand*) há sido objeto de muchas y profundas investigaciones. Es primer problema que se plantea es el de establecer la relación que media entre la adecuación de un hecho al delito-tipo (*Tatbestandsmässigkeit*) y la antijuridicidad".

correspondente prescrição penal pressupõe com respeito à direção específica da culpabilidade.²⁵⁵

Para Luiz Jimenez de Asúa, esse novo trabalho foi publicado com o título: *Die Lehre vom Tatbestand* - A teoria do tipo, elaborado em homenagem a Frank, Beling estabeleceu a distinção entre **tipo de delito** (*Deliktypus*) e **Tatbestand** ou figura reitora (*Leitbild*). Muitas de suas concepções são de grande acerto, porém o uso de novas expressões técnicas complica o tema em vez de iluminá-lo. Como depois se verá, ficou sem resolver o importante extremo da consciência do dolo, que era um dos principais defeitos de sua genial doutrina, e que devia superar esse novo estudo.²⁵⁶

Os primeiros, os **tipo de delito**, correspondem a todas as características internas e externas de cada figura legal. Os últimos - os **delitos-tipos**, são puramente **descritivos** porque neles ainda não se expressa a **avaliação jurídica** que os qualifica como **antijurídicos**, tratando-se de um modelo **conceitual** extraído do acontecimento externo e, como figura **ideal**, não se encontra alojado nem na parte **objetiva** nem na **subjéctiva do delito**. Assim, por exemplo, "matar alguém" seria a figura regente ou o delito-tipo do homicídio e do infanticídio. Estes seriam tipos de delitos que, decompostos em seus elementos, mostrariam o delito tipo.

5ª Fase - finalismo: tipicidade complexa:

Preceitua Basileu Garcia:

Para Reinhart Maurach, cujo pensamento é análogo ao de numerosos penalistas alemães entre os quais figura Welzel, o tipo é a descrição terminante, a padronização de uma ação antijurídica, o que

²⁵⁵ Ernest von Beling, op. cit., p. 4.

²⁵⁶ Tratado de Derecho Penal, tomo III, p. 756.

exclusivamente ao legislador competente. Desempenhando papel nuclear no direito Penal, separa da conduta punível a impunível e permite distinguir os diferentes delitos.²⁵⁷

Prosseguindo, afirma que para Maurach e os escritores a que se congrega é insuficiente a concepção objetiva do tipo, o qual, ao invés, deve a seu ver abranger também “não só o dolo, como também todas as outras direções da vontade do autor, por exemplo suas intenções, motivos e tendências”, sob pena de não cumprir o tipo a sua função, que é a de dar a “imagem reitora” de um delito e indicar a antijuridicidade. E formula exemplos. Se A subtraiu algo pertencente a B, não se pode só com esse dado concluir que praticou o crime de furto, pois pode tê-la tirado para uso efêmero. Se um homem toca no corpo de mulher menor despida, não estará necessariamente cometendo crime contra os costumes, já que, como médico, pode está-la examinado. Daí surgiu a revisão da doutrina do tipo, consoante o pensamento de Hegler e Mezger, a que Maurach adere, de que grande número de delitos exige na formação do seu tipo os chamados elementos subjetivos do injusto ou tipicidade subjetiva, que se unem à ação objetiva para integrar-se o tipo.

Conclui que essa maneira de ver subordina-se ao conceito finalista de ação, fulcro de pensamento dos mencionados penalistas ao apreciarem a estrutura do delito. Para eles o dolo deixa o âmbito da culpabilidade para perfazer o tipo subjetivo. A culpabilidade tem bases diversificadas das tradicionais. A parte subjetiva do tipo forma o seu componente finalístico, ao passo que a parte objetiva é o seu componente causal, que é dominado e dirigido pelo componente final.²⁵⁸

O tipo, na visão finalista, passa ser uma realidade complexa, formada por uma parte objetiva – **tipo objetivo** – composta pela descrição legal, e outra parte

²⁵⁷ Basileu Garcia, op. cit., p. 214.

²⁵⁸ Ibid., p. 215.

subjetiva – **tipo subjetivo** – constituída pela vontade reitora, com dolo ou culpa, acompanhados de quaisquer outras características subjetivas.

A parte objetiva forma o **componente causal**, e a parte subjetiva o **componente final** que domina e dirige o componente causal.

6ª Fase - tipicidade conglobante:

O juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da **tipicidade conglobante**, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.

Essa teoria surge como uma **crítica** ao finalismo, na parte em que considera ter havido **fato típico**, mesmo numa hipótese que depois se revelou ter se operado dentro de uma das quatro causas de **exclusão da antijuridicidade**. Na verdade, a realização do fato típico foi **permitida** pelo ordenamento jurídico.

De acordo com essa corrente, a tipicidade não se esgota na tipicidade legal, sendo ainda complementada pela antinormatividade. A tipicidade legal seria a mera adequação do fato concreto ao tipo legal, ao passo que a antinormatividade se traduziria na proibição da conduta pelo restante das normas do ordenamento jurídico.

As normas jurídicas, explica Raul Eugenio Zaffaroni, não vivem isoladamente, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente:

A **tipicidade** implica **antinormatividade** (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma **desordem** arbitrária.²⁵⁹

²⁵⁹ Zaffaroni e Pierangeli, op. cit., p. 459.

Flávio Augusto Monteiro de Barros²⁶⁰ identifica e não aceita a distinção que essa corrente faz de tipicidade legal e tipicidade penal. Para ele, tipicidade é a mera adequação do fato concreto ao tipo legal. Indagações acerca da obrigatoriedade, fomentação ou permissão da conduta típica por outras normas do ordenamento jurídico pertencem ao terreno da antijuridicidade. Dessa forma, esclarece:

Segundo os princípios dessa teoria, constatada a adequação do fato concreto ao tipo legal, para que a tipicidade se complete é necessário que o fato não tenha sido ordenado ou incentivado por outras normas jurídicas. Assim, de acordo com essa concepção, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito funcionam como causas de exclusão da tipicidade, pois o direito ordena e fomenta, respectivamente, a sua realização. Já a legítima defesa e o estado de necessidade excluem a antijuridicidade, porque o direito apenas permite, mas não fomenta e muito menos ordena a sua realização.

Não concorda, portanto, com a teoria da tipicidade conglobante, porque não vislumbra razão plausível para se excluir a tipicidade das condutas amparadas pelo exercício regular do direito e pelo estrito cumprimento do dever legal e mantê-las no estado de necessidade e na legítima defesa, tendo em vista que todas essas condutas encontram-se amparadas pelo ordenamento jurídico.

Entende finalmente, esse autor, que a tipicidade conglobante apregoa idéias similares à teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual as causas de justificação funcionam como elementos negativos do tipo legal. Assim, dispõe:

De acordo com essa doutrina, a tipicidade é a *ratio essendi* (razão de ser) da antijuridicidade. Reconhecida a tipicidade, resultará também reconhecida a antijuridicidade. Excluída a tipicidade, resultará também excluída a antijuridicidade. É como se o tipo legal de homicídio expressasse os seguintes dizeres: 'Matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito'. Essa doutrina, que é sustentada por Hellmuth von Weber, procura fundir os conceitos de tipo e ilicitude, representando parcial retrocesso ao período pré-Beling, não oferecendo nenhuma vantagem à sistematização do conceito de crime.²⁶¹

²⁶⁰ Flávio Augusto Monteiro de Barros, **Direito Penal**, Parte Geral, Vol. I, p. 166.

²⁶¹ Ibid., 166.

CAPÍTULO IV - CARACTERÍSTICAS DOS TIPOS PENAIS AMBIENTAIS

Diante da complexidade e variedade dos bens ambientais, e das inúmeras formas em que os mesmos podem ser afetados, além da necessidade de preveni-los, pois na maioria dos casos de danos as conseqüências são irreversíveis, os tipos penais apresentam as seguintes características: tipo aberto, que necessita ser complementado por norma penal em branco ou elementos normativos, maior quantidade de crimes de perigo do que crimes de danos, muitos dos quais de perigo abstrato em virtude da impossibilidade de realização de prova técnica e possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

1. TIPO ABERTO E TIPO DE NORMA PENAL EM BRANCO

Esclarece, Ivete Senise Ferreira, que “a complexidade e a variedade dos bens ambientais” torna às vezes difícil a individualização do objeto a ser protegido, sendo por isso a maioria das normas penais ambientais, compostas por tipos pluriofensivos.²⁶²

Nos dizeres de Paulo José da Costa Júnior:

A diversidade encontrada entre tipos que protegem o mesmo bem jurídico encontra, por seu turno, clara justificativa nas dificuldades de ordem prática que angustiam o legislador, a partir de quando passa ele a regulamentar o problema ecológico. Os termos da questão são conhecidos. Os fatores determinantes da degradação do ambiente em seu complexo e dos bens

²⁶² Alessandra R. M. Prado, *Proteção Penal do Meio Ambiente*, Atlas, 2000, p. 93.

individuais que o integram aumentam, nas sociedades contemporâneas, em proporções vultosas e, com ritmo idêntico diminuem os recursos naturais. Não só. O constante progresso tecnológico acentua ditos elementos, valorizando, qualitativamente, o alcance negativo de seus efeitos.²⁶³

Prossegue Alessandra R. M. Prado, afirmando que:

Aos crimes de dano passou-se a recorrer nos casos não tão graves; quando o evento se anunciar de forte lesividade, deve-se cuidar de crime de perigo por seu efeito preventivo.

Há que se acrescentar que, diante da questão da determinação do tipo, em matéria de agressões ao meio ambiente, é impensável enumerar todos os comportamentos que se devem considerar proibidos, ao mesmo tempo em que não é possível oferecer uma proteção integral, o que gera necessidade de se recorrer a cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. Daí a formulação de “tipos abertos, seja pela amplitude do verbo ou pelo uso de elementos normativos (conceitos indeterminados, remissão a normas extra-penais)”. No caso do crime de dano, acrescentar ao verbo um conceito indeterminado é ampliar demais o âmbito da discricionariedade do juiz, correndo-se o risco da arbitrariedade.²⁶⁴

Na mesma linha de raciocínio, Ivete Senise Ferreira sustenta que “a formulação dos tipos penais ambientais tem apresentado a inclusão de uma *quantidade maior de elementos valorativos do que de elementos descritivos*”, o que tem como consequência, no entender de Paulo José da Costa Júnior acentuar-se a indicação do ‘fim’ perseguido, em detrimento do ‘fato’ proibido’. E mesmo quando os elementos descritivos existem deixam transparecer, segundo ele, elevado grau de indeterminação, porque raramente se referem a elementos naturalísticos, mas sim à descrição de objetos produzidos ou modelados pelas atuais condições de civilização

²⁶³ **Direito Penal Ecológico**, p. 64.

²⁶⁴ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 110.

e cultura (como, por exemplo; as noções de ‘poluição’, ‘degradação’, ‘descarga’, ‘emissões’, que fundamentam várias normas penais ambientais).²⁶⁵

Uma das formas adequadas para enfrentar esse problema, que colide com a clareza e a certeza necessárias à correta tipificação penal, é a utilização pelo próprio legislador, de uma interpretação autêntica da terminologia ou das expressões empregadas, esclarecendo o sentido das palavras mais técnicas, ou daquelas que tem um determinado sentido comum, mas um significado especial no contexto da lei, o que é muito comum em matéria ambiental.²⁶⁶

A proteção do meio ambiente, enquanto bem jurídico autônomo, tem sido suscitada com mais veemência a cada dia, à medida que diversas e graves formas de degradação apresentam-se. “Por se tratar de um bem complexo, formando por vários elementos, o legislador penal elabora normas penais de tipo incompleto, compostas, além dos elementos objetivos, por elementos normativos”, que contêm remissão a outras disposições normativas (leis, regulamentos, portarias), existentes ou futuras, à descrição das circunstâncias elementares do fato; são as denominadas normas penais em branco.²⁶⁷

Também é possível que o tipo descreva a conduta incriminada como uma “infração às prescrições legais”, significando as normas administrativas que regulamentam determinado bem, na técnica usual da norma penal em branco, que pode sancioná-lo de forma mais ampla, e servir de reforço às prescrições a que se refere. Ou então, incrimina-se a inobservância de normas preventivas, já individualizadas, como é o caso das infrações relativas à poluição sonora, que são desrespeitados os limites de sons e ruídos considerados suportáveis sem risco para a saúde, cujos níveis são fixados em ato administrativo para atuação preventiva.

Uma questão de grande relevância na:

²⁶⁵ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 93.

²⁶⁶ Ibid., p. 94.

²⁶⁷ Ibid., p. 92.

(...) estruturação do tipo penal ambiental é o da sua amplitude ou indeterminação da conduta incriminada, caracterizando o chamado *tipo aberto*, que também pode levar à incerteza jurídica, beirando os limites da infringência ao princípio da legalidade.²⁶⁸

Destaca mais uma vez Alessandra R. M. Prado:

O problema da usual objeção a essas normas apresenta-se pelo fato do Direito Penal ter como um dos princípios fundamentais a legalidade que, em sentido material, apresenta como corolário o princípio da taxatividade e, em sentido formal, o princípio da reserva legal. Falta a tal espécie de normas, algumas vezes determinação e clareza, ou então o que determina o conteúdo de um ou mais tipos vincula-se a uma fonte formal hierarquicamente inferior.²⁶⁹

Finalizando, Ivete Senise Ferreira esclarece que, com efeito, inúmeros problemas de interpretação podem ocorrer com relação aos “tipos abertos na área dos crimes omissivos, em que a clareza na indeterminação da conduta se acha prejudicada pela natureza da norma, ficando também afetada a determinação do juízo de antijuridicidade, do qual a tipicidade é um indício”. Por isso devem ser empregados com a devida cautela, construindo-se na lei alguns pontos de apoio que sirvam ao Juiz de critérios para a necessária complementação na verificação da conduta, que é legalmente indeterminada.

Tal se dá também com os crimes comissivos-omissivos, que mais são afetados na determinação legal da punibilidade, segundo Welzel, uma vez que nesses tipos penais abertos somente uma parte da conduta está legalmente descrita, devendo a outra ser construída pelo juiz para a complementação do tipo. Essa é a função da norma prevista no art. 13, parág. 2º, do CP, que determina a relevância da omissão na relação causal pela existência do dever de agir e sua possibilidade de ser exercitado pelo agente, como critérios para a verificação do tipo comissivo por omissão.²⁷⁰

²⁶⁸ Ivete Senise Ferreira, op. cit., p. 94.

²⁶⁹ Ibid., p. 93.

²⁷⁰ Ibid., p. 95.

A esse problema foi sensível Miguel Reale Jr. que se baseando no posicionamento de Welsel acerca dos crimes comissivo-omissivos, declarou:

Se o moderno Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, pretende estender o seu âmbito à defesa dos interesses difusos, consolidando uma solidariedade social por meio de normas pedagógicas, nem por isso se deve recorrer a tipos abertos.²⁷¹

2. USO DE ELEMENTOS NORMATIVOS

Uma vez que as normas penais em branco são constituídas por algum ou alguns elementos valorativos, sua determinação dependerá dos elementos conceituais que são utilizados pelo legislador, decrescendo na seguinte ordem, conforme estudo realizado por Alessandra R. M. Prado, com base em Fernando Mantovani:

- a) **elementos rígidos:** aqueles que exprimem “conceitos precisos e limitados”; que possibilitam um juízo seguro acerca da propriedade ou, ao menos, de uma hipótese concreta do conceito. São subdivididos em: **elementos descritivos:** referem-se imediatamente a uma “realidade natural” e, portanto, podem ser individualizados com segurança (exemplo: madeira, carvão, água, animais, minerais); **elementos normativos jurídicos:** definíveis por outra “norma jurídica”, mas claramente individualizáveis e bem determinados em seu conteúdo.
- b) **elementos elásticos,** que exprimem conceitos que apresentam um “campo de limites imprecisos, compreendendo uma zona intermédia

²⁷¹ Apud Ivete Senise Ferreira, op. cit., p. 95.

nebulosa, e que, portanto, possibilita que a solução seja colocada à apreciação do juiz”. Tal elasticidade, porém, contém, de qualquer maneira, um limite do que pode ser deduzido pela interpretação, sem privar o tipo penal de sua suficiente determinação. Por exemplo:

I - os elementos que exprimem uma realidade quantitativa ou temporal não predeterminada pelo legislador, todavia de uma elasticidade delimitada (a exposição a perigo, o tornar mais grave situação existente, o imediatamente depois);

II – os elementos normativos extrajurídicos, que exprimem dados definíveis com referência a parâmetros de valores não jurídicos (no caso do meio, conceitos técnicos e científicos, tais como exemplos: ‘possibilidade de resultar danos’ – art. 54; ‘risco de dano ambiental grave ou irreversível’ – art. 54, parág. 3º; ‘valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental’ – art. 63 e 64; ‘plantas de ornamentação’ – art. 49; que são individualizáveis e oferecem a qualificação da hipótese concreta;

III – outras vezes, representam um conceito ético, como na Lei 6.453/77, que, no art. 23, diz: ‘Transferir ilicitamente informações sigilosas, concernentes à energia nuclear’, na Lei 9.605/98, que faz referência no art. 54, à ‘destruição significativa da flora’ e art. 68, a ‘deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental’.

c) **elementos vagos ou indeterminados**, que são, sobretudo, normativos, ou melhor, que se fundam em pseudoconceitos de natureza emocional, os quais, não obstante o esforço interpretativo

não permite a identificação do parâmetro vinculativo, que por sua vez se refere a parâmetros extremamente ambíguos, por exemplo, art. 15, lei 6.938/81, ao se exigir que o perigo afetasse à 'incolumidade' humana, vegetal ou animal.²⁷²

3. CRIME DE PERIGO E CRIME DE DANO

Partindo da concepção normativa do evento, ou da concepção mista, considerando a ofensa sofrida pelo bem jurídico tutelado, destaca Alessandra R. M. Prado, classifica-se o crime como:

Crime de dano, quando o tipo prevê o dano ao bem jurídico tutelado, ou seja, quando o bem jurídico é destruído ou diminuído – há lesão efetiva, por exemplo: art 33, caput, 38, 39, 40 ('causar poluição (...) em níveis tais que resultem (...) em danos à saúde humana'), 62, 65, da Lei 9.605/98; e crime de perigo, quando o bem tutelado é exposto a perigo de um dano – há lesão potencial, ou seja, quando o bem jurídico é ameaçado de dano, por exemplo: arts. 54, caput ('possam resultar') e parág. 3º, 56 e 61, da Lei 9.605/98.²⁷³

Por sua vez, considera Paulo José da Costa Júnior:

Nos crimes ecológicos, a construção da lesão-tipo dos bens jurídicos em questão aproxima-se muito mais da fronteira do 'perigo' do que daquela do 'dano'. Isto pela dificuldade prática em averiguar o nexos causal que coliga determinado dano ecológico à conduta, ou então a impossibilidade de calcular com exatidão a relevância causal apresentada por múltiplos agentes poluentes na lesão ambiental. Assim, as hipóteses de crimes de dano não são frequentes.²⁷⁴

Mais à frente, acrescenta:

²⁷² Ivete Senise Ferreira, op. cit., p. 93-94.
²⁷³ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 109.
²⁷⁴ Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 72.

O crime ecológico é de dano, sempre que a tutela emprestada ao bem natural considere o momento em que se verificam os efeitos da inquinação. Como o dano constitui uma alteração da situação preexistente em razão da ação de determinado sujeito, o crime haverá de comportar a valoração da lesão efetiva de um bem ambiental. Hipótese de crimes de dano, nesse campo, porém, não são freqüentes, porque, na prática, são de difícil aplicação.²⁷⁵

Complementa Ivete Senise Ferreira com a seguinte afirmação:

Acrescente-se, ainda, que na formulação dos tipos penais não pode o legislador perder a perspectiva eminentemente preventiva que embasa todo o Direito do Ambiente.

Para Édis Milaré, é por isso que justifica a tendência da moderna ciência penal em conceber o “crime ecológico, cada vez mais, como crime de perigo”. Este, na lição de Paulo José da Costa Júnior, se verifica “sempre que a lei transfira o momento consumativo do crime da ‘lesão’ para aquele da ‘ameaça’, aperfeiçoando-se o crime no instante em que o bem tutelado encontra-se numa condição objetiva de possível ou provável lesão”. Obtém-se dessa forma a confortadora perspectiva de avançar a fronteira protetora de bens e valores, merecedores de especial tutela. De um ponto de vista político criminal, portanto, o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando em demasia as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de refrear certas atividades perigosas, tidas como condições essenciais do desenvolvimento que se processa. Em tal contexto, torna-se evidente que uma “técnica normativa assentada na incriminação do perigo é a mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico”.²⁷⁶

Arremata, Paulo José da Costa Jr., afirmando:

²⁷⁵ Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 73.

²⁷⁶ Ibid., p. 352.

Muitos dos tipos dos crimes ecológicos, assumem a característica de crime-obstáculo, ou seja, aquela espécie de ilícito penal que se constrói em derredor de uma conduta finalisticamente orientada à prática de outro crime mais grave. A previsão e a utilidade de ditas incriminações justificam-se pelo fato de que a conduta – seja ela ‘detenção ou depósito’, ‘introdução no território’, ou ‘produção para o comércio’ – reflete em si mesma uma projeção teleológica objetiva, realizando no futuro ações concretamente perigosas aos interesses ambientais tutelados pela norma.²⁷⁷

A lei ambiental apresenta tanto tipos de crimes de perigo concreto²⁷⁸ como de perigo abstrato²⁷⁹.

Luiz Regis Prado diferencia os dois, da seguinte forma:

Os delitos de perigo podem ser: delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. O primeiro é aquele no qual a exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de sorte que o direito só se consuma com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico. Já no segundo, o delito de perigo abstrato – o perigo constitui unicamente uma *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. Entretanto, o perigo não aparece como elemento do tipo objetivo, e o delito se consuma mesmo não tendo se verificado qualquer perigo para o bem tutelado, bastando a simples comprovação de uma atividade finalística.²⁸⁰

São delitos de “perigo concreto aqueles cuja exposição do bem jurídico ao perigo está descrita no tipo; para sua consumação deve ocorrer concretamente o perigo”. O perigo, portanto, é elemento normativo do tipo; sua verificação necessita ser comprovada, como por exemplo: art. 54, caput - ‘possam resultar em danos à

²⁷⁷ Paulo José da Costa Jr., op. cit., p. 80.

²⁷⁸ De acordo com Eberharde Struensee, “*Problemas capitales del derecho penal moderno – Exposición y Abandono de Personal Los Delitos de Tenencia*, Günter Jakobs e Eberhard Struensee, tradução de Jose Luis Depalma/Editor, Bueno Aires, 1998, p. 82: “Se trata de delitos de peligro concreto, cuando la ley exige que en el caso individual, un bien jurídico entre en peligro efectivamente. Estos delitos se reconocen en razón de que o bien la ley exige textualmente la producción de un peligro para el objeto del hecho – así, p. ej, el parág. 315 StGB (direção perigosa no trânsito da via pública).”

²⁷⁹ Ibid. p. 83: “Delitos de puesta en peligro abstracto son aquellos en los cuales la ley conmina con pena acciones que fundamentan de modo característico el peligro para un bien jurídico. En el caso particular, empero, no hace falta que un bien jurídico entre en la esfera de alcance de la acción peligrosa. Un ejemplo de esta categoría de delitos, que, entretanto, se há vuelto clásico, está configurado por el tipo de ‘ebriedad en el tránsito’, del parág. 316. StGB”.

²⁸⁰ Luiz Regis Prado, *Direito Penal Ambiental, Problemas Fundamentais*, p. 73.

saúde humana'; e 61 – 'possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas'.²⁸¹

Esclarece, ainda, Alessandra R. M. Prado, que em relação à tutela do meio ambiente, o crime de perigo concreto é representado em normas penais que descrevem a "conduta de maneira genérica, ou, até mesmo, vaga, pela dificuldade de estabelecer com precisão as características e os limites da tutela, gerando problemas". O mais complexo diz respeito ao nexa causal, que liga a conduta tipificada ao evento, diante da dificuldade da prova do perigo.

Para fundamentar o que disse acima, cita Paulo José da Costa Júnior, quando faz a seguinte observação:

Volver às regras da 'conditio sine qua non', para permitir ao juiz uma apreciação real de todos os fatores causais que contribuem para criar a situação de perigo, em tipos como os que descrevem a ameaça a um bem coletivo, cujo âmbito de tutela não é definido com precisão, o estratagema proposto revela-se vão. Sempre que o evento for fixado em termos de marcante indeterminação, resta condenada ao insucesso qualquer de precisar o nexa, que o vincula ao comportamento incriminado. É preciso atentar para o fato do tipo penal não ser tão amplo ou conter elementos normativos, para evitar que o intérprete reste compelido a ocupar-se mais da periculosidade da conduta, que da ameaça efetiva ao bem tutelado.²⁸²

Prosseguindo, afirma que são delitos de perigo abstrato aqueles em que o tipo descreve não a exposição ao perigo, mas uma ação que representa perigo ao bem jurídico; para sua consumação, basta a verificação da ação. O perigo não é elemento normativo do tipo. A ação em si é considerada perigosa. São exemplos de delitos de perigo abstrato da lei 9.608/98, os arts. 31, 33, parág. único, II e III; 42, 51, 52, 55, 56 e 60.²⁸³

²⁸¹ Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 117.

²⁸² Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 118.

²⁸³ *Ibid.*, p. 117.

Questão interessante também levantada por essa autora, é que nos crimes de “perigo abstrato, a culpabilidade é presumida, como nos crimes culposos”; o sujeito podia ou devia agir de determinada forma, cumprindo determinado requisito (exigência legal para aplicar agrotóxico, por exemplo) e, desde o momento em que não observa a condição imposta, assume o risco de produzir o resultado. E, aqui, não se pretende fazer desaparecer a “vontade do indivíduo, mas fazer prevalecer os valores da sociedade, pois o desvalor da omissão que põe em perigo a vida, a saúde, ou o próprio meio ambiente deve ser averiguado, levando-se em conta a relevância que tem, para a comunidade, o perigo a que foi exposta”.²⁸⁴

Citando Rodrigues Arias, esclarece que recorre-se, no caso, à “presunção do perigo, facilitando a condenação do infrator, evitando maiores danos ao meio ambiente”. Eis a diferença entre o perigo concreto e o perigo abstrato; enquanto no primeiro caso o juiz terá que se valer das ‘regras comuns de experiência para valorar se concorreu a relevante probabilidade de um dano’, no segundo, ‘é a lei, através de uma descrição direta e taxativa, que tipifica as formas de comportamento ou os eventos que são normalmente perigosos’.²⁸⁵

E especifica as vantagens da previsão de crime de perigo abstrato que esse autor enumera:

1 – “Tal forma de delito reduz a margem de arbitrariedade judicial no momento de valorar a existência do perigo, por descrever diretamente quais os comportamentos proibidos, enquanto o delito de perigo concreto acentua o grau de indeterminação do tipo penal; 2 – o crime de perigo abstrato possibilita que o legislador descreva os comportamentos que entende perigosos, inclusive com a ajuda de um especialista, facilitando o trabalho do juiz na aplicação da norma penal – no caso de perigo concreto, ‘frente a atividades tecnológicas que requeiram conhecimentos especiais próprios de

²⁸⁴ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 121.

²⁸⁵ Ibid., p. 120.

um experto, estes podem falar ao juiz'; 3 – as normas que se referem ao perigo abstrato oferecem maior determinação do que as relativas ao perigo concreto pois 'se elimina o fator azar no nascimento da responsabilidade penal'.²⁸⁶

Entretanto, segundo a mesma fonte, afirma que a doutrina italiana é majoritária ao justificar a utilização do perigo abstrato, desde que se considere que o perigo concreto é elemento do tipo e o perigo abstrato é 'razão para a incriminação' de um fato; e entenda-se que sua utilização é feita enquanto técnica legislativa para tutela de interesses transindividuais, sendo imprescindível a verificação da 'perigosidade geral da conduta', ou seja, deve restar 'excluída a possibilidade de castigar ações absolutamente inidôneas, e isso ocorre quando nenhum objeto ou pessoa possa ser, absolutamente, posto em perigo'.²⁸⁷

No mesmo sentido, é a posição de Luiz Regis Prado, ao observar que não tem qualquer sentido punir uma "conduta cuja relevância penal provém da perigosidade que nela se supõe presente, quando tal perigosidade aparece como inexistente desde o começo". Afirma-se, ainda, que nos delitos de perigo abstrato dá-se uma presunção '*iuris tantum*' e não '*iuris et de iure*' da existência do perigo.²⁸⁸

Finalizando, afirma:

Tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, que ao contrário das de perigo concreto ou de lesão, têm irrefragável influência na aplicação da matéria. Com efeito, elide-se, destarte, o supracitado problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no 'indubio pro reo', com reflexos na eficácia da lei penal.²⁸⁹

²⁸⁶ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 127.

²⁸⁷ Ibid., p. 122.

²⁸⁸ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 77.

²⁸⁹ Ibid., p. 75.

Essa é mesma posição de Paulo José da Costa Júnior, ao defender que a técnica normativa mais apropriada para enfrentar as ameaças ao meio ambiente é aquela centrada na incriminação do perigo, e justifica que assim:

Permite-se realizar conjuntamente prevenção e repressão, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando sensivelmente as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de refrear certas atividades perigosas, tidas como essenciais ao desenvolvimento.²⁹⁰

4. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

De acordo com José Henrique Pierangeli²⁹¹ “a possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito ativo no campo penal tem suscitado, ao longo de todo o século XX, inúmeros e acirrados debates”. Basicamente, duas correntes antagônicas, e uma terceira via em formação, debatem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Nos países filiados ao sistema “romano-germânico”, que representam a esmagadora maioria, vige o princípio “*societas delinquere non potest*”, segundo o qual, é inadmissível a “punibilidade penal dos entes coletivos, aplicando-se-lhes somente a punibilidade administrativa ou civil”. De outro lado, nos países “anglo-saxões” e naqueles que receberam suas influências, vige o princípio da “common law”, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica”.

É bem verdade que esta orientação começa a conquistar espaço entre os países que adotam o sistema romano-germânico, como, por exemplo, a Holanda e,

²⁹⁰ Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 245.

²⁹¹ Artigo publicado pelo Centro de Estudos Tributários e Empresariais, em 26/05/2000, site <http://www.concursosjuridicos.com.br/cete/artigo1.html>.

mais recentemente a França e a Dinamarca. Essa tendência se fortaleceu depois da Primeira Guerra Mundial por duas razões: o Estado passou a ser mais intervencionista, regulando a produção e distribuição de vários produtos e serviços; “as empresas passaram a ser, em face do seu poderio resultante da formação de monopólios e oligopólios, as principais violadoras das normas estatais”.

Uma terceira posição, hoje dominante na Alemanha e em outros países, adota posicionamento intermediário. “Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo ou contravenção à ordem”. Estas se constituem em infrações de menor gravidade. “Sua sanção não é uma multa penal (Geldstrafe), mas sim uma multa administrativa (Geldbusse)”; por essa via são punidas as infrações econômicas. Nestes casos não se indaga sobre a culpabilidade das empresas, utiliza-se, ao revés, de uma punição com um espírito mais pragmático.

Em 1988 a legislação brasileira passou por um período de transição constitucional inovando sob muitos aspectos, dentre eles pela incorporação das normas insertas nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, que para alguns juristas representou a consagração da responsabilidade da empresa em nosso ordenamento jurídico, inclusive com fundamento constitucional.

Para uma grande parte da doutrina, entretanto, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica encarta uma série de obstáculos. Estes repousam, essencialmente, nos textos constitucionais e legais, bem como nos princípios da culpabilidade e individualização da pena.

4.1. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Segundo ainda José Henrique Pierangeli²⁹² a “principal discussão, na atualidade, situa-se no fato de se a pessoa jurídica, fruto de criação do ser humano, pode ou não delinquir”. Não obstante existam algumas discrepâncias, essas discussões podem ser elencadas dentro de duas teorias, ou grupo, tal como ocorria já no início deste século: teorias da ficção e da realidade.

A primeira teoria, que tem suas raízes no direito romano, adotou o princípio individualístico, consubstanciado na expressão largamente divulgada “*societas deliquere non potest*”. Este posicionamento, após estudos desenvolvidos no período medieval, dentre eles os realizados pelo pós-glosador Bártolo, foi ganhar contornos praticamente definitivos com a genialidade de Savigny em 1840, e ainda hoje, como observa Fernando Mantovani, é o sistema jurídico predominante na Europa continental, tido como apto para enfrentar a criminalidade societária.

Nos termos postos por esta teoria só o ser humano pode delinquir, posto que somente ele é dotado de vontade e de capacidade para dirigir essa vontade no mundo exterior, ou, como salta do princípio jusnaturalístico, em todo direito subjetivo existe a causa da liberdade moral, que se encontra ínsita em cada homem. Portanto, como pôs a calvo o próprio Savigny, só o homem, individualmente considerado, é dotado pela natureza de capacidade para ser sujeito de direitos e de personalidade.

A outra teoria, a qual encontra suas raízes na genialidade germânica, foi trazida até nós principalmente por Gierke e por seu divulgador maior, o francês Aquiles Mestre.

²⁹² Artigo citado.

O labor de Mestre, cuja tradução para o espanhol foi feita em 1930 por Quintiliano Saldaña, ingressou na doutrina latino-americana, preponderando nos países anglo-saxões a responsabilidade penal dessas entidades, e mui especialmente das sociedades com fim lucrativo, que ganhou mais realce com Model Penal Code de 1962 e com o Proposed Criminal Code Refrom Act, de 1981 nos Estados Unidos da América.

Para esta teoria, denominada da realidade ou organicista, a pessoa jurídica é um ser real, cuja vontade não é a somatória das vontades de seus associados ou de seus diretores e administradores. Em verdade, possui uma vontade própria, que segundo Aquiles Mestre, “atua sobre as coisas e vai constituir o poder do grupo, poder que o Estado, às vezes, vem limitar e sancionar em nome do direito, com o reconhecimento da personalidade do grupo”.

O objetivo destas teorias é afirmar e demonstrar a real existência de um ente coletivo, embora não signifique o reconhecimento de um grupamento com existência exatamente igual a uma pessoa física. “Conceberam-se cinco razões que vieram lastrear a existência das pessoas jurídicas. São elas: biológica, fisiológica, sociológica, institucional e técnica”.

Para a primeira concepção, estabeleceu-se a idéia de que não é somente o homem o sujeito de direito. A pessoa jurídica forma uma realidade natural, resultante da existência de vários membros. Como uma pessoa física, a “coletividade possui um conjunto de órgãos, cada qual com uma função própria, e, embora não sejam constituídas dos mesmos órgãos dos seres humanos, alguns de seus membros - pessoas físicas e independentes - representam seus órgãos”.²⁹³

Para Fausto Martin de Sanctis:

(...) a comparação entre o grupamento e o corpo humano careceu de suficientes elementos a justificar o fenômeno da pessoa jurídica. Ao

²⁹³ José Henrique Pierangeli, artigo acima citado.

contrário dos seres humanos, os órgãos que integram as pessoas jurídicas possuem vida distinta, socialmente reconhecida.²⁹⁴

Para a teoria fisiológica os indivíduos, ao se associarem, criam um novo ser, real e vivo, resultado da reunião de vários elementos, os quais resultam na formação de uma vontade una.

Os defensores da teoria sociológica, por sua vez, justificam a existência da personalidade jurídica das pessoas coletivas, tendo em vista sua existência objetiva. O grupamento possui suas bases a partir de sua origem e se revela, com isso, capaz de ter direitos e contrair obrigações. A noção de responsabilidade jurídica, para eles, repousa numa realidade social.

Já a teoria da instituição, desenvolvida por Harriou - uma das mais aceitas por nossos juristas, dentre eles a Professora Maria Helena Diniz, defende que:

A personalidade jurídica constitui um atributo que a ordem jurídica estatal confere a entes que o merecem. Esta teoria desconsidera, contudo, o fato de que as pessoas de direito público ou os grupos naturais não se forma da vontade pura do grupamento, e a teoria da instituição faz da vontade geral a base da personalidade jurídica.²⁹⁵

Por fim, a concepção da realidade técnica, que também conta com vários seguidores no Brasil, sublinha que a idéia da vontade comum não se coloca no plano filosófico, mas, simplesmente, no plano jurídico. Afirma, ainda, Fausto Martin de Sanctis²⁹⁶, citando Jellinek e Richier:

(...) que os atos que emprestamos aos grupamentos são, em realidade, os atos de vontade dos indivíduos e juridicamente os atos de vontade da coletividade. Uma pessoa jurídica pode adquirir a sua personalidade quando seus interesses distintos são assumidos pela organização, de molde a possibilitar a formação de uma vontade coletiva.

²⁹⁴ Responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 9.

²⁹⁵ Idem, p. 10.

²⁹⁶ Idem, mesma página.

4.2. POSIÇÃO DOS AUTORES FAVORÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Defende José Henrique Pierangeli a responsabilização penal das pessoas jurídicas, argumentando “se de um lado se tem por assente a responsabilidade pessoal na teoria da ficção, por outro, fixa-se a responsabilidade social para a da pessoa jurídica”. A questão da possibilidade ou não de “conduta por parte dos entes, continua a ser questão candente na doutrina, mas não mais se a tem na qualidade de obstáculo intransponível como nas décadas anteriores, pois, com uma certa ousadia, pode-se romper com os preconceitos da ordem dogmática e optar-se por soluções que os novos tempos estão a reclamar”. Também já não se há de falar em “dificuldades para se efetivar a punição da pessoa jurídica”, posto que além da multa, espécie de sanção penal que se tem como de uso prioritário, o direito penal moderno possui uma gama de penas que podem ser utilizadas.

Hodiernamente pode-se afirmar, com absoluta segurança, “ser a responsabilidade ou irresponsabilidade das pessoas jurídicas, mais do que um problema ontológico ou dogmático, sendo mesmo uma questão de sistema político-econômico e de prática utilidade e eficiência”. O sistema da responsabilidade individual se amolda aos postulados da dogmática tradicional, e, portanto, entre nós, no sistema do Código Penal, toda a legislação em que se adote a responsabilidade penal da pessoa coletiva deve ser realizada em legislações esparsas, ou seja, legislação penal especial, cuja elaboração reclama extrema prudência. Deve-se ter por presente, que mesmo a “responsabilidade social é uma concepção bastante complexa”, cujos componentes, atribuição e a exigibilidade registram tanto situações de fato, com ingredientes de valoração, como bem o diz David Baigún.

Citando o autor lusitano Manuel Antônio Lopes Rocha, que assim conclui:

E é um facto que, sobretudo nos últimos anos, a ortodoxia clássica sofreu violentos assaltos e são cada vez mais numerosos os juristas que consideram desejável a consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas, pelo menos em matéria de infracções às normas de direito económico, do direito social e da legislação protectora do ambiente.

E percorrendo esta mesma senda, cita ainda o Desembargador Eládio Lecy, que assim escreveu:

As infracções contra as relações de consumo, assim como as demais de Direito Económico (como os delitos ambientais), são infracções de massa, contra a coletividade, atentando contra interesses coletivos e difusos, e não só contra bens individuais como a saúde e a vida das pessoas.

Conclui que “a pluriofensividade das condutas contra o meio ambiente atentam contra bens jurídicos ultra-geracionais, o que obriga ao rompimento com princípios e regras assentes no direito penal liberal”. Também deve ser lembrado que tais providências só devem ser feitas através de leis penais extravagantes, pois, para nós, torna-se impossível tê-las dentro de um código penal vinculado ao princípio da responsabilidade penal individual, como exsurge de quase todas as constituições do mundo. Nossa Carta Magna, no mesmo rumo, afora as ressalvas ainda por análise nestas linhas, fixa-se também da responsabilidade penal individual.²⁹⁷

²⁹⁷ Artigo já citado.

4.3. INCOMPATIBILIDADES DOGMÁTICAS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA FRENTE À TEORIA DO DELITO – POSIÇÃO DE OUTROS AUTORES.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, do ponto de vista dogmático, apresenta, *prima facie*, inúmeros problemas, dentre os quais pode-se destacar, a falta de capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal, a incapacidade de culpabilidade e o princípio da personalidade da pena.

Francisco de Assis Toledo²⁹⁸ analisa alguns enfoques daquelas questões consideradas fundamentais no presente contexto, da seguinte forma:

A) A incapacidade de ação

O Direito penal contemporâneo estabelece que o único sujeito com capacidade de ação é o indivíduo. Pode-se dizer "que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto, só eles podem cometer crimes".

A ação, como primeiro elemento estrutural do crime, é o comportamento voluntário conscientemente dirigido a um fim. Compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e do movimento corporal dirigido a um fim proposto.

Cezar Roberto Bitencourt, em trabalho sobre o tema, lança a seguinte indagação:

²⁹⁸ **Princípios básicos de Direito Penal**, p. 91.

Como sustentar-se que a pessoa jurídica, um ente abstrato, uma ficção normativa, destituída de sentidos e impulsos possa ter vontade e consciência? Como poderia uma abstração jurídica ter 'representação' ou 'antecipação mental' das conseqüências de sua 'ação'?

E arremata:

(...) a conduta (ação ou omissão) é produto exclusivo do homem. Juarez Tavares, seguindo essa linha, afirma que 'a vontade eleva-se, pois, à condição de espinha dorsal da ação. Sem vontade não há ação, pois o homem não é capaz de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação. René Ariel Dotti destaca, com muita propriedade, que 'o conceito de ação como atividade humana conscientemente dirigida a um fim vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina brasileira, o que implica no poder de decisão pessoal entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais'. Com efeito, a capacidade de ação e de culpabilidade exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.²⁹⁹

Assim, ressalta a evidência de que a pessoa coletiva não possui consciência e vontade – em sentido psicológico – exclusivos da pessoa física. Isto vale dizer: não é capaz de ser sujeito ativo do delito, pois sem estes dois elementos – consciência e vontade – é impossível falar-se, tecnicamente, em ação, que é o primeiro elemento estrutural do crime, ao menos, que se pretenda destruir o Direito Penal e partir, assumidamente, para a responsabilidade objetiva.

B) A incapacidade de culpabilidade

Prossegue Francisco de Assis Toledo, destacando que "com a adoção da teoria normativa pura, operou-se a exclusão do dolo e da culpa da culpabilidade, sua posição original, para ingressar na tipicidade". O princípio da culpabilidade

²⁹⁹ Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 60.

passou-se, desde então, a ser examinado em dois níveis: um na tipicidade e outro na culpabilidade.

Em nível de tipicidade, o princípio significa, nos dias atuais, que não existe conduta típica sem que se apresente o dolo, ou, ao menos, a culpa. Como vimos anteriormente, o resultado decorrente da conduta deve ingressar na vontade realizadora do agente para que seja penalmente relevante.

Tratando-se de culpabilidade, o princípio enuncia:

(...) a impossibilidade de ser irrogada uma pena ao agente se não estão presentes seus três elementos constitutivos, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, posto que *nullum crimen nulla poena sine culpabilidade*.

A culpabilidade – como fundamento e limite da pena – é a reprovabilidade do fato antijurídico individual. “Como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico, somente pode ser endereçada a uma pessoa humana (culpabilidade de vontade)”. A imputabilidade – um dos elementos da culpabilidade – “é a aptidão para ser culpável, é a capacidade de culpabilidade”.³⁰⁰

Intervem Cezar Roberto Bitencourt:

Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a culpabilidade, segundo o Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquica. Maturidade e alterações psíquicas são atributos exclusivos da pessoa natural e, por consequência, impossível de serem trasladados para a pessoa fictícia. Enfim, a pessoa jurídica carece de maturidade e higidez mental, logo, é inimputável.³⁰¹

Quanto ao segundo elemento da culpabilidade, não se pode exigir, por óbvio, que uma empresa possa formar a “consciência da ilicitude” da atividade desenvolvida através de seus diretores ou prepostos. Escapa a moderna teoria do

³⁰⁰ Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 92.

³⁰¹ Ibid., p. 63.

delito, conseqüentemente, um juízo de reprovabilidade em razão da conduta da referida empresa que, por exemplo, contrarie a ordem jurídica.

Por fim, o terceiro elemento da culpabilidade – exigibilidade de conduta diversa ou de obediência ao direito - embora, em tese, possa ser exigido da pessoa jurídica, esbarra no caráter seqüencial desses elementos, posto que a exigibilidade de conduta diversa pressupõe tratar-se de agente imputável e de estar configurada a potencial consciência de ilicitude, impossível no caso do ente coletivo.

Demonstramos, portanto, a incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica, haja vista que a noção aceita é a da culpabilidade pelo fato individual, atribuída somente ao ser humano, importando num chamado Direito Penal do fato ou da culpa, evitando-se a chamada responsabilidade objetiva ou pelo evento.

C) Princípio da personalidade da pena

Destaca ainda Francisco de Assis Toledo, que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLX, dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, consagrando o princípio da personalidade da pena e, como corolário lógico, o princípio da individualização da mesma. Os citados princípios determinam que a sanção penal recaia exclusivamente sobre os autores materiais do delito.

A condenação do ente coletivo pressupõe a penalização de todos os membros da corporação, autores materiais do delito e membros inocentes do grupo jurídico, representando, pois, uma flagrante violação aos princípios da personalidade e da individualização da pena.³⁰²

Na verdade, o importante é a punição efetiva das pessoas naturais que se escondem através das pessoas coletivas e se utilizam de seu poder como instrumento para a prática delitiva. Já dizia Manoel Pedro Pimentel:

³⁰² Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 93.

(...) raramente a pessoa jurídica tem um único responsável pela sua administração. E aquelas que se organizam para a prática do delito econômico obviamente nunca têm um só. Assim, a responsabilidade pela conduta da pessoa jurídica deve se projetar sobre as pessoas físicas que compõe seus órgãos de administração.³⁰³

Além do que, as idéias de retribuição, intimidação e reeducação – referentes à pena – não teriam sentido em relação às pessoas morais, bem como os fins de prevenção especial, por ser a empresa incapaz de sentir tais efeitos.

Como afirmou Francisco Muñoz Conde:

(...) a pena não pode ser dirigida, em sentido estrito, às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás delas se encontram, porque conceitualmente implica uma ameaça psicológica de imposição de um mal para o caso de quem delinqüe e não se pode imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma.³⁰⁴

4.4. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Existe muita controvérsia na doutrina nacional sobre a questão no âmbito constitucional. Alguns entendem que continua em vigor o princípio *societas delinquere non potest*, não revogado, mas ratificado pela Carta de 1988. Outros, ao contrário, sustentam que efetivamente a mais recente Constituição brasileira desejou inovar e se adequar à tendência universal no sentido de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

A Constituição de 1988, sobre o tema, declara:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições

³⁰³ Apud Prado, Luiz Régis, op. cit., p. 146.

³⁰⁴ Apud idem, p. 145.

compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (art. 173, § 5º).

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º).

José Henrique Pierangeli ressalta que o principal questionamento se funda em "saber se a Constituição de 1988 consagrou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas". A questão tem merecido a atenção dos exegetas e apresenta um placar praticamente empatado.

No tanto quanto nos interessa, temos os artigos 173, parágrafo 5º e 225, parágrafo 3º, os quais dispõem acerca dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira, e contra a economia popular, em relação às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Tais condutas e atividades, quando "lesivas ao meio ambiente, sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à sanções penais e administrativas", independentemente da obrigação de reparação dos danos causados.

Neste aspecto "surge dúvida no sentido de saber se as sanções para pessoas físicas e jurídicas sejam diversificadas, porém, pretendesse o constituinte assim dispor, teria empregado apenas e tão somente e expressão respectivamente". Não o fez, e, portanto, possibilitou a duplicidade de interpretações, as quais, agora, com o advento da Lei 9.605/98 perdem a importância, tornando-se questões bizantinas, pois, o legislador ordinário, optou pela responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais.

Em verdade, ao fixar a "responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime praticado contra o meio ambiente", o legislador ordinário atendeu às

Recomendações do 15º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, de 4 a 10 de setembro de 1994. Acresce salientar, ter o legislador brasileiro optado pelo sistema de RESPONSABILIDADE PENAL CUMULATIVA, isto é, a responsabilidade do ser coletivo não exclui a de seus diretores e administradores, tal como previsto em lei ou em estatuto. Dessa maneira, não descarta a lei da conexão entre os atos praticados pela pessoa jurídica e as vantagens ou proveitos que deles podem decorrer para as pessoas físicas supramencionadas.³⁰⁵

Como adeptos ainda da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, podemos citar: Paulo Affonso Leme Machado, Gilberto Passos de Freitas, Ivette Senise Ferreira, Sérgio Salomão Shecaira, Antônio Evaristo de Moraes Filho, Fausto Martin de Sanctis, Walter Claudius Rothenburg³⁰⁶, dentre outros ilustres autores.

Fausto Martin de Sanctis, ao defender seu ponto de vista, expõe que:

O legislador constitucional, atento às novas e complexas formas de manifestações sociais, mormente no que toca à criminalidade praticada sob o escudo das pessoas jurídicas, foi ao encontro da tendência universal de responsabilização criminal. Previu, nos dispositivos citados, a responsabilidade penal dos entes coletivos nos delitos praticados contra ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente.³⁰⁷

Gilberto Passos de Freitas, ao comentar o art. 225, § 3º, afirma:

Diante desse dispositivo, tem-se que não há mais o que se discutir a respeito da viabilidade de tal responsabilização. No dizer da Professora Ivette Senise Ferreira, 'designando como infratores ecológicos as pessoas físicas ou jurídicas o legislador,... abriu caminho para um novo

³⁰⁵ Artigo já citado.

³⁰⁶ **A pessoa jurídica criminosa**, Revista dos Tribunais nº 717, p. 362.

³⁰⁷ Fausto Martin de Sanctis, op. cit., p. 64.

posicionamento do direito penal do futuro, com a abolição do princípio ora vigente o qual *societas delinquere non potest*.³⁰⁸

Além dos penalistas, grande parte dos constitucionalistas, também, reconhece a responsabilidade da empresa na Carta Política de 1988.

José Afonso da Silva defende que o disposto no art. 173, § 5º, prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independentemente de seus dirigentes, sujeitando-os às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, tendo como um dos seus princípios a defesa do meio ambiente.

Tanto para o citado autor, como para Sérgio Salomão Shecaira³⁰⁹, os dois dispositivos da Carta Magna, invocados no início deste capítulo, têm entre si uma articulação orgânica, que impedem possam ser examinados separadamente, por estarem no âmbito do mesmo contexto.

Diversa não é a opinião de Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins e Pinto Ferreira³¹⁰.

De outro lado, como adeptos da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, temos: René Ariel Dotti³¹¹, Luiz Vicente Cernicchiaro³¹², Cezar Roberto

³⁰⁸ Gilberto Passos de Freitas. **A tutela penal do meio ambiente, in Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 314 *apud* Sérgio Salomão Shecaira, op. cit., p. 116.

³⁰⁹ Sérgio Salomão Shecaira, op. cit., p. 115

³¹⁰ *Ibidem*, p. 115.

³¹¹ **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, nº 11, p. 187-190.

³¹² Boletim do IBCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminas nº 65.

Bitencourt³¹³, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira³¹⁴, Luiz Regis Prado³¹⁵, José Carlos de Oliveira Robaldo³¹⁶, William Terra de Oliveira³¹⁷, dentre vários.

Para eles, a Constituição de forma alguma consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os argumentos são vários, oscilando da interpretação literal do texto constitucional à de ordem teleológico-sistemática.

Luiz Regis Prado³¹⁸, ao analisar o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, aduz que o dispositivo em tela refere-se, claramente, a *conduta/atividade*, e, em seqüência, a *pessoas físicas ou jurídicas*. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada. E, continua, afirmando que:

(...) nada obstante, mesmo que – *ad argumentandum* – o dizer constitucional fosse em outro sentido – numa interpretação gramatical (a menos recomendada) diversa -, não poderia ser aceito. Não há dúvida que a idéia deve prevalecer sobre o invólucro verbal.

Para José Carlos de Oliveira Robaldo³¹⁹, a responsabilidade penal das pessoas coletivas peca por dois motivos: primeiro porque fere o Direito Penal mínimo, posto que está se atribuindo ao Direito Penal uma tarefa que não é sua; segundo porque o Direito Penal se fundamenta na culpabilidade, cuja conduta, pedra angular da teoria geral do delito, somente é atribuível ao homem.

Luiz Vicente Cernicchiaro³²⁰, por seu turno, entende que os arts. 173, § 5º e 225, § 3º, devem ser interpretados teleologicamente e considerados dentre de

³¹³ Luiz Flávio Gomes. **Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 51-71.

³¹⁴ Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 11, p. 97-98.

³¹⁵ Curso de direito penal brasileiro, parte geral, p. 142-151.

³¹⁶ Luiz Flávio Gomes. **A responsabilidade da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história**, p. 95-103.

³¹⁷ Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistemas de imputação, in Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 160-173.

³¹⁸ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 147.

³¹⁹ José Carlos de Oliveira Robaldo, op. cit., p. 100.

³²⁰ Boletim do IBCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 65.

um contexto sistêmico maior, sob pena de se perder a congruência e visão de conjunto em relação a outros dispositivos constitucionais. Para ele, ao menos dois princípios básicos do direito penal, insertos na Constituição, seriam atingidos se houvesse a responsabilidade penal da empresa, quais sejam, o princípio da culpabilidade e o da responsabilidade pessoal;

(...) haveria, pois, ofensa à idéia de que sem culpabilidade não existe pena, dogma de segurança individual, garantido pelo sistema penal brasileiro e haurido do Iluminismo; além disso, a pena passaria da pessoa do condenado, atingindo terceiros que não houvessem praticado qualquer conduta delituosa, ou que nem mesmo tivesse dado alguma contribuição nesse sentido.

Assim sendo, o seu pensamento é que uma sociedade comercial e um homem são entes distintos em sua estrutura, haja vista que a conduta humana não tem seu equivalente no ato jurídico da pessoa jurídica, sendo a imputabilidade jurídico-penal uma qualidade inerente aos seres humanos.

A capacidade de ação, de culpabilidade e de pena, que analisados, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, inexistente na pessoa jurídica, mero ente ao qual o direito atribui capacidade para outros fins distintos dos penais. Além do mais, a pessoa jurídica não é intimidável pela certeza da aplicação de penas, e não pode ser ressocializada através da sanção.

Reforçando a tese que a Carta Magna de 1988 não adotou o princípio *societas delinquere potest*, pode ser encontrado nos Comentários à Constituição, na questão criminal dos grupamentos, a revelação de Antônio Evaristo Filho³²¹ que, ao proceder uma pesquisa sobre a origem do dispositivo 173, § 5º, na Comissão de

³²¹ Apud Fausto Martin Sanctis, op. cit., p. 60.

Sistematização, descobriu que a sua redação original previa o seguinte: "lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta".

Para esse autor, não resta dúvida, pois, que a mudança de texto do legislador significou a exclusão da responsabilidade criminal dos entes jurídicos.

Em vista dos entendimentos esposados, conclui que, no tocante a responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal de 1988:

- a) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa coletiva;
- b) a Carta Magna não dotou o ente moral de responsabilidade penal; ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza;
- c) a responsabilidade penal continua a ser pessoal (art. 5º, inciso XLX).

4.5. A (IN) VALIDADE DA LEI Nº 9.605, DE 12.02.98 (LEI AMBIENTAL) PARA ALGUNS DOUTRINADORES, NO QUE CONCERNE À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Como dito acima, entendem alguns autores que a Constituição de 1988, não consagrou a possibilidade de ser imputada às empresas a prática de condutas tipificadas como crimes. Sendo assim, para eles tal texto legal encontra-se privado de inconstitucionalidade, de acordo com análise que fazem de forma objetiva, as disposições contidas na Lei nº 9.605, de 12/02/98 (lei ambiental), no que concerne à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O *caput* do art. 3º, do diploma legal em apreço, diz:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Segundo o texto legal, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que, segundo Sérgio Salomão Shecaira³²², demonstra a adoção de dupla imputação.

O legislador ambiental adotou três modalidades de pena. Consagrou a pena de multa, as restritivas de direitos e a prestação de serviços à comunidade. Nestas duas últimas criou diferentes espécies.

Para Cezar Roberto Bitencourt³²³:

(...) a simples introdução no ordenamento jurídico de uma norma prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica não será solução, enquanto não se determinar previamente os pressupostos de dita responsabilidade.

O reconhecimento da pessoa jurídica como destinatária da norma penal supõe, antes de tudo, a aceitação dos princípios de imputação penal, como fez, por exemplo, o atual Código Penal francês de 1992, em seu art. 121, ao introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com efeito, a recepção legal deve ser a culminação de todo um processo, onde devem estar muito claros os pressupostos de aceitação da pessoa jurídica como sujeito de direito penal e os respectivos pressupostos dessa imputação, para não se consagrar uma indesejável responsabilidade objetiva. Desafortunadamente, não houve, no nosso ordenamento jurídico, aquela prévia preparação que, como acabamos de afirmar, fez o ordenamento jurídico francês.

³²² Sérgio Salomão Shecaira, *op. cit.*, p. 127.

³²³ Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, p. 70.

De fato, na França tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresso essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 1336/92) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código Penal, contendo, inclusive, normas de cunho processual, no intuito de uma harmonização sistêmica.

Ademais, a lei francesa proclama o princípio da especialidade, o que somente torna possível a deflagração de processo penal contra a pessoa jurídica quando estiver tal responsabilidade prevista explicitamente no tipo legal de delito. Definem-se, assim, de modo taxativo, quais as infrações penais passíveis de serem imputadas à pessoa coletiva.

Embora inspirado pelo modelo adotado pelo Código Penal francês de 1994, que acabamos de comentar, o legislador pátrio de 1998 fez exatamente o oposto, pois de forma simplista, limitou-se a enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente.

Luiz Regis Prado³²⁴, comentando o tema, afirma que a Lei n. 9.605/98 não é passível de aplicação concreta e imediata:

(...) pois falta-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para consecução de tal desiderato. Não há como, em termos lógico-jurídicos, romper princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias.

E continua o autor, agora em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim, nº 70, de setembro de 1998:

³²⁴ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 149.

Com efeito, o legislador de 1998 é pródigo no emprego de conceitos amplos e indeterminados – permeados, em grande parte, por impropriedades lingüísticas, técnicas e lógicas -, o que contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas. Nessa trilha, é de acentuar-se que a previsão de modalidade culposa para a conduta ancorada no art. 40 – causar dano direto ou indireto a unidade de conservação – denota sensível enfraquecimento da função de garantia do tipo penal, já que a noção de dano indireto culposo é altamente nebulosa. De semelhante, a incriminação prevista no art. 68 vale-se de termos imprecisos, conferindo ao intérprete vasta margem de discricionariedade (o que se entende por 'obrigação de relevante interesse ambiental'?).

Portanto, no entendimento do citado autor, a Lei nº 9.605, de 12/02/98 (lei ambiental), em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, está eivada por vícios materiais de inconstitucionalidade, pelas violações às mais elementares diretrizes constitucionais, quais sejam:

- a) princípios da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, inciso XXXIX, da CF e art. 1º, do CP), sobretudo na sua vertente taxatividade/determinação, em vários tipos penais albergados no diploma legal em comento;
- b) a disposição contida no *caput* do art. 3º, desta lei, constitui exemplo claro de responsabilidade penal objetiva, incompatível com os rígidos ditames dos princípios constitucionais da personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima, entre outros, que regem o ordenamento jurídico pátrio.

4.6. EMENTAS SOBRE DECISÕES DE NOSSOS TRIBUNAIS, FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

4.6.1. Decisões Desfavoráveis:

Ementa 112281³²⁵ – Crime ambiental. Responsabilidade penal de pessoa jurídica. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei 9.605/98, no que toca à responsabilidade penal da pessoa jurídica (tese vencida – Dr. Fábio Gouvêa). Recurso: Mandado de Segurança, Órgão Julgador: 3ª Câmara Processo: 349440/8, Votação: MV, Relator: Fábio Gouvêa, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Ementa 111227³²⁶ – Crimes contra o meio ambiente. Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98. Ocorrência (voto vencido): “O art. 3º da Lei 9.605/98 é inconstitucional no que toca à responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que esta não foi consagrada pela Constituição Federal vigente” (voto vencido – Dr. Fábio Gouvêa). Tacrim/SP – Recurso: Habeas-Corpus; Órgão Julgador: 3ª Câmara; data: 15/02/2000; Processo: 351992 / 2; Votação: MV; Relator: Ciro Campos.

4.6.2. Decisões favoráveis

Ementa 112286³²⁷ – Crime ambiental. Art. 54, da Lei 9.605/98.

Imputação à pessoa jurídica. Inadmissibilidade (voto vencedor):

³²⁵ <http://www.tacrim.sp.gov.br.pesqjuris2.asp?NE=112281>

³²⁶ <http://www.tacrim.sp.gov.br.pesqjuris2.asp?NE=111227>

³²⁷ <http://www.tacrim.sp.gov.br.pesqjuris2.asp?NE=112286>

"É inadmissível imputar-se a pessoa jurídica o delito previsto no inciso 1º, do art. 54, da Lei 9.605/98, pois, nos termos do art. 3º desse diploma legal, a empresa somente pode ser responsabilizada criminalmente quando presente o dolo específico, ou seja, na hipótese em que houver 'decisão' do representante 'no interesse da entidade', circunstância que afasta a possibilidade da prática do mencionado crime culposos, já que na culpa não há vontade por parte do autor de obter o resultado lesivo ao direito, que sobrevêm em consequência de imprudência, negligência e/ou imperícia, sendo certo também que a falta de previsão expressa da sanção correspondente, ainda que mediante remessa ao art. 21 da Lei, impossibilita afirmar-se que os delitos do art. 54 – para os quais foram previstas penas privativas de liberdade, isoladas ou cumulativamente à multa – possam ser cometidos por pessoa jurídica" (voto vencedor – Dr. Carlos Bueno). Tacrim/SP - Recurso: Mandado de Segurança; Órgão Julgador: 3ª Câmara, em 1/2/2000; Processo: 349440/8; Votação: MV; Relator: Fábio Gouvêa.

Ementa 111230³²⁸ – Crimes contra o meio ambiente. Art. 60 da Lei 9.605/98. Empresa que emite gases de amônia acima do permitido pelas normas ambientais. Caracterização. Possibilidade (voto vencido):

"A empresa que emite gases de amônia acima do permitido pelas normas ambientais pratica, em tese, o crime do art. 60 da Lei 9.605/98 e, portanto, é admissível o oferecimento de denúncia contra a pessoa jurídica nessa hipótese, mesmo porque aquele dispositivo legal prevê como penas, alternativamente, a detentiva ou multa, devendo ser ressalvada a possibilidade de cumulá-las para a pessoa física e a de remetê-las, no caso de pessoa jurídica, aos arts. 21 e 24 da citada Lei" (voto vencido – Dr. Lagrasta Neto). Tacrim/SP - Recurso: Habeas-Corpus; Órgão Julgador: 3ª Câmara; em 15/02/2000; Processo: 351992/2; Votação MV; Relator: Ciro Campos.

Ementa 112282³²⁹ – Crime ambiental. Responsabilidade penal de pessoa jurídica. Inconstitucionalidade da Lei 9.605/98. Inocorrência (voto vencedor):

"Determinando a responsabilidade penal de pessoa jurídica, a Lei 9.605/98 não se mostra inconstitucional, pois tal diploma legal, ao prever as sanções

³²⁸ <http://www.tacrim.sp.gov.br/pesqjuris2.asp?NE=111230>

³²⁹ <http://www.tacrim.sp.gov.br/pesqjuris2.asp?NE=112282>

penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, disciplinou a matéria conforme autoriza a Constituição Federal no parágrafo 3º do seu art. 225” (voto vencedor – Dr. Ciro Campos). Tacrim/SP – Recurso: Mandado de Segurança; Órgão Julgador: 3ª Câmara; data: 01/02/2000; Processo: 349440/8; Votação: MV; Relator: Fábio Gouvêa.

Ementa 112285³³⁰ – Crime ambiental. Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.605/98. Inocorrência. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Admissibilidade (voto vencedor): “O art. 3º da Lei 9.605/98 não é inconstitucional, pois a Constituição Federal autoriza a punição penal de empresas agressoras do meio ambiente” (voto vencedor – Dr. Carlos Bueno). Tacrim/SP – Recurso: Mandado de Segurança; Órgão Julgador: 3ª Câmara; data: 01/02/2000; Processo: 349440/8; Votação: MV; Relator: Fábio Gouvêa.

³³⁰ <http://www.tacrim.sp.gov.br/pesqjuris2.asp?NE=112285>

CAPÍTULO V - A LEIS PENAIS AMBIENTAIS

Neste capítulo serão analisados os tipos penais, das seguintes leis penais ambientais: Lei 7.716, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor; a Lei 8.974/95, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; e a Lei 9.605/98, que trata dos crimes contra a fauna, a flora, a poluição, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e contra a administração ambiental. O objetivo é decompô-los em: objeto jurídico, objeto material, sujeito ativo, sujeito passivo, conduta, elemento objetivo, elemento subjetivo, elemento normativo, norma penal em branco e demais características.

1. A LEI 9605/98

Seguindo os passos da Constituição, em 12 de fevereiro de 1998, foi publicada a Lei 9605, com 82 artigos, divididos em seis capítulos: *Disposições Gerais; A Aplicação da Pena; Da Apreensão do Produto e do Instrumento de Infração Administrativa ou de Crime; Da Ação e do Processo; Dos Crimes Contra o Meio Ambiente; e, Disposições Finais.*

A abordagem que nos interessa é desse último capítulo que, por sua vez, é dividido em 5 seções: *Dos Crimes Contra A Fauna; Dos Crimes Contra A Flora; Da Poluição E Outros Crimes Ambientais; Dos Crimes Contra O Ordenamento Urbano E O Patrimônio Cultural; e, Dos Crimes Contra A Administração.*

Como se pode ver, tratam esses artigos de bens ambientais relativos ao meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente cultural.

1.1. CRIMES CONTRA A FAUNA

A nova Lei 9.605 reservou, na seção I do capítulo V, nove artigos referentes à fauna. Entre os artigos, a lei definiu tanto normas incriminadoras, como normas referentes à caça e à pesca. As condutas delituosas estão definidas dos artigos 29 a 35. Os três primeiros artigos, ou seja, 29, 31 e 32, são crimes de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima não ultrapassa 1 ano, sendo aplicável os institutos da lei 9.099/95.

Antes da Lei 9.605, existia o conhecido Código de Caça e Pesca (Lei 5.197 de 3 de janeiro de 1967), o qual foi revogado pela nova lei. Pela legislação anterior, os crimes contra a fauna eram inafiançáveis.

Para se poder tecer qualquer comentário sobre os crimes contra a fauna, é necessário, principalmente, definir o que é fauna. Segundo Luís Paulo Sirvinkas, fauna é o conjunto de animais próprios de um país ou região que vivem em determinada época.

É necessário deixar bem claro que, não são todos os animais que a lei ambiental protege, mas sim as espécies da fauna silvestre ou aquática, domésticas ou nativas, exóticas ou em rota migratória. Além do mais, a proteção legal não é absoluta, permitindo a prática da caça e da pesca desde que autorizada pela autoridade competente.³³¹

É o próprio texto legal (Art. 29, § 3º) que define o que é fauna silvestre. Em síntese, são os animais que têm o seu habitat natural nas matas, nas florestas,

³³¹ Tutela Penal do meio Ambiente, 1996, p. 45.

nos rios e mares, animais estes que, via de regra, ficam afastados do meio ambiente humano.

Informa Édis Milaré, que segundo a Zoologia, a quantidade e a variedade das espécies animais existentes numa região são proporcionais à quantidade e à qualidade de vegetação. Em vista disso, podemos falar de *faunas* (no plural), como conjuntos de animais dependentes de determinadas regiões ou *habitats* ou meios ecológicos particulares, por aí se compreende as designações correspondentes à adaptação animal aos fatores de ordem geográfica ou aos fatores ecológicos. Não se pode esquecer que a fauna está sempre relacionada a um ecossistema.³³²

Prossegue afirmando que os animais não fazem a síntese da matéria orgânica a partir dos elementos inorgânicos encontrados na natureza, o que é feito pelas plantas. Se essas desaparecessem, todos os animais morreriam de inanição. Por outro lado, há um equilíbrio natural estabelecido no interior dos ecossistemas, de modo que uns são vegetarianos ou herbívoros e outros, carnívoros. Dado que a natureza das plantas e sua presença mais ou menos intensiva num determinado meio estão relacionadas com as condições climáticas, especialmente com a temperatura e as precipitações atmosféricas, a *fauna* silvestre fica também relacionada com o clima.

E finalmente, que entre as muitas divisões da fauna, encontramos as seguintes especificações: *terrestre*, que habita as superfícies sólidas do Planeta, incluindo a *fauna silvestre* e a fauna alada, ou *avifauna*, que se desloca pelo espaço atmosférico; *aquática*, a população animal cujo *habitat* é o meio líquido (oceânico, fluvial e lacustre), em cuja abrangência encontram-se os peixes, que constituem a

³³² Édis Milaré, op. cit., 154.

icitofauna. Há outras comunidades faunísticas, como a *fauna abissal*, característica das grandes profundezas, os *zooplânctons*, as *comunidades bentônicas* e outros muitos grupos. *Fauna silvestre* é a que tem merecido mais atenção porque é a mais ameaçada.³³³

Art. 29, *in verbis*:

Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural,

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro, ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota obrigatória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizadas ou sem a devida permissão, licença ou devida autorização da autoridade competente.

§ 2º - No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§ 3º - São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou em parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras;

§ 4º - A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

III - durante a noite;

IV- com abuso de licença;

V- em unidade de conservação,

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§ 5º. A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§ 6º. As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.

³³³ Ibid., p. 155.

Objeto jurídico: é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação de todos espécimes que, de um modo ou de outro integrem a fauna silvestre brasileira. **Objeto material:** são os animais da fauna silvestre pertencente à espécies nativas, migratórias e quaisquer outras aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo nos limites do território brasileiro.³³⁴

Sujeito ativo: qualquer pessoa imputável (CP, arts. 26 e 27), inclusive o proprietário do imóvel onde se ache o espécime da fauna. Há uma errada suposição de que seu domínio se estende sobre tudo o que se acha na área. Isto não acontece com a fauna, passou a ser bem do Estado, no caso a União Federal. A pessoa jurídica somente poderá ser acusada desse crime se organizar-se para explorar a caça em escala empresarial, o que é muito difícil de acontecer no Brasil. Existe a possibilidade de concurso de pessoas: participantes de uma mesma caçada; ou então diretores, promitentes compradores ou arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores ou proprietários das áreas, desde que praticadas por prepostos ou subordinados e no interesse dos proponentes ou superiores hierárquicos, nos termos do art. 30, da Lei 5.197/67. **Sujeito passivo:** a União Federal, nos termos do art. 1º da Lei 5.197/67.³³⁵

Com a nova norma incriminadora, está inserido no contexto legal mais um **crime de ação múltipla ou conteúdo variado**, não importando se o agente praticou uma única ou várias condutas ao mesmo tempo.

As condutas puníveis do *caput* do artigo são: *Matar* (destruir, exterminar); *Perseguir* (seguir de perto, ir ao encalço, correr atrás); *Caçar* (apontar,

³³⁴ Ernani Constantino, op. cit., p. 111.

³³⁵ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 74.

perseguir animais); *Apanhar* (recolher, obter, caçar com rede) ou *Utilizar* (servir, tirar-se proveito, aproveitar, tirar utilidade). A lei também pune aquele que impede a procriação da fauna. Impedir é interromper, não permitir a procriação.

A conduta do inciso I, do parágrafo, 1º, é impedir a procriação da fauna. Impedir é proibir, embaraçar, estorvar, interromper ou não permitir. Foi mais longo o legislador, **no inciso II,** protegendo o ninho, abrigo, ou criadouro natural daquele que destrói, danifica ou modifica. **No inciso III,** é vender, exportar ou adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre provenientes de criadouros não autorizados. Vender é ceder, alienar por certo preço ou fazer negócio. Expor é pôr à vista, narrar, arriscar ou apresentar. Exportar é transportar para outro país espécies da fauna silvestre ou aquática. Adquirir é obter, alcançar, conseguir ou vir a ter. Guardar é vigiar protegendo ou defendendo, tomar para si ou proteger. Depósito é a ação de depositar, o lugar onde ficam ou se guardam espécies da fauna silvestre ou aquática. Utilizar é tornar útil, empregar utilmente ou com vantagem ou aproveitar. Transportar é levar de um lugar a outro, conduzir ou transpor.³³⁶

A comercialização de animais da fauna silvestre, provenientes de criadouros não autorizados, também é conduta punível pela nova lei. Trata-se de crime constantemente praticado nas conhecidas "feiras de rolo ou barganha", onde as pessoas trocam pássaros e outros animais da fauna silvestre por outro objeto qualquer como, CDs, aparelhos de som, vídeo, etc.

Consumação: com a morte, a perseguição, os atos de caça, a captura ou a utilização dos espécimes, de forma indevida. **Tentativa:** é possível, a nosso ver, nos verbos matar e apanhar, denotativos de condutas de crime material; já os

³³⁶ Luís Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 48.

verbos perseguir e caçar não permitem tentativa, por serem de **mera conduta**: ou o agente vai ao encalço do animal e o delito já está consumado, ou não o faz e há mera cogitação; o verbo utilizar parece, também, não ser suscetível do conatus, porque o sujeito ativo, para utilizar, tem que primeiro perseguir ou apanhar o animal.³³⁷

Elemento subjetivo: só o dolo, direto ou eventual. Não há conduta culposa. **Elementos normativos**: estão contidos nas expressões: fauna silvestre (cuja definição está no parágrafo 3º), permissão, licença ou autorização da autoridade competente contidas no caput., e incisos.

Segundo Édis Milaré, no art. 29, parág. 4º, I e VI, não estão discriminadas as espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção; por igual, não estão definidos os métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa, caracterizando tipos de **norma penal em branco**.³³⁸

No mesmo sentido, Carlos Ernani Constantino, esclarece que as expressões 'espécie silvestre considerada ameaçada de extinção', no parágrafo 2º, e 'espécie considerada ameaçada e extinção', no parágrafo 4º, inciso I, constituem-se em **normas penais em branco**, por requerer complementação por portaria do Ibama ou por outras portarias ou atos administrativos regionais, indicativos de quais espécies são e, por exclusão, quais não são consideradas ameaçadas de extinção.³³⁹

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo e de competência federal. (Súmula 91 do STJ).

³³⁷ Luís Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 115.

³³⁸ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

³³⁹ Ernani Constantino, **Delitos Ecológicos**. Ed. Atlas, 2001., p. 111.

Art.30, *in verbis*: Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente;
Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Objeto jurídico: é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação dos espécimes da fauna silvestre e aquática, especialmente anfíbios e répteis, ameaçados ou não de extinção. **Objeto material:** com esta tipificação, visa o legislador proteger todos os répteis e anfíbios, cujos couros e peles são suscetíveis de exportação para países estrangeiros.³⁴⁰

Sujeito ativo: qualquer pessoa física, sem a autorização da autoridade ambiental competente, para exportar peles e couros dos animais referidos anteriormente, inclusive a pessoa jurídica (vide comentário art. 29). Admite a co-autoria, nos termos do art. 2º da lei Ambiental. **Sujeito passivo:** a coletividade, mais precisamente, para alguns autores, a União. Os animais, cujas peles ou couros são extraídos, constituem-se em objetos materiais do delito e não em sujeitos passivos dele.³⁴¹

A **conduta** punível é exportar, ou seja, transportar para outro país. A lei, no entanto, permite a exportação desde que devidamente autorizada pela autoridade ambiental competente. Isso significa que é possível exportar também dentro do território nacional, caso em que não haverá incidência desse tipo penal.³⁴²

Elemento subjetivo: só o dolo, não havendo conduta culposa;
Elemento normativo: está contido na “expressão sem a autorização da autoridade ambiental competente”. **Consumação:** com a remessa para o exterior das peles ou

³⁴⁰ Ernani Constantino, op. cit., p. 116.

³⁴¹ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 88.

³⁴² Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 89.

couros; **tentativa**: é possível, pois o agente pode ser surpreendido pela polícia no porto ou aeroporto antes que a exportação se realize.³⁴³

Art. 31, *in verbis*:

Introduzir espécie animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico: visa o legislador proteger o patrimônio natural como um todo, principalmente contra o ingresso de espécies sem o controle necessário. Há sérios riscos na importação irregular. Se o animal exótico não tiver predador no Brasil, poderá ter uma disseminação exagerada. Poderá também ser um predador voraz e exterminar os espécimes aqui existentes. Além disso, o exame técnico servirá para constatar se o animal importado foi transportado regularmente e se foi obtido em conformidade com a legislação de seu país. **Objeto material do delito**: é todo o espécime animal exótico; o termo é empregado no sentido de estrangeiro, não nativo. **Crime de mera conduta**: a lei se contenta com a ação do agente, não sendo relevante o resultado do ingresso do espécime no país.³⁴⁴

Essa exigência decorre da necessidade de se acautelar sobre à natalidade de o animal ser colocado em nosso país sem a ocorrência de riscos á saúde das pessoas e de eventual disseminação de doenças.³⁴⁵ É **crime de perigo abstrato**.³⁴⁶

Sujeito ativo: qualquer pessoa física, que não tenha o parecer técnico oficial favorável e a licença expedida por autoridade competente, para introduzir espécime animal exótica no País; **Sujeito passivo**: a coletividade; **Conduta**: introduzir significa fazer penetrar, colocar para dentro. **Elemento subjetivo**: só o

³⁴³ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 51.

³⁴⁴ Vlamir e Gilberto, op. cit., p. 91.

³⁴⁵ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 52.

³⁴⁶ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

dolo, abrangente da consciência de que o espécime animal, a ser introduzido, é exótico, razão pela qual não comporta a modalidade culposa; **Elemento normativo:** está contido na expressão sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente. **Consumação:** com a introdução do animal exótico no país; **Tentativa:** é possível, mas os últimos atos executórios devem ocorrer fora do território nacional.³⁴⁷

A competência para processo e julgamento deste delito é da Justiça Federal. Perícia é desnecessária, sendo suficiente para configurar o ilícito a inexistência de parecer técnico.

Art. 32, *in verbis*:

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico: reprimir os atentados contra animais, evitando-lhes o sofrimento desnecessário; **objeto material:** os animais silvestres, cujo conceito se acha no art. 1º, da Lei 5.197/67, domésticos ou domesticados, ou seja, os que vivem normalmente na companhia dos seres humanos, nativos ou exóticos. **Sujeito ativo:** pratica o delito em tela qualquer pessoa. O **sujeito passivo** é a coletividade e não o animal, pois este é objeto material da conduta. **Conduta:** as ações típicas alternativas são: praticar ato de *abuso* (extrapolar limites, usar mal, exercer de forma excessiva), *ferir* (ofender, cortar, lesionar), *mutilar* (privar de algum órgão, membro ou parte do corpo), portando **crime comissivo**.³⁴⁸

Com a nova legislação, pode-se verificar que é penalmente mais grave maltratar um animal do que maltratar seres humanos. Tal dispositivo encontra-se

³⁴⁷ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 118.

³⁴⁸ Vladimir e Gilberto Freitas, *op. cit.*, p. 94.

totalmente dissociado do sistema penal existente, afastando-se a boa técnica legislativa.

Além disso, Laerte Fernando Levai, comenta que é de “lamentar, apenas, que a balança da Justiça, ao sopesar espécies diversas, incline-se em notório desequilíbrio”. O mesmo tratamento deveria recair sobre a totalidade dos animais silvestres, exóticos e domésticos – eis que a dor e a sensibilidade não se medem por categorias. Mas o legislador previu como crimes os atentados contra os bichos silvestres e contravenções (art. 64) aqueles perpetrados em detrimento de animais domésticos e exóticos. A pena cominada aos infratores faz a diferença.³⁴⁹

Elemento subjetivo: só o dolo, consistente na consciência do mal praticado contra o animal; **Elemento subjetivo ou especial do injusto:** ocorre na hipótese do parágrafo 1º, quando há um especial fim de agir do sujeito; **Elemento normativo:** está contido na expressão quando existirem recursos alternativos, ao final do parágrafo 1º. **Consumação:** com referência aos verbos ferir ou mutilar do caput., trata-se de **crime de dano**, perfazendo-se somente com o efetivo ferimento ou mutilação; quanto à prática de abuso ou maus-tratos, trata-se de **crime de perigo**, consumando-se, portanto, com a exposição do objeto material a perigo de dano, mediante o tratamento abusivo ou violento; **Tentativa:** admite-se nos casos de dano, e dependerá do caso concreto nos de perigo.³⁵⁰

Art. 33, *in verbis*:

Provocar pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existente em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurídicas brasileiras.

Pena - detenção, de um a três anos ou multa, ou ambas cumulativamente.

³⁴⁹ **Direito dos animais: história e evolução**, Revista APMP, nº 13, dez 1997, p. 37.

³⁵⁰ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 121.

Parágrafo único. Incorre nas demais penas:

I - quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público;

II - quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;

III - quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica.

Objeto jurídico: visou o legislador proteger o patrimônio natural, especialmente da fauna aquática, evitando a emissão de efluentes ou o carreamento de materiais nos rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras. O **objeto material** refere-se às diversas espécies aquáticas (peixes, moluscos, ouriços, mariscos, caranguejos, camarões e outros). **Sujeito ativo:** qualquer pessoa física ou jurídica; **sujeito passivo:** a União e os Estados federados (diretamente) e a coletividade (indiretamente)³⁵¹.

A conduta: é provocar, pela emissão de efluentes (emitir, emassar) ou o carreamento (levar em carro) de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática. Provocar é estimular, incitar, irritar, promover. Tais materiais consistem em agrotóxicos ou substâncias químicas³⁵². Efluentes é tudo aquilo que emana de algum lugar ou corpo, aqui entendido como a descarga líquida³⁵³.

Consuma-se a conduta com a efetiva provocação de perecimento de espécimes da fauna ictiológica (*caput*), ou com a efetiva degradação (Inc. I), exploração (Inc. II), fundeamento de embarcações ou lançamento de detritos (Inc. III); **Tentativa:** é possível, tanto nas hipóteses de crime de dano, quanto nas de crime de perigo, dependendo do caso concreto. **Elemento subjetivo:** só o dolo,

³⁵¹ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 98.

³⁵² Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 56.

³⁵³ Luiz Regis Prado. **Crimes Contra o Meio Ambiente**, p. 70.

direto ou eventual; o tipo do parágrafo único, inciso III, exige a consciência, por parte do agente, de que a área foi devidamente demarcada em carta náutica. Não há conduta culposa. **Elementos normativos:** encontram-se no parágrafo único, nas seguintes expressões: "sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente" (Inc. II); "devidamente demarcados em carta náutica " (inc. III)³⁵⁴

Os tipos do caput, e do parág. único, caracterizam **crime de dano**. Os tipos do parág. único, incisos II e III, caracterizam **crime de perigo abstrato**.³⁵⁵

Art. 34, *in verbis*:

Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Objeto jurídico: é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação da fauna aquática, especialmente da fauna ictiológica, bem como de vegetais hidróbios, existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías, dentro dos limites de nosso território, ou em águas jurisdicionais brasileiras; **Objeto material do delito:** de acordo com o art. 36 da presente lei, são os peixes, crustáceos e moluscos, bem como os vegetais hidróbios.³⁵⁶

³⁵⁴ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 124.

³⁵⁵ Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 117.

³⁵⁶ Constantino, *op. cit.*, p. 125.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física para alguns autores, entendendo outros, inclusive Vladimir e Gilberto Passos, que a pessoa jurídica também pode ser autora desse crime, notadamente, as empresas pesqueiras dedicadas à pesca marinha que podem lançar-se a empreitada em épocas ou lugares proibidos pelas autoridades administrativas; **Sujeito passivo:** a coletividade e, eventualmente, também poderá ser um particular ou um ente do poder público.³⁵⁷

Conduta: a lei proíbe a pesca proibida, que compreende o período da piracema e da desova. Quando a lei fala em pesca, está se referindo à pesca predatória, pois a pesca amadora não é proibida. Entende-se por pesca amadora aquela que se dá com a utilização de anzol, com linha na mão (linhada) ou com vara. Pesca predatória se dá com a utilização de apetrechos que causam a morte de inúmeros peixes, causando estragos irreparáveis à fauna ictiológica. É de se observar que a lei proíbe também a pesca de espécimes que devem ser preservados, ou com tamanhos inferiores ao permitido. Existe também a proibição de pescar utilizando aparelhos, petrechos, técnicas ou métodos não permitidos, como por exemplo: redes de arrastão, redes de tarrafas, covãos, espinhéis, anzóis de galo “João bobo”, etc. A lei proíbe ainda, o transporte (conduzir de um lugar a outro), comercialização (venda), benefício (submetido a processo que possibilite o consumo ou industrialização de espécimes de pesca proibida).³⁵⁸

Consumação: com a efetiva pesca (retirada, extração, coleta, apanha, apreensão ou captura de espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora);

Tentativa: é possível, pois se trata de crime material. **Elemento subjetivo:** só o

³⁵⁷ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 102.

³⁵⁸ Luis Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 57.

dolo, consistente na consciência de que o período ou o local em que o agente está pescando são proibidos, ou quanto à proibição da pesca de certas espécies, quantidades ou do uso de determinados métodos; **Elementos normativos:** encontram-se nas seguintes expressões: no caput, “período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”³⁵⁹. Pesca é definida no art. 36.³⁶⁰

Segundo Édis Milaré, no art. 34, caput, e parág. Único, I e II – não há menção aos períodos de pesca proibida, nem se sabe quais os lugares interditados; não se diz quais são as espécies aquáticas que devam ser preservadas ou o tamanho dos espécimes cuja pesca é proibida; não se estabelece a quantidade de pescado permitida nem quais sejam os aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, configurando tipo de norma penal em branco, porque dependentes de regulamentação por atos administrativos.³⁶¹

Art. 35, in verbis:

Pescar mediante a utilização de:

1 - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;

II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente;

Pena reclusão de um ano a cinco anos.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação da fauna aquática, especialmente a ictiológica, existente em rios, lagos, açudes, lagoas, baías, dentro dos limites de nosso território, ou em águas jurisdicionais brasileiras; **Objeto material** do delito: são os peixes, crustáceos e moluscos (art. 36). **Sujeito ativo:** qualquer pessoa imputável (art. 26 e 27 do CP).

³⁵⁹ Ernani Constantino, op. cit., p. 128.

³⁶⁰ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 93.

³⁶¹ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

A pessoa jurídica também pode ser autora do delito, principalmente, as empresas de pesca que poderão incorrer nesta prática na busca do lucro imediato; **Sujeito passivo:** a coletividade e, eventualmente, poderá sê-lo também um particular ou ente público.³⁶²

Conduta: o art. 36 define o que é pesca, e para o presente é a sua prática efetuada mediante a utilização de explosivos, substâncias tóxicas, ou outro meio proibido que, em contato com água, produza efeito semelhante. Entende-se por explosivo todo artefato inflamável capaz de produzir explosão, detonação ou estouro. Substâncias tóxicas são os venenos, agrotóxicos, linhaça, timbó (nome comum de plantas tóxicas), etc. Segundo Luiz Régis Prado a palavra "substâncias" constante no inciso 1 é manifestamente imprópria. Preferível seria, "*in casu*", referir-se a meios ou artefatos mecânicos que, em contato com o ambiente aquático, produzam efeitos semelhantes aos dos explosivos. Ademais, a opção pelo termo "substâncias" no inciso I pode gerar confusão com a expressão "substância tóxica", alocada no inciso II, o que demonstra sua inconveniência.³⁶³

O crime se **consuma** com a efetiva pesca mediante o uso de explosivo ou substâncias tóxicas. Este dispositivo revogou o Art. 80 da Lei 7.679/88. Admite-se a **tentativa** por ser crime material. **Elemento subjetivo:** somente o dolo, exigindo no inciso II, a consciência de que o meio é proibido pela autoridade competente; **elemento normativo:** está contido na expressão do inciso II – "outro meio proibido pela autoridade competente".³⁶⁴ Pesca esta definida no art. 36.³⁶⁵

³⁶² Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 106.

³⁶³ Luiz Régis Prado, op. cit., p. 75.

³⁶⁴ Ernani Constantino, op. cit., p. 132

³⁶⁵ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 93

Para Édis Milaré no art. 35, I e II – não se define o que venham a ser explosivos, nem tampouco substâncias tóxicas proibidas, configurando mais um tipo de norma penal em branco.³⁶⁶

Art. 36, *in verbis*:

Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, preencher, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Há nesse artigo um caso de interpretação autêntica, ou seja, aquela dada pelo próprio legislador, dentro do texto legal por ele elaborado, quando define a abrangência do conceito de pesca.

É de se verificar que o legislador somente previu os peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, como espécimes suscetíveis de pesca o que exclui os cetáceos (mamíferos aquáticos), que já são protegidos por lei especial (7.643/87 com pena maior que as cominadas nos arts. 34 e 35), não desejando que se operasse o enquadramento subsidiário, no art. 29 da Lei ambiental, da pesca ou de atos de molestamento intencional aos cetáceos.³⁶⁷

Mais uma vez, Édis Milaré cita um tipo de norma penal em branco, porque as listas oficiais da fauna e da flora devem ser buscadas junto aos órgãos oficiais de gestão ambiental integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama,³⁶⁸

A crítica que se faz a esse dispositivo é que os espécimes que não se enquadrarem nele, nem constarem das listas oficiais da fauna e da flora (portaria

³⁶⁶ Édis Milaré, *op. cit.*, p. 384.

³⁶⁷ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 132.

³⁶⁸ Édis Milaré, *op. cit.*, p. 384.

Ibama – 1.522/89), para não ficarem desprotegidos penalmente, terão a aplicação do art. 29.³⁶⁹

Art. 37, *in verbis*:

Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III – (Vetado);

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Prevê o texto legal quatro hipóteses de **excludente** da ilicitude.

O inciso III foi vetado, mas tratava-se de uma hipótese de legítima defesa contra ataques de animais. O argumento para o veto do Presidente da República é que entendeu-se ser inadmissível legítima defesa contra animais.³⁷⁰

O animal nocivo passível de abate deve ser caracterizado e declarado pelo órgão competente, no caso o Ibama.

1.2. CRIMES CONTRA A FLORA

Da mesma forma que, para comentar os crimes contra a fauna foi necessário definir o que é fauna, nos crimes contra a flora é necessário definir o que é flora, bem como distinguir selva, floresta e mata.

Segundo o Glossário de ecologia, da Academia de Ciências do Estado de São Paulo, flora é “o conjunto de plantas de uma determinada região ou período listadas por espécies e consideradas como um todo”. Inclui-se na flora os fungos, as

³⁶⁹ Ernani Constantino, p. 133.

³⁷⁰ Luiz Paulo Sirvinskas, *op. cit.*, p. 60.

bactérias do solo, musgos, bromeliáceas, podendo ela ser encontrada nas matas, nos pântanos e no meio marinho, flutuante (por exemplo, posidômnia) ou fixa no fundo das águas (por exemplo, algas).³⁷¹

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, flora significa "o conjunto das espécies vegetais de uma determinada localidade: a flora brasileira; a flora do Itatiaia".³⁷²

A floresta ou, em termos amplos, a flora, é objeto de planejamento, gestão e proteção jurídica, além de todos os outros aspectos sob os quais pode ser considerada. No caso, ela é tomada complexivamente como um ecossistema que, além das árvores, inclui água e solo, abrange variedade de animais e microorganismos, enfim todos os vegetais e elementos que compartilham as mesmas características ambientais e ecológicas.³⁷³

Floresta (no sentido amplo do termo) é uma 'formação vegetal geralmente densa, em que predominam as árvores ou espécies lenhosas de grande porte; mata; e selva'. Mata 'é uma formação vegetal constituída por árvores de pequeno e médio portes; é também um agrupamento de árvores homogêneas ou da mesma espécie – por exemplo: *mata de araucárias*'. Selva 'é uma comunidade arbórea tão densa, que a luz penetra só escassamente em seu interior, e suas árvores são muito altas, com copas que se tocam, formando um teto, e neste há trepadeiras e camadas superpostas de vegetação'.³⁷⁴

Art. 38, *in verbis*:

Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

³⁷¹ Vladimir e Gilberto Freitas, *op. cit.*, p. 111.

³⁷² **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 2ª Edição, 1986, p. 788.

³⁷³ Édis Milaré, *op. cit.*, p. 146

³⁷⁴ *Larousse Cultural, Grande Enciclopédia*, v. 10, p. 2468.

Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação da flora, em especial das florestas consideradas de preservação permanente, ainda que em estágio de formação. **Objeto material** do delito: são as florestas consideradas de preservação permanente, ainda que em estágio de formação.³⁷⁵

Sujeito ativo: qualquer pessoa imputável, inclusive, a pessoa jurídica.

Sujeito passivo: de forma direta é a coletividade; de forma indireta é o proprietário ou possuidor do imóvel. **Consuma-se** no momento em que o agente destrói, danifica ou utiliza - infringindo as normas de proteção – a floresta de preservação permanente ainda que em formação. Por se tratar de crime material a **tentativa** é admissível.³⁷⁶

A legislação pune a **conduta** daquele que danifica ou destrói floresta de preservação permanente. Destruir é demolir, extinguir, desmanchar. Danificar é causar dano, deteriorar. Pune também aquele que utiliza a floresta permanente com infringência das normas de proteção.

Entende-se por floresta de preservação permanente toda área considerada como tal, onde vive um número indeterminado de variedades de árvores e vegetação. Incumbe ao Poder Público (União, Estados e Municípios) declarar a área de preservação permanente. Encontram-se descritos nos arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 4.771/65 e no Decreto estadual 49.141/67, as áreas de preservação permanente.

³⁷⁵ Ernani Constantino, op. cit., p. 138.

³⁷⁶ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 116.

Deve-se distinguir florestas de preservação permanente de áreas de reserva legal. Estas últimas são consideradas como tal nas hipóteses de ocupação humana, sendo separado da área total a ser ocupada um terço para sua preservação. A legislação permite a destruição da floresta, desde que permanente autorizado pelo Poder Público.³⁷⁷

Édis Milaré entende por mais um tipo de norma penal em branco, porque a lei penal não defini o que seja floresta de preservação permanente.³⁷⁸

Elemento subjetivo: o dolo, direto ou eventual; e a culpa. **Elemento normativo:** está contido na expressão com 'infringência das normas de proteção', no caput.³⁷⁹

Art. 39, *in verbis*:

Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão de autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Objeto jurídico: é a preservação do meio ambiente. A floresta de preservação permanente deve permanecer intocada, pois, por força de lei ou ato administrativo, já recebeu este tratamento especial. Excepcionalmente, a autoridade administrativa poderá autorizar o corte de árvores. **Objeto material:** é a floresta de preservação permanente. **Sujeito ativo:** qualquer pessoa, inclusive, a jurídica; **Sujeito passivo:** direto – a coletividade. Indireto – o proprietário ou possuidor do imóvel.³⁸⁰

Conduta: cortar significa dividir com instrumento cortante, interceptar, interromper. A legislação permite o corte de árvore, desde que devidamente

³⁷⁷ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 63.

³⁷⁸ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

³⁷⁹ Ernani Constantino, op. cit., p. 143.

³⁸⁰ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 120.

autorizado pelo órgão competente. A conduta de podar galhos não caracteriza o delito em tela. **Consumação** ocorre com o efetivo corte da árvore, admitindo-se a forma **tentada**.³⁸¹

Elemento subjetivo: só o dolo; não há conduta culposa; **Elemento normativo:** está contido na expressão sem permissão da autoridade competente.³⁸²

Floresta de preservação permanente é definida nos arts. 2º e 3º, da Lei 4.771/65.³⁸³

A permissão para o corte de árvore é, normalmente concedida pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) ou por órgão estadual com função delegada. O artigo em tela revogou o Art. 26, alínea b, do Código Florestal.

Art. 40, *in verbis*:

Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto no. 99.274, de 6 de junho de 1990, independente de sua localização:

Pena: reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º - Entende-se por Unidades de Conservação as Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas ou outras a serem criadas pelo Poder Público.

§ 2º - A ocorrência de danos afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação será considerada circunstância agravante para afixação da pena

§ 3º - Se o crime for culposos, a pena será reduzida à metade.

Alterado pela 9.985/2000, ficando da seguinte forma:

Art. 40. (vetado)

Parág. 1º. Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, Os Monumentos Naturais e os Refúgios da Vida Silvestre.

³⁸¹ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 64.

³⁸² Ernani Constantino, op. cit., p. 145.

³⁸³ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 93.

Parág. 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.

Parág. 3º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 40 – A (vetado)

Parág. 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

Parág. 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.

Parág. 3º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Luís Flávio Gomes, comenta que a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), “acaba de provocar um dos maiores atentados da nossa História contra o meio ambiente e o sistema jurídico brasileiro: seus arts. 39 e 40, absurda e illogicamente, eliminaram a proteção penal de grande parte dos recursos ambientais”. Esse equívoco legislativo com certeza causará não só um impacto superior aos recentes desastres ecológicos envolvendo a Petrobrás, como também uma contundente reação nacional e internacional, especialmente nas associações ambientalistas.

Deu-se o seguinte: o art. 40 da Lei Ambiental (Lei 9.605/98) previa como “causar dano direto ou indireto às unidades de conservação”. No §1º dizia: “Entende-se por unidades de conservação as reservas biológicas, ecológicas, estações ecológicas, florestas etc.”. Como se vê, todas as reservas ecológicas achavam-se protegidas penalmente.

A recentíssima Lei nº 9.985, dando nova disciplina às unidades de conservação, dividiu-se em dois grupos: unidades de proteção (estação ecológica, reserva biológica etc.) e unidades de uso sustentável (áreas de proteção ambiental, florestas, reservas ecológicas etc.).

Pretendendo proteger penalmente os dois grupos, o legislador deliberou dividir o atual art. 40 em duas partes: no "caput" cuidou das unidades de proteção integral; no art. 40-A tratou das unidades de uso sustentável. Entendendo que a descrição dos delitos ficou muito vaga e imprecisa, o que traz insegurança jurídica, o Presidente da República em exercício acabou vetando-os.

Conseqüência: o art. 40, 'caput', da lei ambiental, continua vigente, porém, agora, com uma importante modificação no seu §1º, isto é, ele só vale doravante para as unidades de conservação de proteção integral. No que se refere às unidades de conservação de uso sustentável (áreas de proteção ambiental, reservas ecológicas etc.), não há mais que se falar em delito, por falta de previsão legal. "Com o veto do art. 40-A, tudo isso deixou de ser crime (houve *abolitio criminis*). Em outras palavras: antes da nova lei, 100% das unidades de conservação e reservas ecológicas eram protegidas pelo Direito Penal. Depois dela, 50%". Todos os crimes de danos causados às áreas de uso sustentável devem ter a punibilidade extinta imediatamente.

E a pior: esqueceu-se de vetar, tal como exigia a coerência, o § 3º do art. 40-A, que prevê a forma culposa do delito e a redução da pena à metade. Resultado: "sobrou a previsão de um 'delito' culposos sem a descrição de nenhuma conduta criminosa e a cominação de uma pena inexistente". Já se sabia no Brasil da

existência de inúmeros 'delitos' sem pena (por exemplo, art. 95 da Lei 8.212/91); agora também temos 'pena' sem 'delito'.³⁸⁴

Art. 41, *in verbis*:

Provocar incêndio em mata ou floresta:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico. Distingue-se o crime em tela do Art. 250, § 1º, II, h, do Código Penal precisamente porque aquele tutela o ambiente, com particular ênfase à integridade física alheia ou o patrimônio de outrem, enquanto este último a objetividade jurídica é o meio ambiente; **objeto material**, são as matas e florestas de preservação permanente ou não. *Mata* é o conjunto de árvores de porte médio, naturais ou cultivadas, *Floresta* é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa.³⁸⁵

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive o proprietário da mata ou floresta; **sujeito passivo** direto é a coletividade e indireto o proprietário ou possuidor. A **conduta** consiste em provocar (dar, causar, ensejar) incêndio. Não confundir esse dispositivo com a figura prevista no art. 26, letra e, do Código Florestal, que fala em 'fazer fogo', nem com as queimadas autorizadas pela autoridade competente, conforme o admite o parágrafo único do art. 27 do mesmo diploma, que se acha regulamentado pelo Dec. 2.661/98. **Elemento subjetivo:** o dolo no caput; e a culpa (imprudência, imperícia e negligência) no parágrafo único; **Consumação:** com a provocação do incêndio, sem que haja a necessidade da

³⁸⁴ Reservas Ecológicas perdem Proteção Penal, 30.03.2001. Artigo publicado no site www.direitocriminal.com.br.

³⁸⁵ Luiz Regis Prado. Crimes contra o ambiente, p. 97.

ocorrência de dano. Basta o perigo ao meio ambiente sadio, admitindo-se a **tentativa** por se tratar de **crime material**.³⁸⁶

Art. 42, *in verbis*:

Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano;

Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.'

Objeto jurídico do delito: preservação do meio ambiente e também das pessoas. Com efeito, o perigo resultante do fogo é a primeira razão do tipo penal. Mas não é a única. O tipo vai além, pois revela o receio de fogo em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano. Aqui o legislador dirigiu sua preocupação às pessoas que habitam cidades e povoados. Apesar do delito vir previsto na lei ambiental, vai além do objetivo de proteger o meio ambiente, desequilíbrio ecológico; **objeto material do delito:** são as florestas e demais formas de vegetação, integrantes da flora brasileira, e os assentamentos humanos;³⁸⁷

Elemento subjetivo: é o dolo de perigo, direto ou eventual. Nos verbos fabricar e vender o agente deve possuir a consciência do perigo da provocação de incêndios em florestas e demais formas de vegetação; no verbo transportar, requer-se, por parte do sujeito ativo, a finalidade de soltar balões ou de que estes sejam soltos por outrem nas proximidades de florestas e demais formas de vegetação, gerando perigo de incêndio.³⁸⁸ É por isso um **crime de perigo abstrato**.³⁸⁹

O legislador resolveu punir uma **conduta** comum nas épocas de festividades juninas, daqueles que fabricam, vendem, transportam, ou soltam balões capazes de causar incêndio em florestas e áreas urbanas. *Fabricar* significa

³⁸⁶ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 128.

³⁸⁷ Ibid., p. 129

³⁸⁸ Ernani Constantino, op. cit., p. 154.

³⁸⁹ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

produzir, manufaturar; *vender* (negociar, comercializar); *transportar* (conduzir, transpor, levar de um lugar para o outro); ou *soltar* (deixar escapar, largar da mão, pôr em liberdade).

Trata-se de **crime ação múltipla**, bastando a prática de uma das ações descritas no verbo para que se dê a **consumação**, admitindo-se a tentativa. **Sujeito ativo** qualquer pessoa física ou jurídica e, **sujeito passivo**, a coletividade. Pode existir, ainda, uma vítima que seria o proprietário do local fechado onde o balão cause dano.³⁹⁰

É de se observar que, se com a conduta ocorrer incêndio, estará caracterizando o delito descrito no art. 41 da Lei 9.605.

Balão, segundo a definição de Luis Regis Prado³⁹¹ é o artefato de papel fino, colado de maneira que imita formas variadas, em geral de fabricação caseira, lançado ao ar e apto a subir em razão do ar quente produzido em seu interior. Cabe dizer que é preciso que o balão seja capaz de provocar incêndio, analisada a proximidade de seu lançamento em relação às florestas e demais formações vegetais protegidas, às áreas urbanas ou aos assentamentos humanos. Apesar do tipo penal usar a expressão balão no plural, com somente um balão poderá ocorrer o delito. Trata-se de crime de perigo concreto, ou seja, é necessário comprovar o efetivo perigo para o bem jurídico tutelado.

Com a nova conduta delitativa, foram revogados o Art. 28 e seu parágrafo único da Lei das Contravenções Penais, bem como a alínea f, do artigo 26, da Lei 4.771/65.

³⁹⁰ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 70.

³⁹¹ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 100.

Art. 43: (Vetado).

Art. 44, *in verbis*:

Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico: é o equilíbrio ecológico; **objeto material:** são as pedras, a areia, a cal ou os minerais extraídos das florestas de domínio público ou de preservação permanente. Visa o presente delito evitar a deterioração das florestas, causando assoreamento no local. **Consumação:** com a efetiva extração, admitindo-se a **tentativa** por se tratar de crime material de dano. **Elemento subjetivo:** somente o dolo, abrangente na consciência de que os materiais extraídos das florestas são de domínio público. **Elemento normativo:** está contido na expressão 'sem prévia autorização'. A licença a que se refere o delito é aquela concedida pelo IBAMA ou pelo DNOS (Departamento Nacional de Obras e Saneamento).³⁹²

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica sem prévia autorização; **sujeito passivo:** diretamente, a coletividade; indiretamente, o proprietário, o possuidor do bem atingido; A **conduta** é a *extrair* (tirar para fora, arrancar) pedra, areia, cal, ou qualquer espécie de mineral. A área de retirada do mineral tem que ser considerada de preservação permanente. A conduta, quando autorizada, não configura o crime, pois a expressão "sem prévia autorização" é **elemento normativo** do tipo.³⁹³

O crime acima revogou tacitamente o Art. 26, alínea "o", do Código Florestal.

³⁹² Ernani Constantino, op. cit., p. 157.

³⁹³ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 72.

Art. 45, *in verbis*:

Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena: reclusão, de um a dois anos, e multa.

Objeto jurídico do delito: equilíbrio ecológico; **O objeto material do delito** é a conhecida madeira de lei, ou seja, madeira considerada nobre. Tal tipo de madeira é retirada, normalmente, de araucária, imbuia, cedro, carvalho, ensinho, machieiro, savereiro, dentre outras.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica; **sujeito passivo:** diretamente a coletividade, e indiretamente, o proprietário ou possuidor do bem atingido. A **conduta** punível é cortar ou transformar. *Cortar* significa separar, dividir com instrumento cortante. *Transformar* significa dar nova forma diversa, mudar.³⁹⁴

Elemento subjetivo: dolo genérico e específico (consciência por parte do sujeito ativo de que madeira cortada por ele, é classificada como de lei). Não admite a modalidade culposa; o **Elemento normativo** do tipo que é a expressão "em desacordo com as determinações legais"; **Consumação:** com o efetivo corte ou a transformação da madeira em carvão, admitindo-se a **tentativa** por ser crime material de **dano**.³⁹⁵

A definição de madeira de lei depende de ato do Poder Público, caracterizando mais um **tipo de norma penal em branco**.³⁹⁶

Com a tipificação acima, foi revogada a alínea "p", do Art. 26, da Lei 4771/65 (Código Florestal).

³⁹⁴ Vladimir e Gilberto Freitas, *op. cit.*, p. 133.

³⁹⁵ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 159.

³⁹⁶ Édis Milaré, *op. cit.*, p. 384.

Art.: 46, *in verbis*:

Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento;

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, e põe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico, já que o tipo penal previne a extração e o comércio descontrolados de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal (**objeto material**). Aqui, o legislador também protegeu as chamadas madeiras nobres (araucária, imbuia, cedro, carvalho, ensinho, savereiro, machieiro, etc.).

Trata-se de **delito de ação múltipla** ou de **conteúdo variado**, possuindo, como núcleo do tipo, diversos verbos, como vender, expor à venda, ter em depósito, etc.. **Sujeito ativo:** qualquer pessoa física ou jurídica; **Sujeito passivo:** a coletividade. **Consumação:** com o efetivo recebimento, aquisição, venda, exposição à venda, manutenção em depósito, transporte ou guarda de madeira, lenha etc.; **Tentativa:** é possível nos verbos receber e adquirir (caput) e vender (parágrafo único).³⁹⁷

Elemento subjetivo: num primeiro plano, é o dolo abrangente dos elementos normativos do tipo; num segundo, é o dolo específico ou o especial fim de agir (o fim comercial ou industrial de sua atuação, consubstanciado na expressão 'para fins comerciais ou industriais'). Assim sendo, pune-se aquele que extrai palmito de área de preservação permanente. **Elementos normativos** estão contidos nas

³⁹⁷ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 135.

seguintes expressões: “sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente” e “sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento” (caput) e “sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente” (parágrafo único).³⁹⁸

É o documento conhecido como “Guia Florestal”, que deve estar presente em todo movimento do material de origem vegetal. Ela é dispensada se a lenha é utilizada para fins domésticos ou se o produto já foi beneficiado, acabado ou manufaturado, pronto para ser comercializado. Por essa razão é que o artigo não alcança o consumidor final. Ressalta-se que tal exigência está expressamente disciplinada na Instrução Normativa, número 1/80, expedida pelo IBDF, que além do mais, obriga a reposição com espécies florestais adequadas, observadas as disposições da legislação pertinente, bem como as peculiaridades regionais e determinações das respectivas Delegacias.³⁹⁹

Com nova tipificação, foram revogadas a alínea “c”, “h” e “i” do Art. 26, da Lei 4771/65.

Art. 47 (Vetado)

Art. 48, *in verbis*:

Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação; Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico, garantindo à própria natureza dela própria empregar, com êxito, sua força de regenerar as florestas e demais formas de vegetação suprimidas pela mão do homem (**objeto material**).

De acordo com o Dicionário de ecologia e do meio ambiente, regeneração é:

³⁹⁸ Ernani Constantino, op. cit., p. 161.

³⁹⁹ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 76.

(...) a reconstrução de uma parte destruída. No caso de floresta, trata-se de operações de reflorestação; um corte parcial favorece a regeneração natural por sementeira ou talhada, segundo os casos. É indispensável regenerar os povoamentos envelhecidos e não colher mais do que aquilo que a floresta produz, a fim de prevenir o futuro.⁴⁰⁰

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive, proprietária do local; **Sujeito passivo:** a coletividade diretamente, e o proprietário ou possuidor, indiretamente; **Elemento subjetivo:** é o dolo direto ou eventual.

A **conduta** punível é o ato de impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas. *Impedir* é proibir, interromper; *dificultar* é tornar difícil; **Consumação:** com o efetivo impedimento ou criação de dificuldades para que a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação se opere, admitindo-se, a **tentativa**.⁴⁰¹

A regeneração natural das florestas consiste em deixar a vegetação, por si só, realizar o trabalho de reconstrução. Pune-se quem impede ou dificulta o trabalho de crescimento vegetativo que ocorre naturalmente.

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, sendo aplicável todos os institutos da Lei 9.099/95. Foi revogado o Artigo 26, alínea "g", da Lei 4771/65.

Art. 49, *in verbis*:

Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia;

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

⁴⁰⁰ Henri Friedel. **Dicionário de ecologia e do meio ambiente**, p. 230.

⁴⁰¹ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 163.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico, consubstanciado na preservação da flora, especialmente das 'plantas ornamentais existentes em logradouros públicos ou em propriedades privadas alheias' – **objeto material**. Plantas são qualquer vegetação utilizada para ostentação com o intuito de embelezamento do logradouro público ou em qualquer propriedade privada.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física imputável. Também poderia sê-lo a pessoa jurídica, inclusive no exercício de atividades delegadas pelo Poder Público, se exercidas com desvio de finalidade; **Sujeito passivo:** diretamente a coletividade, indiretamente, o proprietário ou possuidor do local onde as plantas se encontram; **Elemento subjetivo:** só o dolo direto ou eventual; **Elementos normativos** estão contidos nas seguintes expressões: "logradouros públicos ou em propriedade privada alheia" (caput).⁴⁰²

Aqui o legislador pune a **conduta** daqueles que, sem qualquer justificativa, destrói, danifica, lesa ou maltrata as plantas de ornamentação, sejam elas de logradouro público ou de propriedade privada alheia. Trata-se de **crime de ação múltipla e conteúdo variado**, pois na prática de qualquer desses verbos, responderá o agente pelo delito em questão, que na legislação anterior era mera contravenção penal.⁴⁰³

Consumação: com referência aos verbos destruir, danificar e lesar, trata-se de crime de dano, perfazendo-se somente com a efetiva destruição total ou parcial das plantas; quanto ao verbo maltratar, cuida-se de crime de perigo,

⁴⁰² Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 146.

⁴⁰³ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 79.

bastando a simples exposição do objeto material a perigo de dano, quando o mesmo é tratado de maneira inadequada; **Tentativa**: somente nas hipóteses de dano.⁴⁰⁴

Trata-se de crime de menor potencial ofensivo. O delito revogou o Artigo 26, alínea "n" da Lei 4.771/65.

Art. 50, in verbis:

Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação;

Pena - detenção de três meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico que advém da necessária preservação da flora, especialmente das 'florestas nativas' ou 'plantadas' e, ainda, da vegetação fixadora de dunas e protetora de mangues – **objeto material**.⁴⁰⁵

Duna é a formação arenosa e movediça transportada e depositada pela ação de ventos predominantes. As dunas apresentam alturas variadas, chegando, em alguns casos, a até 100 (cem) metros. Podem ser encontradas principalmente nos desertos arenosos e em algumas regiões litorâneas.

Mangue é a área costeira, baixa e plana, sujeita à inundações das marés, e também o nome vulgar genérico aplicado, com objetivos diversificadores à diferentes plantas típicas do manguezal.

Antes do delito acima, as dunas e mangues eram protegidos somente na esfera cível. Sua importância é tamanha que o legislador resolveu punir criminalmente aquele que destruiu as florestas nativas ou plantadas ou a vegetação fixadora de dunas e protetora de mangues.

⁴⁰⁴ Emani Constantino, op. cit., p. 167.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 168.

O tipo é de norma penal em branco, porque o artigo não esclarece o que se deva entender por vegetação fixadora de duna e protetora de mangue.⁴⁰⁶

Sujeito ativo: qualquer pessoa imputável, inclusive, a pessoa jurídica; **Sujeito passivo:** diretamente, a coletividade; e, indiretamente, o proprietário ou o possuidor do bem atingido. **Consumação:** com a efetiva destruição ou danificação, admitindo-se a **tentativa** por ser crime material.⁴⁰⁷

Elemento subjetivo: somente o dolo direto ou eventual; **Elemento normativo:** está contido na expressão objeto de especial preservação, que faz, também, do presente artigo uma **norma penal em branco**.⁴⁰⁸

Art. 51, *in verbis*:

Comercializar motos-serra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação sem licença ou registro da autoridade competente;

Pena – detenção de três meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico que advém da necessária preservação da flora, especialmente das 'florestas, e demais formas de vegetação que a compõem' – **objeto material**.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física imputável e também a pessoa jurídica; **Sujeito passivo:** a coletividade.⁴⁰⁹

Elemento subjetivo: somente o dolo direto ou eventual, inexistindo a modalidade culposa; **Elemento normativo:** está contido na expressão 'sem licença ou registro da autoridade competente'. A autorização para a utilização e comercialização de moto-serra é competência do IBAMA.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

⁴⁰⁷ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 148.

⁴⁰⁸ Emani Constantino, op. cit., p. 169.

⁴⁰⁹ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 150.

⁴¹⁰ Luiz Regis Prado, op. cit., p. 117.

Conduta: comercializar quer dizer tornar comerciável, colocar no mercado; utilizar, significa fazer uso de; motosserra é uma serra dotada de motor elétrico ou a explosão, que serve para cortar ou serrar madeira. **Consumação:** no tocante ao verbo comercializar, basta a colocação da motosserra no mercado por se tratar de crime de **perigo abstrato**⁴¹¹, enquanto que com relação ao verbo utilizar, há necessidade do efetivo uso da motosserra de crime de **dano**. **Tentativa** é possível.⁴¹²

Com o novo crime, foi revogado tacitamente o Art. 45, § 3º, do Código Florestal.

Art. 52, *in verbis*:

Penetrar em Unidades de Conservação, conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para a caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente;

Pena: detenção de seis meses a um ano, e multa.

A **objetividade jurídica** é a preservação do ambiente, particularmente no que toca à integridade da flora e da fauna, existentes nas 'Unidades de Conservação' – **objeto material**. **Elemento subjetivo:** é o dolo de perigo (**crime de perigo abstrato**⁴¹³); **Elemento normativo:** está contido na expressão 'sem licença da autoridade competente'. **Sujeito ativo:** qualquer pessoa física imputável; **Sujeito passivo:** a coletividade; **Consumação:** é crime de mera conduta. Admissível a **tentativa**. As Unidades de Conservação estão descritas no § 1º. do Art. 41, da Lei 9.605/98.⁴¹⁴

Um exemplo de Unidade de Conservação são os parques, que nas palavras de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

⁴¹¹ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

⁴¹² Ernani Constantino, op. cit., p. 170.

⁴¹³ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

⁴¹⁴ Ernani Constantino, op. cit., p. 171.

(...) deve ter a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos.⁴¹⁵

O tipo se refere à *substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração*, que podem ser armas, redes, venenos, explosivos, etc., porém não os define caracterizando um **tipo é de norma penal em branco**.⁴¹⁶ A autoridade competente para expedir a autorização é o IBAMA.

O tipo examinado não se confunde com o crime previsto no Art. 29, da Lei 9.605. O delito do artigo 52 consiste no simples ingresso em Unidade de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça, enquanto que no Art. 29, o crime se configura com a efetiva morte, perseguição, caça, apanha ou utilização de espécimes da fauna silvestre, embora possa o delito em estudo anteceder a prática do crime contra a fauna.⁴¹⁷

Com o delito acima, ficou revogado o art. 26, alínea "C" da Lei 4771/65.

Art. 53, *in verbis*:

Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um terço a um sexto se:

I – do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático;

II – o crime é cometido:

no período de queda das sementes;

no período de formação de vegetações;

contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra no local da infração;

em época de seca ou inundações;

durante a noite, em domingo ou feriado.

⁴¹⁵ **Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação**, p.24.

⁴¹⁶ Édis Milaré, *op. cit.*, p. 384.

⁴¹⁷ Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 121.

As causas de aumento deste artigo, devem ser atribuídas ao agente, em regra, a título de **preterdolo**, isto é, o infrator age com dolo no antecedente (na prática dos crimes dessa Seção) e com culpa no conseqüente (resultado mais grave, aqui previsto). Nada impede, porém, que o agente comporte-se com dolo e dolo, ou seja, com dolo no cometimento do crime e dolo no que tange ao resultado mais gravoso; nesse caso, cabe ao Juiz exasperar a pena base.⁴¹⁸

O aumento de pena ocorre quando a conduta é praticada em período que a preservação ambiental deveria ser maior, como na época da seca, inundação, período de formação das vegetações, etc.

1.3. POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS

De acordo com Ernani Constantino o verbo **poluir** vem do Latim, *de polluere*, que significa: molhar sujando, sujar, emporcalhar, profanar, cometer um sacrilégio, violar, manchar. Assim, o vocábulo **poluição** tem a mesma origem latina, vindo de *pollutio-pollutionis*, que quer dizer mancha, nódoa, sujidade.

Num conceito mais moderno, entretanto, podemos afirmar que poluição é a contaminação dos diversos ambientes vitais (terra, água, ar), pelo fato de o homem introduzir neles substâncias ou energias nocivas, acarretando vários danos ao bom desenvolvimento da vida de todos os seres – humanos, animais e vegetais, bem como, provocando prejuízos à própria conservação dos recursos naturais disponíveis.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Ernani Constantino, op. cit., p. 174.

⁴¹⁹ Ibid., p. 175.

Para Hely Lopes Meirelles, poluição “é toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos”.⁴²⁰

Esta Lei revogou o art. 15 da Lei 6.938/81, alterada pela Lei 7.804/89, que dispunha sobre a política nacional do meio ambiente.

Contudo, as contravenções penais previstas nos Artigos 38 (poluição do ar) e 42 (poluição sonora), não foram revogados pela nova Lei. Neste último caso, o bem jurídico tutelado é a coletividade, ou seja, é o bem jurídico coletivo.⁴²¹

Art. 54, in verbis:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade ou a destruição significativa da flora;

Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é culposo:

Pena: detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º - Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos à saúde da população;

III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas;

Pena: reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º - Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior que deixar de adotar, quando assim exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

⁴²⁰ **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 489.

⁴²¹ Luiz Paulo Sirvinskas, p. 85.

O **bem jurídico** tutelado é o meio ambiente e a saúde pública; **Objeto material**: são os seres humanos e os demais seres da fauna e da flora; **Sujeito ativo**: é qualquer pessoa imputável, inclusive, a pessoa jurídica. Aliás, esse delito é que mais se afeiçoa à possibilidade de ser praticado por esta última: assim, por exemplo, indústria que lança detritos em um rio, sem tratamento; **sujeito passivo**, a coletividade em geral. **Conduta**: causar poluição implica, em princípio, conduta comissiva, ou seja, aquela em que a realização do tipo se manifesta por atos positivos. Nada impede, entretanto, que tal conduta se apresente de forma omissiva, ou seja, que o agente deixe de praticar ato a que estava obrigado, com a intenção de se omitir. Por exemplo, capitão de navio que não impede a tripulação de lançar lixo ao mar. **Consumação**: com a efetiva poluição do ambiente, desde que dela resulte dano ou perigo (concreto) de dano à saúde pública, mortandade de animais ou a destruição significativa da flora; **tentativa**: é possível.⁴²²

Elemento subjetivo: no caput só o dolo, direto ou eventual, consistente na consciência de que a poluição ocasionada seja 'em níveis tais'; No parágrafo, 1º, hipótese da culpa *stricto sensu*, nas modalidades imprudência, negligência e imperícia; No parágrafo, 2º, a regra é o preterdolo (dolo no antecedente e culpa no conseqüente); No parágrafo 3º, temos uma figura omissiva própria dolosa (deixar de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, quando assim o exigir a autoridade). É bom lembrar que os crimes omissivos próprios são delitos de mera conduta; já os crimes omissivos impróprios são infrações penais de conduta e resultado, cometidas, entretanto, por meio de omissão e não de ação. **Elementos normativos** estão contidos nas expressões: do caput, 'de qualquer natureza' e 'em níveis tais' (no

⁴²² Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 170.

tocante à poluição), bem com no adjetivo 'significativa' (de destruição); no parágrafo 2º, inciso I 'imprópria'; inciso II, 'ainda que momentânea'; inciso III e IV, o adjetivo 'público'; no inciso V, 'em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamentos'; no parágrafo 3º: 'quando assim o exigir a autoridade competente', 'medidas de precaução' e 'dano ambiental grave ou irreversível'.⁴²³

A expressão que 'resultem danos à saúde humana', constitui-se em elemento normativo do tipo, devendo ser provado por se caracterizar esse delito e **crime de perigo concreto**.⁴²⁴

A pena aumenta se o crime torna uma área imprópria para ocupação humana, caso que pode ocorrer nos terrenos dos lixões existentes nas grandes cidades ou nos aterros sanitários. Também terá pena maior aquele que, com sua conduta dificulta ou impede o uso público das praias.

A poluição sonora é a produção de ruídos ou vibrações em desacordo com as precauções legais, sendo, no caso, a complementação do tipo se dará por ato administrativo de responsabilidade da CETESB.

Entende-se por poluição visual a colocação de cartazes, placas de sinalizações ou de propaganda em geral em lugares residenciais ou comerciais urbanos, nas ruas ou estradas, fazendo com que a cidade fique feia e suja, causando má impressão.

Com a nova conduta delitiva, não foram revogados os artigos 252, 270, e 271, todos do Código Penal, porque os tipos destes artigos se referem a água potável e não qualquer espécie de água, nem o artigo 38 da Lei das Contravenções Penais, na medida em que prevê conseqüências menores, ou seja,

⁴²³ Ernani Constantino, op. cit., p. 178.

⁴²⁴ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 118.

provocar 'emissão de fumaça, vapor ou gás com certo abuso' e não como o presente artigo, que fala 'em níveis tais' dando a entender ser em dimensões mais elevadas.⁴²⁵

Art. 55, *in verbis*:

Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença ou em desacordo com a obtida;

Pena: detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

Objeto jurídico do delito: é o equilíbrio ecológico que advém da necessária preservação do solo e do subsolo, com os 'recursos minerais' que lhes são inerentes – **objeto material**, circunscrevendo-se as atividades extrativistas ao mínimo possível;

Sujeito ativo: qualquer pessoa física e também a pessoa jurídica para os que defendem sua responsabilização penal; **Sujeito passivo:** a coletividade; **Conduta:** consiste em executar a pesquisa, a lavra ou a extração de recursos naturais sem autorização, permissão, concessão ou licença da autoridade competente.⁴²⁶

Elemento subjetivo: somente o dolo, inexistindo modalidade culposa; **Elementos normativos:** no caput, estão contidos no enunciado 'sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença', bem como na locução 'ou em desacordo com a obtida'. No parágrafo único: encontra-se na expressão 'nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente'

⁴²⁵ Ernani Constantino, op. cit., p. 181.

⁴²⁶ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 184.

Autorização: é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de uma atividade material, tendo, como regra, caráter precário; **permissão** é o ato unilateral pelo qual a administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público; **concessão** é a designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém, podendo ser bilateral ou unilateral; **licença** é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos.⁴²⁷

Consuma-se o delito: no caput, com a efetiva execução da pesquisa, lavra ou extração dos recursos minerais, sem autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida (trata-se de crime material). No parágrafo único, perfaz-se o crime com a mera conduta de não recuperar a área pesquisada ou explorada (cuida-se de delito de mera conduta); **Tentativa:** é possível na forma comissiva do caput.⁴²⁸

É crime de perigo abstrato.⁴²⁹

Art. 56, *in verbis*:

Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos;

Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidas no caput, que os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

⁴²⁷ Celso Antônio Bandeira Mello, **Curso de Direito Administrativo**, p. 209.

⁴²⁸ Luiz Paulo Sirvinskis, *op. cit.*, p. 89.

⁴²⁹ Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 117.

§ 2º - Se o produto ou substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º - Se o crime é culposos;

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado; **Objeto material**: são os produtos ou substâncias tóxicas perigosas ou nocivas, sobre as quais recai a conduta de produzir, processar, embalar, importar, exportar, etc.

Conduta: Produzir é criar, gerar, dar existência. Processar é a maneira de operar. Embalar é empacotar, enfardar. Importar consiste em fazer entrar no País. Exportar quer dizer transportar para fora do País, Estado ou Município. Comercializar é tornar comercial, fazer entrar no comércio, dispor. Fornecer significa prover, entregar, abastecer. Transportar, na conformidade do dispositivo em questão, quer dizer conduzir o produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva, de um lugar para outro. Armazenar significa recolher em armazém, conservar, reunir. Guardar é ter sob cuidado ou sob vigilância. Usar quer dizer servir-se. E ter em depósito é conservar ou reter a coisa à sua disposição.⁴³⁰

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal); **Sujeito passivo**: a coletividade e as pessoas atingidas pela conduta delituosa; **Consuma-se** o crime (de ação múltipla e conteúdo variado) e de (perigo abstrato⁴³¹) com a simples conduta do agente e não precisa ser comprovado, porque todos os verbos acima ensejam crime de perigo abstrato; **Tentativa**: é possível, exceto no verbo 'abandonar'. **Elementos subjetivos**: no caput e nos parágrafos 1º e 2º, somente o dolo direto ou eventual.

⁴³⁰ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 189.

⁴³¹ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

No parágrafo 3º, admite-se a culpa *stricto sensu* nas modalidades imprudência, imperícia e negligência; **Elementos normativos:** no caput. nos adjetivos 'tóxica', 'perigosa' e 'nociva', bem como na expressão 'em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos'; no parágrafo 1º na locução 'em desacordo com as normas de segurança'; no parágrafo 2º nos adjetivos 'nuclear' e 'radioativo'.⁴³²

O legislador regulariza desde a produção até o transporte e a embalagem de substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente. Entretanto, o tipo é de norma penal em branco porque fica por conta de atos normativos extravagantes (Decreto 4.611) o conceito de produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente.⁴³³

"Art. 57 (vetado)"

"Art. 58, in verbis:

Nos crimes dolosos previstos nesta Seção, as penas serão aumentadas;

I – de um sexto a um terço, se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral;

II – de um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem;

III – até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Parágrafo único. As penalidades previstas neste artigo somente serão aplicadas se de fato não resultar crime mais grave".

São causas de aumento de pena. Trata-se de casos em que o meio ambiente é atingido e prejudicado de forma irreversível.

As causas de aumento de pena desse artigo devem ser atribuídas ao agente, em regra, a título de preterdolo, isto é, o infrator age com dolo no

⁴³² Ernani Constantino, op. cit., p. 188.

⁴³³ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

antecedente (na prática dos crimes dessa Secção) e com culpa no conseqüente (resultado mais grave, aqui previsto). Se na hipótese do Inciso I, agiu com dolo e dolo, cabe ao Juiz exasperar a pena base. É de se observar que só se aplicam as penalidades deste artigo se do fato não resulta crime mais grave, ou seja, se há outro delito cuja pena é mais grave, aplica-se esta última. Em regra, ocorrerá nas hipóteses do inciso II e III em que o agente agir com dolo. Se o crime inserido na Secção III for apenado com detenção (como é o caso do art. 55, caput, e parágrafo único, por exemplo), deve-se aplicar a pena da lesão corporal grave, em detrimento da prevista na Lei Ambiental.⁴³⁴

"Art. 59: (vetado)".

"Art. 60, *in verbis*:

Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares;

Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente".

Objeto jurídico do delito: é a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A norma busca fazer com que as atividades de maior vulto sejam realizadas com o acompanhamento da autoridade ambiental, evitando condutas individualistas e muitas vezes nocivas ao meio ambiente; **Objeto material**: são os estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sobre os quais recai a conduta de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar; **Sujeito ativo**: qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal); **Sujeito passivo**: a coletividade.⁴³⁵

⁴³⁴ Ermani Constantino, op. cit., p. 190.

⁴³⁵ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 194.

O legislador pune a **conduta** daquele que constrói (edifica, da estrutura), reforma (dá nova forma, recupera, restaura), amplia (aumenta, alarga), instala (monta, organiza) ou faz funcionar (coloca em movimento, em atividade, dá início) estabelecimento, obras ou serviços sem licença da autoridade e dos órgãos ambientais competentes, potencialmente poluidores.⁴³⁶

Consumação: com exposição da saúde humana ou do meio ambiente natural a perigo **abstrato** (segundo Constantino), **concreto** (segundo Luiz Regis Prado). Para a primeira posição não há necessidade de comprovação do perigo para a saúde humana, a fauna ou a flora. Para a segunda, essa comprovação deve ser feita; Tentativa: é admissível por se tratar de crime material.

Elemento subjetivo: somente o dolo de perigo (**abstrato**⁴³⁷), inexistindo culpa; **Elementos normativos** estão contidos nas seguintes expressões: 'em qualquer parte do território nacional'; 'potencialmente poluidores'; 'sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes'.⁴³⁸

Art. 61, *in verbis*:

Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora, ou aos ecossistemas;

Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O **bem jurídico** tutelado com o presente crime é o ambiente de uma forma geral, ou seja, a fauna, flora, a agricultura e a pecuária; **Conduta:** visa a lei proibir o ato de disseminar (espalhar, difundir, propagar) 'doença, praga ou espécies' – **objeto material** - que possam causar danos ao meio ambiente. Por ecossistema, deve-se entender a integração da comunidade de animais e plantas com o lugar por

⁴³⁶ Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 157.

⁴³⁷ Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 117.

⁴³⁸ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 194.

eles ocupado, de maneira que a vida desses seres ocorra no respectivo meio, de forma permanente e equilibrada. **Sujeito ativo:** qualquer pessoa física e jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal); **Sujeito passivo:** a coletividade.⁴³⁹

Elemento subjetivo: só o dolo de perigo, inexistindo a modalidade culposa; **Elemento normativo:** está contido na expressão 'que possam causar dano'.⁴⁴⁰ Esse elemento depende de comprovação por caracterizar um delito de perigo concreto.⁴⁴¹

Consumação: com a exposição da agricultura, da pecuária, da fauna, da flora ou dos ecossistemas a perigo **abstrato** (Constantino), **concreto** (Prado)⁴⁴² por disseminação de doença ou praga ou espécies que possam causar dano; **Tentativa:** é admissível por se tratar de crime material.

O presente dispositivo revogou implicitamente o art. 259 do Código Penal, sem, contudo, prever forma culposa para a conduta, o que antes era expresso no parágrafo único, do art. 259.

Praga: é um surto maléfico e transeunte; **Doença:** é o processo que provoca a debilitação, o enfraquecimento ou mesmo a superveniência da morte de plantas e animais (febre aftosa, peste suína, lagarta dos cafezais, cancro cítrico etc); **Espécies:** são exemplares potencialmente lesivos – vírus, bactérias, plantas ou animais exóticos etc., capazes de danificar a agricultura (plantações, campos cultivados), a pecuária (criação de gado), a fauna (conjunto de espécies animais de

⁴³⁹ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 196

⁴⁴⁰ Ernani Constantino, op. cit., p. 196.

⁴⁴¹ Alessandra R. M. Prado, op. cit., p. 117.

⁴⁴² Luiz Regis Prado, op. cit., p. 161.

uma determinada localidade), a flora (acervo de vegetais pertencente a uma região) ou os ecossistemas.

1.4. CRIMES CONTRA ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL

Não apenas a natureza, mas também o patrimônio histórico, cultural, artístico, arqueológico e paisagístico devem ser protegidos. Neste sentido dispõe a Constituição Federal no art. 216, referindo-se ao fato de tratar-se de patrimônio cultural brasileiro, e nos arts. 24, incisos VII, e VIII, e 30, inciso IX, estes dividindo as atribuições entre a União, Estados e Municípios.

A presente Seção cuida dos crimes contra ordenamento urbano e o patrimônio cultural, especificando as condutas delituosas, que lesionam ou expõem a perigo esse precioso acervo: o meio ambiente cultural – tesouro, onde estão depositados os marcos de nosso passado e do passado da Humanidade, bem como referências à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Para Édis Milaré:

Sob a denominação 'Patrimônio cultural', a atual Constituição abraçou os mais modernos concretos científicos sobre a matéria. Assim, o patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira.⁴⁴³

Ressalta José Afonso da Silva que o meio ambiente cultural:

⁴⁴³ Édis Milaré, op. cit., p. 184.

(...) é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial.⁴⁴⁴

Enquanto que para Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultural e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.⁴⁴⁵

Art. 62, *in verbis*:

Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de reclusão, sem prejuízo da multa.

Objeto jurídico do delito: é patrimônio cultural brasileiro, que integra o meio ambiente cultural. O legislador pune a **conduta** daquele que pratica destruição inutilização ou deterioração de bem especialmente protegido por lei, como por exemplo, um edifício tombado. Protege, também, arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar, que são o **objeto material** do delito. **Sujeito ativo:** qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem a responsabilização penal dessas); **Sujeito passivo:** a coletividade, e em segundo plano o proprietário (público ou particular); **Consumação:** com a efetiva destruição, inutilização ou deterioração do bem. Por ser crime de dano material, admite-se a **tentativa**.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴⁵ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴⁶ Vladimir e Gilberto Freitas, *op. cit.*, p. 201.

Segundo Luiz Paulo Sirvinskas, entende-se por Arquivo o lugar onde se guardam todos os documentos de valor histórico. Registro é o ato ou efeito de registrar e normalmente se faz no cartório de inscrição de fatos, atos, títulos e documentos. Museu é o lugar destinado não só ao estudo, mas à reunião de obras de arte, exposição de peças, quadros, coleções científicas onde existem objetos antigos. Biblioteca é a coleção de livros, dispostos ordenadamente, ou o armário em que estão dispostos, o edifício onde se encontram grandes coleções de livros para uso do público. Pinacoteca é a coleção de quadros ou museu de pintura. Instalação Científica é o lugar comumente utilizado para a reunião de cientistas a fim de discutir temas atinentes à sua especialidade.⁴⁴⁷

Elementos subjetivos: no caput e respectivos incisos, só dolo, abrangente da consciência, por parte do infrator, de que o bem é especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial. No parágrafo único, a hipótese é de culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência ou imperícia).

Elementos normativos: estão contidos nas seguintes expressões: 'bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial' (inciso I); 'ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial' (inciso II).⁴⁴⁸

É um tipo de norma penal em branco, porque não são definidos quais os bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial.⁴⁴⁹

Para Vladimir e Gilberto Passos de Freitas:

Cuida-se de crime que depende da existência de norma que o complemente. Esta poderá ser outra lei, ato administrativo (tombamento) ou decisão judicial (liminar, sentença, acórdão, qualquer determinação, enfim,

⁴⁴⁷ Luiz Paulo Sirvinskas, op. cit., p. 97.

⁴⁴⁸ Ernani Constantino, op. cit., p. 200.

⁴⁴⁹ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

de qualquer instância ou juízo). A denúncia e, com maior razão, a sentença deverão fazer explícita referência à norma que complementa o tipo penal, a fim de que o acusado possa exercer sua defesa com plenitude.⁴⁵⁰

Art. 63, *in verbis*:

Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida;

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa.

Neste artigo, o **objeto jurídico** tutelado também é o patrimônio cultural.

O **objeto material**: é a edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou por decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, cultural, turístico, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental; A **conduta** é alterar, que significa mudar, modificar, desfigurar.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física e jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal); **Sujeito passivo**: a coletividade, em segundo plano o proprietário do bem, público ou particular; **Consumação**: com a efetiva alteração do aspecto ou estrutura da edificação ou local. Trata-se de crime de dano, admitindo-se a **tentativa**.

Elemento subjetivo: só o dolo. Exige-se que o infrator saiba que o bem é especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; **Elementos normativos**: estão contidos nas expressões: 'valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental'; e 'sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida'.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, op. cit., p. 202.

⁴⁵¹ Ernani Constantivo, op. cit., p. 206.

É de se observar que, a legislação permite que se faça alterações em edificações contanto que devidamente autorizado pelo órgão competente, que no Estado de São Paulo é o CONDHEPHAAT e na esfera Federal é a SPHAN. Com a nova tipificação, foi revogado o art. 166 do Código Penal.

Art. 64, *in verbis*:

Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida;

Pena: detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Objeto jurídico do delito: é o patrimônio cultural. O legislador tutela o solo não edificável ou no seu entorno – **objeto material**: são as áreas onde existem bem patrimonial de valor considerável ou ao seu redor. Por exemplo, praças, áreas de preservação permanente, em redor de monumentos etc.

Conduta: incide no tipo penal não só quem promove ou determina a construção, como quem efetivamente executa a edificação nessas áreas ou em seu entorno; **Sujeito ativo**: qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal), inclusive o proprietário; **Sujeito passivo**: a coletividade, em segundo plano o proprietário e o poder público que emitiu a ordem; A **consumação** do delito ocorre com o início da construção, admitindo-se a **tentativa**.

Elemento subjetivo: somente o dolo, consistente na consciência do infrator, de que determinado solo ou seu entorno não são edificáveis; **Elementos normativos**: estão contidos nas seguintes expressões: 'valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso arqueológico, etnográfico ou

monumental'; e 'sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida'.⁴⁵²

Art. 65, *in verbis*:

Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano;

Pena: detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Objeto jurídico do delito: preservação do patrimônio cultural e do equilíbrio no ordenamento urbano, principalmente do ponto de vista estético; **Objeto material**: é a edificação ou o monumento urbano (*caput*), bem como a coisa tombada (parágrafo único).

O legislador pune uma conduta normalmente praticada por adolescentes que, nos grandes centros, saem durante a noite para pichar muros e demais edificações. A conduta punível é pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano. **Consuma-se** com a efetiva realização dos verbos e, em se tratando de crime material de dano, admite-se a **tentativa**.

Pichar é pintar paredes de logradouros públicos ou privados com figuras, danificando-os. *Grafitar* é também pintar locais previamente determinadas para esse fim, com figuras artísticas mais apuradas. *Conspurcar* é sujar, corromper ou macular.⁴⁵³

Assim, é crime o fato de urinar, defecar ou despejar lixo em propriedade privada ou pública. Aqui, o agente pratica a conduta dolosa, não admitindo a forma culposa. Se as condutas de pichar, grafitar ou conspurcar for

⁴⁵² Emani Constantino, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁵³ Luís Paulo Sirvinskas, *op. cit.*, p. 102.

praticada em monumentos ou coisa tombada, em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena será agravada.

Sujeito ativo: qualquer pessoa física; **Sujeito passivo:** a coletividade, e em segundo plano o proprietário do bem e poder público que emitiu a proibição; **Elemento subjetivo:** só o dolo, direto ou eventual; **Elementos normativos:** estão contidos nas expressões: 'urbano' (*caput*); e 'valor artístico, arqueológico ou histórico' (parágrafo único).⁴⁵⁴

1.5. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL

Visando tutelar a administração pública ambiental, a nova lei, especificamente na Seção V, do Capítulo V, reservou quatro artigos, tipificando condutas delituosas praticadas por funcionários públicos e por particulares.

Os dois primeiros artigos cuidam de crimes praticados por funcionários públicos, sendo, portanto, crimes próprios. Os dois últimos, ou seja, os delitos descritos nos artigos 68 e 69, são crimes praticados por particulares contra a administração pública ambiental.⁴⁵⁵

Os crimes ora reportados, possuem penas mínimas de um ano de reclusão e de detenção. Assim, para tais delitos, aplica-se somente o instituto do *sursis* processual (art. 89 da Lei 9.099/95), não sendo considerados crimes de menor potencial ofensivo. É de se observar que, na modalidade culposa dos artigos 67 e 68, aplica-se a Lei 9.099 como um todo, cabendo, inclusive, a transação penal do art. 76.

⁴⁵⁴ Ernani Constantino, op. cit., p. 209.

⁴⁵⁵ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 211.

Como se depreende das penas abstratamente cominadas, o legislador pune mais severamente o funcionário público do que o particular, agravando a pena daquele⁴⁵⁶.

Art. 66, *in verbis*:

Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental;

Pena: reclusão, de um a três anos, e multa.

Objeto jurídico do delito: a administração pública ambiental, no que diz respeito à confiabilidade que deve inspirar a atuação dos funcionários públicos nesta área, bem como a fé pública que a sociedade deposita em declarações, informações ou dados produzidos por agentes públicos, em procedimentos de natureza ambiental; **Objeto material:** o procedimento de autorização ou de licenciamento ambiental, considerado em sua totalidade.

O art. 232, do CPP, fornece-nos a conceituação documento, *in verbis*:

Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único: à fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

(...) documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de um ato juridicamente relevante. Para o Código, é o escrito, instrumento ou papel público ou particular.

Nesses termos, "instrumento é o destinado a prova", ou seja, confeccionado para provar determinados fatos (probatórios ou escritos *ad*

⁴⁵⁶ Luiz Paulo Sirvinskas, *op. cit.*, p. 103.

probationem), entre eles os escritos para criar o ato na forma exigida pela lei (constitutivos *ad substantiam* ou *ad solenitatem*), como por exemplo, o pacto antenupcial, que só existe por escritura pública (art. 134, I, do CC).

Papéis são documentos eventuais, escritos não produzidos para provar um fato, mas que podem ser públicos, expedidos na forma prescrita em lei pelo funcionário público no exercício de sua função, ou particulares elaborados por particular, sem a interferência de funcionário público no exercício de suas funções.

Para os efeitos penais, equiparam-se aos documentos públicos os emanados de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (art. 297, parágrafo 2º, do CP). Por outro lado, se ao documento público faltar qualquer requisito legal para sua autenticidade, valerá ele como particular, desde que, evidentemente, assinado.⁴⁵⁷

Sujeito ativo: trata-se de crime próprio, podendo ser praticado somente por funcionário público; **Sujeito passivo:** a coletividade, e em segundo plano, o Poder Público para o qual o funcionário trabalha (União, Estados e Municípios). É de se observar que nos termos do art. 30, as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando elementares do crime, de forma que é possível a existência de Co-autoria.

A **conduta delitiva** consiste: em *fazer, afirmação falsa ou enganosa, ou seja, dizer uma coisa distinta da verdade; Omitir a verdade* ou deixar de reproduzir a realidade de um ato ou fato. A conduta, neste caso, é comissiva. Finalmente, *sonegar informações ou dados técnicos* é esconder. Atitude omissiva também.

⁴⁵⁷ Código de Processo Penal Interpretado, p. 281.

Elemento subjetivo: o autor age com dolo, ou seja, vontade livre e consciente de querer praticar uma das condutas descritas no tipo penal, não existindo modalidade culposa; **Elementos normativos:** estão contidos nas seguintes expressões: '*funcionário público*'; '*licença, autorização ou permissão*'; '*em desacordo com as normas ambientais*'; '*ato autorizativo do Poder Público*'.⁴⁵⁸

O conceito de funcionário público é dado pelo art. 327, *caput*, parág. 1º, do Código Penal.⁴⁵⁹

O crime **consuma-se** com o encerramento do ato procedimental em que o funcionário público faz afirmação falsa ou enganosa, omite a verdade ou sonega informações ou dados. A **tentativa** é admissível, em tese.⁴⁶⁰

É necessário não confundir autorização e licença, visto que esta pressupõe direito subjetivo ao desempenho da atividade, enquanto aquela independe da anterior existência de direito a ser exercido.

Em nada justifica o legislador punir o crime em tela com reclusão, pois o delito descrito no Art. 67, na opinião da doutrina majoritária, é mais grave e apenado somente com detenção.

Art. 67, *in verbis*:

Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público;

Pena: detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único: Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa".

⁴⁵⁸ Ernani Constantino, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁵⁹ Alessandra R. M. Prado, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁶⁰ Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 165.

Objeto jurídico do delito: a Administração Pública Ambiental; **Objeto material**: são a licença, a autorização ou a permissão, sobre os quais recai a conduta de conceder.

É necessário distinguir a licença, da autorização e da permissão. Assim, licença é ato administrativo vinculado, pelo qual a Administração Pública permite que aquele que atendeu a determinados requisitos desempenhe uma atividade. *Autorização* é ato discricionário através do qual se faculta ao particular a realização de uma atividade, a utilização de um bem ou serviço, que, sem aquele, seriam vedados por lei.

Já a *permissão*, segundo Hely Lopes Meirelles:

(...) é ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração.⁴⁶¹

Sujeito ativo: o funcionário público admitindo-se a co-autoria nos termos do art. 30, CP; **Sujeito passivo**: a coletividade, e em segundo plano o Poder Público para o qual o funcionário público trabalha;

Aqui, o legislador resolveu punir a **conduta** do funcionário público que concede a licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público. Poderão ser enquadrados neste delito, por exemplo, os fiscais do IBAMA, o Poder Público Municipal, a empresa contratante com a municipalidade responsável pelo lixo orgânico, etc.⁴⁶²

⁴⁶¹ **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 165.

⁴⁶² Luís Paulo Sirvinskas, *op. cit.*, p. 105.

A **consumação** se dá com a concessão da licença, autorização ou permissão, em desacordo com as normas ambientais. Trata-se de crime formal, que independe de qualquer resultado lesivo, decorrente das práticas acima; **Tentativa**: é possível.

Elementos subjetivos: só o dolo, direto ou eventual, consistente na consciência por parte do funcionário público, de que ele está atuando *em desacordo com às normas ambientais (caput)* e a culpa no parágrafo único; **Elementos normativos**: estão contidas nas seguintes expressões: '*funcionário público*'; '*licença, autorização ou permissão*'; '*em desacordo com as normas ambientais*'; '*ato autorizativo do Poder Público*'.⁴⁶³

Trata-se de mais uma norma penal em branco ("em desacordo com as normas ambientais") e que, tacitamente revogou o art. 21, da Lei. 6.453/77.⁴⁶⁴

Art. 68, *in verbis*:

Deixar aquele que tiver o seu dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental;

Pena: detenção de um a três anos e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Objeto jurídico do delito: a administração pública ambiental; **Objeto material**: é a obrigação de relevante interesse ambiental, sobre o qual recai a conduta de deixar de cumprir; **Sujeito ativo**: qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem a sua responsabilização penal); **Sujeito passivo**: a coletividade, e em segundo plano o Poder Público interessado no cumprimento.

⁴⁶³ Ernani Constantino, op. cit., p. 216.

⁴⁶⁴ Édís Milaré, op. cit., p. 384.

A **conduta** punível é o ato de deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. O objetivo do legislador é reprimir a conduta daqueles que têm obrigação legal ou contratual de zelar pelo meio ambiente; **Consumação**: com a omissão do cumprimento da obrigação legal ou contratual. Por se tratar de crime omissivo próprio, de mera conduta, inadmissível a **tentativa**.

Elementos subjetivos: só o dolo, direto ou eventual no caput, admitindo o parágrafo único a modalidade culposa; **Elementos normativos**: estão contidos nas seguintes expressões: *dever legal ou contratual*; *obrigação de relevante interesse ambiental*.⁴⁶⁵

Trata-se de tipo penal aberto, ou seja, cuja abrangência alcança uma grande quantidade de situações fáticas, que exigirá inquestionável prudência do Ministério Público e do Poder Judiciário. É preciso que no caso concreto se examine detidamente a existência de dolo ou culpa, evitando-se o constrangimento de se submeter cidadãos às agruras do processo penal, sem que haja justa causa. Se não houver discernimento na apreciação dos fatos, as mais variadas atividades poderão, sob o critério subjetivo do autor da denúncia, configurar esse crime.⁴⁶⁶

Somente a jurisprudência poderá definir o conceito de obrigação de relevante interesse ambiental.

Novamente, estamos diante de uma norma penal em branco (*dever legal ou contratual*). Com esta nova conduta delitativa, foi revogado tacitamente o art. 16, da Lei. 7.802/89, bem como o art. 26, alínea J, do Código Florestal.⁴⁶⁷

Art. 69, *in verbis*:

⁴⁶⁵ Ernani Constantino, op. cit., p. 218.

⁴⁶⁶ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 216.

⁴⁶⁷ Édis Milaré, op. cit., p. 384.

Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Objeto jurídico do delito: a Administração Pública Ambiental; **Objeto material**: é a ação fiscalizadora dos agentes públicos ambientais, sobre a qual recai a **conduta** de obstar ou dificultar. A lei fala em: a) *obstar*, que significa impedir, causar embaraço ou impedimento; b) *dificultar* (tornar difícil, custoso).

Sujeito ativo: qualquer pessoa física ou jurídica (para os que admitem sua responsabilização penal); **Sujeito passivo**: a coletividade, e em segundo plano o Poder Público interessado na ação fiscalizatória, e num terceiro plano, os agentes que forem impedidos ou dificultados de fiscalizarem.

Elemento subjetivo: só o dolo, direto ou eventual, com a consciência pelo infrator que a ação fiscalizadora está dentro dos parâmetros da legalidade; **Elementos normativos**: estão contidos nas seguintes expressões: *ação fiscalizadora do Poder Público; questões ambientais*. **Consuma-se** o delito com as condutas de obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público, independentemente da superveniência de qualquer resultado. **Tentativa** é de difícil configuração.⁴⁶⁸

Esse tipo penal, tal qual o do artigo anterior, é aberto, pois de forma genérica criminalização que crie obstáculos à ação fiscalizadora do Poder Público. A redação utiliza a expressão Poder Público, porque cabe às três esferas de poder (federal, estadual e municipal) zelar pela proteção do meio ambiente (CF, art. 24, inc. VI). Foram revogados tacitamente os Artigos 17 e 27, *caput*, da Lei. 5.197/67.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Ernani Constantino, op. cit., p. 220.

⁴⁶⁹ Vladimir e Gilberto Freitas, op. cit., p. 21.

2. PRECONCEITO RACIAL – LEI 7.716/89

Art. 1º “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Este artigo, não insere, obviamente, norma incriminadora, mas, sim de caráter genérico ou declaratório, vinculada aos referidos preceitos da Lei Maior. Em sua redação original, contemplava apenas “os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”, abrangência alargada nos termos da Lei 9.459/97.

No item 8.3.2, do capítulo II, discorreremos sobre o conceito de racismo que, basicamente, traduz-se na crença da superioridade de um grupo de pessoas sobre outro.

Preconceito “é o julgamento negativo e prévio dos membros de uma raça, uma religião ou dos ocupantes de qualquer outro papel social significativo, e mantido apesar de fatos que o contradizem”.⁴⁷¹

Segregação racial é:

A “política que objetiva separar e/ou isolar, no seio de uma sociedade, minorias raciais e, por extensão, as étnicas, sociais, religiosas etc. A prática da segregação se caracteriza pelo isolamento territorial, econômico e sócio cultural em que é mantido o indivíduo ou o grupo discriminado”.

“Etnia, é o “grupo biológico e culturalmente homogêneo”.⁴⁷²

Procedência: é o lugar onde se procede, lugar de origem. **Nacional,** é o indivíduo que pertence à nação. **Nação** é um elemento mais sociológico-cultural do que propriamente jurídico. O que a caracteriza é a consciência de coexistência, como valor histórico-cultural.

⁴⁷¹ Apud James M. Jones, **Racismo e Preconceito**, Edgard Blucher, Edusp, p. 54.

⁴⁷² Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, citado.

Segundo José Silva Júnior⁴⁷³, mostra-se útil a conceituação clássica de Mancini: “Sociedade natural de homens com unidade de território, de costumes e de língua, afeitos a uma vida em comum e com uma consciência social”. Sobreleva o último elemento (componente psicológico – solidariedade, sentimento de lealdade).

Objeto jurídico – é o respeito devido à personalidade e à dignidade da pessoa humana, considerada não só individualmente, como coletivamente.

O tema dignidade da pessoa humana foi tratado o item 4, do capítulo I, deste trabalho. Acrescentamos a seguinte citação de Helmut Thielen⁴⁷⁴ :

Dignidade é livre autodeterminação, é ter um fim em si, e ter autonomia estritamente exigida e concedida responsabilmente. Dignidade humana designa tanto o fenômeno quanto o reconhecimento da autonomia da integridade da pessoa. Dela emana dignidade, e a ela compete dignidade.

Elemento subjetivo – Dolo, vontade consciente e livre de praticar as condutas no texto incriminadas. Exigível, em todas as figuras típicas arroladas. A modalidade culposa não é contemplada. **Classificação** – crime formal, prescindindo do resultado para sua consumação.

Sanção penal – a crítica feita pela doutrina, inclusive, por José Silva Júnior⁴⁷⁵, é de que o crime de Racismo, por ser imprescritível, inafiançável e hediondo, acaba se transformando num crime excepcional. Não que não se deva punir esse tipo de conduta, apenas que não se justifica o aspecto extremamente gravoso da punição. É como se fosse uma lei identificada com a ideologia de um Direito Penal do Talião, puramente retributivo. Em decorrência disso, são poucos os pronunciamentos de nossos tribunais, o que demonstra que as penas desses tipos penais são praticamente inaplicáveis.

⁴⁷³ Leis Penais Especiais e sua interpretação Jurisprudencial, coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Editora Revista dos Tribunais, 7ª Edição p. 2649.

⁴⁷⁴ Dignidade Humana, Pobreza e Liberdade, nº 94, Vozes, p. 77

⁴⁷⁵ José Silva Júnior, op. cit., p. 2650.

Art. 2º (vetado)

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos:

Pena – reclusão de 2 a 5 anos

Sujeito ativo – Qualquer pessoa, comumente o funcionário, servidor ou empregado que detenha poderes para realizar a conduta típica. **Sujeito passivo** – em caráter primário, o Estado (sociedade organizada, que tutela o bem jurídico: respeito à personalidade humana (art. 5º da CF) e o fundamento da desigualdade da pessoa. De forma mediata, qualquer pessoa, devidamente habilitada ao cargo.

Objeto jurídico – mesmo comentário feito no art. 1º. **Objeto material** – segundo Silva Júnior⁴⁷⁵ “o objeto material e objeto jurídico, são rigorosamente os mesmos nos crimes de preconceito e de racismo”. Acesso significa ingresso, entrada. Cargo, incumbência, encargo. Para Hely Lopes Meireles⁴⁷⁶, cargo público “é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. *Administração direta*, são os órgãos do poder executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. *Administração indireta*, são as Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações Públicas, do três níveis do poder executivo. Concessionárias de serviço público são empresas particulares que, mediante delegação contratual, executam serviços públicos ou de utilidade pública.

Conduta de obstar ou dificultar. A lei fala em: a) *obstar*, que significa impedir, causar embaraço ou impedimento; b) *dificultar* (tornar difícil, custoso). **Devidamente habilitado** – o que comprovou aptidão, demonstrou capacidade, satisfaz as

⁴⁷⁵ José Silva Júnior, op. cit., p. 2651.

⁴⁷⁶ **Direito Administrativo**, op. cit. p. 387.

formalidade ou exigências para exercer as atividades. **Elemento subjetivo** – dolo. **Tentativa**, poderá ou não ocorrer dependendo da ação. Se exaurida num único ato não. Caso contrário, sim.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada:

Pena – reclusão de 2 a 5 anos

Sujeito ativo: o empregador ou o preposto. **Sujeito passivo:** v. art. 3º. **Objeto jurídico:** v. art. 1º. **Objeto material:** v. art. 3º. **Conduta:** *obstar*, v. art. 3º; *negar* é recusar, afirmar que não, não reconhecer como verdadeiro. **Empresa privada:** “Este conceito inserto no tipo, tem larga abrangência. À sua compreensão, deverá o intérprete valer-se de elementos originários do direito privado que, seriam, sob vários aspectos, insatisfatórios. Contudo há de se buscar um juízo de certeza, sob pena de ampliar em demasia o conceito de empresa privada, o que se contrapõe à segurança jurídico objetivada pelo tipo”⁴⁷⁷. **Elemento subjetivo:** dolo. **Tentativa:** na ação negar, inadmissível. Em obstar, se possibilitar fracionamento, admissível.

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena – reclusão de 1 a 3 anos.

Sujeito ativo: o comerciante, patrão, preposto, lojista e o empregado que detenha poderes de decisão. **Sujeito passivo:** v. art. 3º. **Objeto jurídico e objeto material:** v. art. 3º. **Conduta:** *recusar*, não aceitar, não permitir, não admitir, não conceber; *impedir*, v. art. 3º; *servir*, prestar serviços, favorecer, ser útil; *atender*, prestar ou dar atenção; *receber*, aceitar, acolher, considerar; *negar*, v. art. 4º. **Acesso:** v. art. 3º. **Cliente:** freguês. **Comprador:** o que compra ou pretende fazê-lo. **Estabelecimento comercial:** “local onde se realizam operações relacionadas à

⁴⁷⁷ José Silva Júnior, op. cit., p. 2654.

prática de atos de comércio, servindo uma clientela com intuito de obter lucro"⁴⁷⁸.
Pode ser casa de comércio, loja, empórios, armazéns, boxes, barracas, quiosques.

Elemento subjetivo: dolo. Tentativa: v. art. 3º.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau:

Pena – reclusão de 3 a 5 anos.

§ único. Se o crime for praticado contra menor de 18 anos a pena é agravada de um terço.

Sujeito ativo: dono, proprietário-dirigente, preposto ou empregado. Em estabelecimento público, da administração direta ou indireta, funcionário, servidor e empregado. **Sujeito passivo, objeto jurídico, objeto material e conduta:** v. art. 3º. **Inscrição e ingresso:** incluiu desde a freqüência às aulas, bem como tudo que for oferecido aos demais alunos no estabelecimento (participação em campeonatos, peças teatrais, ou qualquer forma de lazer), em qualquer estabelecimento público ou privado. **Estabelecimento de ensino:** casa ou local onde se ministra ensino ou cursos científicos, artísticos, profissionalizantes, técnicos, de cultura, física, desde os preparatórios até pós-graduações (escola, colégio, ginásio, liceu, faculdade), reconhecidos ou não, pelo poder público. **Elemento subjetivo: dolo. Tentativa:** v. art. 3º.

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar:

Pena – reclusão de 3 a 5 anos.

Sujeito ativo: dono ou proprietário, preposto, gerente ou empregado a quem foram outorgados poderes de decisão. **Sujeito passivo:** v. art. 3º. **Objeto jurídico, objeto material e conduta:** v. art. 3º. Inclui motel, e não se estendendo a recusa de

⁴⁷⁸ José Silva Júnior, op. cit., p. 2656.

hospedagem em casa particular, pois é um direito do proprietário acolher quem quiser. **Elemento subjetivo: dolo. Tentativa: v. art. 3º.**

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público:

Pena – reclusão de 1 a 3 anos

Sujeito ativo, sujeito passivo, objeto jurídico, objeto material conduta, elemento subjetivo e tentativa: vide comentários dos artigos anteriores.

Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ou públicos:

Pena – reclusão de 1 a 3 anos.

Art. 10 Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades:

Pena – reclusão de 1 a 3 anos.

Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena – reclusão de 1 a 3 anos

Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos como aviões, navio, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô, ou qualquer outro meio de transporte concedido:

Pena – reclusão de 1 a 3 anos.

Para esses últimos artigos, valem os mesmos comentários já realizados para os artigos de 1 a 6. Aliás, segundo José Silva Jr.⁴⁷⁹, deveriam eles ser reunidos em um só.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas:

Pena – reclusão de 2 a 4 anos

⁴⁷⁹ José Silva Jr., *op. cit.*, p. 2660.

Sujeito ativo: qualquer pessoa. **Sujeito passivo, objeto jurídico, objeto material, conduta, elemento subjetivo e tentativa:** v. art. 3º. **Forças Armadas:** compreende Exército, Marinha e Aeronáutica, integrados no Ministério da Defesa.

Art. 14 Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social:

Pena – reclusão de 2 a 4 anos

Sujeito ativo: qualquer pessoa, em geral parentes, tutores ou pessoas que tenha alguma ascendência. **Sujeito passivo, objeto jurídico, objeto material, conduta, elemento subjetivo e tentativa:** v. art. 3º. **Consumação:** trata-se de crime formal, não dependendo de resultado. **Casamento:** união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos⁴⁸⁰. Atinge também o concubinato. **Convívio social:** inter-relacionamento num grupo da sociedade (religioso, profissional, recreativo).

Art. 15 vetado

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 meses.

Art. 17. Vetado

Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Os efeitos acima, na conformidade do que dispõe o art. 92, I, do CP, integra o rol dos efeitos da condenação, tendo caráter específico. É o chamado “efeito de natureza administrativa da condenação criminal”.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito de Família*, 34ª Edição, Saraiva, 1997, vol. 2º, p. 12, apud José Silva Jr., op. cit., p. 2665.

⁴⁸¹ José Silva Jr., op. cit., p. 2667.

Art. 19. Vetado

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena – reclusão, de 1 a 3 anos, e multa

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir, ou veicular, símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, e multa

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, e multa

§ 3º No caso do § anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Sujeito ativo: qualquer pessoa. Na previsão do § 1º, geralmente o fabricante, comerciante, ou seus prepostos ou empregados. **Sujeito passivo, objeto jurídico e**

objeto material: vide comentários anteriores. **Conduta:** *praticar* – realizar, fazer, cometer, executar; *induzir* – persuadir, influenciar, psiquicamente, levar alguém a praticar o ato, fazer surgir propósito criminoso antes inexistente; *incitar* – estimular, animar, robustecer um propósito existentes. **Elemento subjetivo:** dolo específico, ou seja, especial fim de agir. **Tentativa:** possível. **Consumação:** crime formal, independente de resultado.

3. LEI 8.974/95 – PATRIMÔNIO GENÉTICO, BIODIVERSIDADE E OGM

Esta lei regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a comissão técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

A parte que nos interessa para este trabalho é o art. 13, por expressar norma penal incriminadora.

Art. 13 Constituem crimes:

I – a manipulação genética de células germinais humanas.

Sujeito ativo: qualquer pessoa, naturalmente com conhecimento técnico para conseguir efetivar a manipulação. **Sujeito passivo:** o meio ambiente. **Objeto jurídico:** o patrimônio genético. **Objeto material:** são as de DNA/RNA recombinante. São as células humanas germinativas que são aquelas com potencialidade de gerar outro ser, diferentemente das células somáticas que não possuem esta potencialidade **Conduta:** é a atividade de manipulação dessas moléculas fora das células vivas, mediante a modificação de seus segmentos natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de DNA/RNA resultantes dessa multiplicação. É de observar que *células germinais humanas* são os espermatozóides e o óvulo, e somente esse tipo de célula é que permite a alteração na estrutura genética de cromossomos, diferentemente das células somáticas. O simples manusear, ou ter em mãos o material genético não constitui crime. **Elemento subjetivo:** dolo específico. **Tentativa:** admissível.

Consumação: com a efetiva alteração da estrutura genética de cromossomos. **Pena** – detenção de 3 meses a 1 ano.

II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio

Sujeito ativo, sujeito passivo: v. comentário do inciso anterior. **Objeto jurídico:** é o patrimônio genético não-hereditário, não-patogênico do ser em experimentação, tendo como objetivo maior proteger sua identidade e integridade genética. Contudo, o mencionado dispositivo legal pretende também, mesmo que indiretamente, proteger a vida e a saúde humana.⁴⁸² **Objeto material:** material genético *in vivo*, aquele constituído pelas moléculas de DNA e RNA que contém as informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência. O termo *in vivo* refere-se à intervenção realizada na própria célula ou no organismo. **Conduta:** a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio. Como se pode ver, esta conduta é mais complexa do que a prevista no inciso. Importante ressaltar que não haverá o crime se, para a intervenção, houver aprovação prévia da CTNBio, quando tiver como finalidade o tratamento de defeitos genéticos, conforme autorização da própria Conama. **Elemento subjetivo:** dolo específico. **Consumação:** trata-se de crime formal. Basta que a intervenção aconteça independentemente do resultado. A intervenção é proibida e considerada criminosa porque pode alterar o curso normal dos processos biológicos e por conseguinte ser lesiva à saúde e a vida do homem. **Classificação:** crime de perigo

Paulo V.S. de Souza, **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 200.

abstrato, de mera conduta e próprio, porque não pode ser realizado por qualquer pessoa, mas somente por pesquisadores e cientistas que tenha conhecimentos técnicos para praticar a conduta ilícita. **Tentativa:** admissível. **Pena** - três meses a um ano de detenção. É incompatível com a gravidade da conduta, sujeita ao Juizado Especial Criminal. **Princípios bioéticos:** referem-se a relação entre o médico (pesquisador, cientista) e paciente.

§ 1º Se resultar em:

- a) incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro , sentido ou função;
- d) aceleração de parto

Pena – reclusão de 1 a 5 anos

§ 2º Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro , sentido ou função
- d) deformidade permanente;
- e) aborto;

Pena – reclusão de 6 a 20 anos

Em nosso entender, o legislador trasladou as qualificadoras do art. 129 do Código Penal, para esta lei. A indagação que se coloca é como a intervenção em material genético humano poderia produzir tais resultados.

Transparece que faltou ao legislador pátrio, maiores informações médicas e respaldos técnicos quanto a outros possíveis resultados físicos ou até mesmo psíquicos que poderiam sobrevir da intervenção em material humano *in vivo*, como por exemplo as inúmeras síndromes que têm origens em deformidade ou alteração genética.

O fato de o legislador ter copiado as hipóteses de lesão corporal previstas em um ordenamento jurídico com mais de sessenta anos de existência, demonstra que não houve uma preocupação em saber se outras lesões, de outras ordens, poderiam advir da intervenção em material humano *in vivo*.

Também não fez distinção o legislador, entre a modalidade dolosa e a culposa, na aplicação das qualificadoras. Assim sendo, somente poderão ser aplicadas aos casos dolosos, por preverem penas de reclusão que são incompatíveis com os crimes culposos.

III – a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.

Pena – reclusão de 6 a 20 anos.

Sujeito ativo, sujeito passivo: v. incisos anteriores. **Objeto jurídico:** é o patrimônio genético, em especial a proibição da clonagem humana. A norma jurídica visa proteger a vida e a saúde do homem, numa perspectiva de garantia da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma a proteção estabelecida ao embrião humano significa proteção à pessoa humana que ainda se encontra em formação, que se torna apenas objeto da atividade delitiva. **Objeto material:** embriões humanos. **Conduta:** a produção (daria-se pela fertilização artificial do espermatozóide com o óvulo), armazenamento (a guarda em local próprio, como p. exemplo, em laboratório) ou a manipulação (elemento normativo não definido pela lei). Importante observar que o tipo penal não descreve a comercialização de embriões, cujo impedimento está expresso na Constituição Federal em seu art. 199, § 4º. **Elemento subjetivo:** dolo específico – “destinados a servirem como material biológico disponível”. **Consumação:** com a efetiva produção, armazenamento e manipulação. Assim a produção de um embrião que consiste em promover a

fecundação dos gametas humanos com a geração de um novo ser, não é crime, exigindo para configuração da atividade criminosa um objetivo final da produção que é a constituição de material biológico disponível para ser utilizado posteriormente. Portanto a finalidade da norma é impedir que a vida humana seja “coisificada” ou que se transforme em objeto de venda ou de trocas, pois considerar o embrião humano como mero material biológico importa em absoluto desrespeito à vida e à dignidade humana. **Classificação:** crime material porque depende de resultado, próprio, porque exige preparo técnico e científico que não são todas pessoas que dispõe. **Tentativa:** admissível.

Por embrião, deve ser entendido:

A teoria concepcista, adotada pela legislação brasileira, sustenta que o embrião existe desde a fecundação como organismo vivo distinto do organismo materno. O embrião é um ser humano em potencial, desde o momento da fecundação dos gametas humanos. Assim, por embriões deve-se entender os organismos vivos resultantes da fecundação humana, sendo que estes organismos vivos não podem ser produzidos, armazenados ou manipulados para determinar-se o sexo, a cor dos olhos ou quaisquer outras características humanas, para servirem de material biológico disponível.⁴⁸³

IV – a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituem em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

Pena – reclusão de 1 a 3 anos.

Sujeito ativo, sujeito passivo: v. comentários anteriores. **Objeto jurídico:** patrimônio genéticos dos animais. **Objeto material:** material genético dos animais, com as ressalvas das experiências científicas. **Conduta:** a intervenção *in vivo*.

⁴⁸³ Marcelo D. Varella, Eliana Fontes e Fernando G. da Rocha, **Biossegurança & Biodiversidade**, p. 200.

Consumação: crime formal, basta a intervenção. **Tentativa:** admissível. **Elemento subjetivo:** dolo genérico.

V – a liberação ou descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei

Pena – reclusão de 1 a 3 anos

Sujeito ativo e sujeito passivo: v. comentários anteriores. **Objeto jurídico:** meio ambiente. **Objeto material:** são os OGM. Absurdamente a lei não define o que seja a sigla. Trata-se, entretanto, de organismos geneticamente modificados. **Condutas:** liberação ou descarte, que significa jogar, abandonar, etc.. **Consumação:** coma a efetiva liberação ou descarte. **Tentativa:** admissível. **Classificação:** crime próprio, porque não é qualquer pessoa que tenha conhecimento técnico ou científico para saber o que é OGM, e a regulamentação de CTNBio. **Elemento subjetivo:** dolo genérico.

§ Se resultar em:

- a) lesões corporais leves;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membros sentido ou função;
- d) aceleração de parto;
- e) dano à propriedade alheia;
- f) dano ao meio ambiente.

Pena – reclusão de 2 a 5 anos

§ 2º Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro sentido ou função;
- d) deformidade permanente; aborto;
- e) inutilização da propriedade alheia;
- f) dano grave ao meio ambiente

Pena – reclusão de 2 a 8 anos

§ 3º Se resultar morte:

Pena – reclusão de 6 a 20 anos

§ 4º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposo

Pena – reclusão de 1 a 2 anos

§ 5º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no País de OGM for culposa, a pena será aumentada de um terço se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

CONCLUSÃO

1. Os princípios fundamentais da nossa Constituição Federal, dispostos nos seus primeiros artigos, relacionam-se diretamente com os Direitos Humanos Fundamentais, em que se destaca a dignidade da pessoa humana. O homem deve ser entendido como um produto cultural, ou seja, constituído em parte pela natureza e em parte pela história. Nesse sentido o homem abraça todas as dimensões do fazer humano e a todas resume: a razão, a vontade, a liberdade, enquanto condições subjetivas necessárias para produzir cultura; linguagem, técnica, religião, literatura, etc..

2. Entretanto, a condição essencial para que isso se realize é garantir os direitos que ao longo dos séculos assim foram divididos: os de liberdade, considerados de primeira geração e consagrados com a revolução francesa; os direitos sociais, econômicos e culturais, os de segunda geração surgidos no início do século contrapondo-se os efeitos negativos das revoluções industriais do século passado; por fim, modernamente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a auto-determinação dos povos e a outros direitos difusos.

3. Evidentemente, essas gerações de direitos foram consagradas junto com a idéia do Estado Social e Democrático de Direito, constituído por três elementos essenciais: povo, território e governo. Assim, o Estado é um povo, social, política e juridicamente organizado, isto é, fixado em determinado território, submetido à autoridade de um governo soberano e aparelhado para a tríplice missão de legislar,

administrar e distribuir justiça. Os Poderes da União no Brasil, independentes e harmônicos entre si, são o Legislativo, o Executivo, estes dois em três esferas: Federal, Estadual e Municipal, e o Judiciário, em duas esferas Federal e Estadual.

4. O denominado Estado de Direito, em sua evolução, veio a ser fundado sobre a liberdade política assim como sobre a igualdade de participação dos cidadãos perante o poder, mas gerenciado pela burguesia como classe dominante, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia inicialmente estruturada nos interesses da propriedade burguesa e, num segundo momento, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia triunfal do capitalismo e da Revolução Industrial.

5. O Estado intervencionista conhecido como o Estado do bem-estar social, fruto das teorias sociais que se contrapuseram às revoluções industriais, e que deram origem à segunda geração de direitos fundamentais, reduziu muito sua esfera de atuação nas duas últimas décadas, a partir do surgimento dos fenômenos conhecidos pelas denominações de Globalização e Neoliberalismo.

6. A globalização ao internacionalizar reformas econômicas, em prol dos interesses dos Estados Unidos, os países ricos da União Européia, do Japão, dos grandes bancos e corporações internacionais, pressiona as relações entre capital e trabalho com o objetivo de garantir-se mão-de-obra barata. O FMI, como agente do capital, obriga os Estados vinculados a empréstimos internacionais, aumentarem suas bases de imposição tributária sem a conseqüente elevação dos serviços que podem prestar e das funções que podem desenvolver.

7. Liberdade é expressão que mais caracteriza o movimento neoliberal em seu início, em detrimento da própria igualdade, pelo que a desigualdade passa a ser um valor positivo. Combatem-se as idéias intervencionistas de do Estado do bem-

estar social, acusado de destruir a liberdade dos cidadãos e a força viva da concorrência, colocando em perigo a prosperidade geral. Posteriormente, o neoliberalismo pôde renunciar a liberdade política em prol da liberdade econômica, que passou a ser valor máximo, de modo mesmo a justificar a aproximação do neoliberalismo com modelos ditatoriais.

8. Os dois fenômenos resultaram das políticas criadas na modernidade - acumulação primitiva burguesa, revolução industrial, positivismo científico, desenvolvimentismo a todo preço, mercado concorrencial, neocolonialismo europeu, crescimento desordenado e não planejado, movimentos sectários e anti-raciais. Essa crise está se traduzindo no aumento das convulsões sociais, na explosão demográfica, na degradação ambiental, no fundamentalismo religioso, na criminalidade, nos motins motivados pelas iniquidades do consumo, na guerra civil, e em alguns casos, na perda de controle político sobre parte do território nacional.

9. Como reação a esse quadro, o despertar da consciência para a defesa do meio ambiente já havia sido consagrado pela primeira Conferência Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, realizada em 1972, em Estocolmo na Suécia, com a edição de vinte e seis princípios, que passaram a integrar a relação de Direitos Fundamentais do Homem, daquela Entidade. Inspirando-se nesses princípios, nossa Constituição Federal no art. 225, e em outros dispositivos esparsos, recepcionou a legislação esparsa que já existia, em que se destaca, a Lei 6.938/81, que havia criado a Política Nacional do Meio Ambiente, e elegeu o meio ambiente bem jurídico merecedor de tutela jurídica, inclusive, penal.

10. A transformação radical da sociedade, com a produção em série e o consumo de massas, acabaram por caracterizar o meio ambiente como um interesse difuso, em que se ressalta a: supra-individualidade ou metaindividualidade;

existência de pluralidade de titulares, em número indeterminado e praticamente indeterminável; indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação a todos aproveita e cuja postergação a todos prejudica em conjunto; ausência do vínculo associativo; existência de vínculos fáticos entre os titulares; potencial e abrangente conflituosidade; ocorrência de lesões disseminadas em massa; desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito (por exemplo: cidadãos contra governos, consumidores contra grupos empresariais e industriais; pessoas contra agentes poluidores, etc.).

11. Apesar do meio-ambiente compreender tudo que tem na Terra, para melhor compreensão deve ser dividido em aspectos: *meio ambiente natural ou físico* (o que existe independentemente da influência do homem), *o meio ambiente artificial* (resultante da interação do homem com o meio ambiente natural), *o meio ambiente cultural* (integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, embora artificial em regra, como obra do Homem, difere do anterior pelo sentido do valor especial que adquiriu ou de que se impregnou), *o meio ambiente do trabalho* (o local em que o homem realiza o seu trabalho), e *o meio ambiente-patrimônio genético* (estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autorizando o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança).

12. A necessidade da sua proteção jurídica, em especial da proteção penal, impõe-se porque fatores determinantes da degradação do ambiente, em seu complexo e dos bens individuais que o integram aumentam, nas sociedades contemporâneas, em proporções vultosas e, com ritmo idêntico diminuem os recursos naturais. É necessário não só que o homem limite o uso dos recursos

naturais, como o faça de forma mais racional, permitindo a sua renovação por meio do que se convencionou chamar de *desenvolvimento sustentável*.

13. Apesar do conceito de interesse jurídico não coincidir necessariamente com o conceito de bem jurídico, entendemos que na lei ambiental seus significados são idênticos, constituindo-se o meio ambiente num objeto jurídico socialmente relevante, inserido na compreensão da moderna reengenharia do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito, em que se observa ainda os princípios da lesividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, subsidiariedade, da ofensividade e da adequação social, que deverão coexistir com os demais princípios previstos no art. 5º da CF, a saber: princípio da legalidade (inciso XXXIX); princípio da irretroatividade da lei penal (XL); princípio da responsabilidade pessoal (XLV); princípio da presunção da inocência (LVII); princípio da individualização da pena (XLVLI).

14. Pôde-se observar também, que o direito está inserido na história, e sua historicidade se manifesta por ser ele reflexo das condições sociais e culturais de uma época. As crenças e os valores, que constituem as diretrizes informadoras do ordenamento da vida social e do nosso modo de ser comum, são comunicados às crianças, sendo aos poucos e imperceptivelmente adquiridos, assim como os hábitos e costumes cotidianos, que refletem, também, as visões da vida e os valores predominantes no meio social em que se desenvolvem. Há, portanto, em cada época uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte dessa atmosfera que constitui o mundo circunstante e englobante em que nos situamos e estamos envolvidos, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos, e que o direito vai institucionalizar via comandos normativos, o proibido e o permitido.

15. Nesse sentido a experiência jurídica não se identifica com a experiência social, já que esta constitui o suceder dos fatos, enquanto aquela usa a compreensão do sentido dos fatos, segundo uma perspectiva do que *deve ser* em função de valores que o legislador entenda devam ser tutelados. As normas se instauram graças à razão reflexa, mas nem por isso se distanciam da experiência, tanto ao momento de sua elaboração como ao da sua interpretação e a aplicação aos casos singulares. A realidade, por sua vez, apresenta-se ao ato compreensivo como portadora de uma estrutura irreduzível e dotada de sentido. Assim por exemplo, a intencionalidade quase sempre se incorpora à ação humana, condicionando seu fim.

16. Por esse motivo o tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real, submetido a uma valoração. É fruto de uma elaboração *abstrato-prática*, em que o legislador apreende as condutas já ocorridas e consideradas pela sociedade como indesejáveis, descrevendo-as nos tipos penais, para que no futuro sejam proibidas mediante a aplicação de uma sanção. Como visto, a ação típica decorre de uma passagem do *concreto* ao *concreto* por meio do *abstrato*, ou seja, o legislador da realidade constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no concreto dos dados elementares invariáveis que ele descreve.

17. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhe corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva. Essa construção

tipológica individualizadora de condutas traz, como consequência, a fragmentariedade do Direito Penal.

18. O bem jurídico como objeto de direito, transforma-se no conceito central do tipo penal onde giram todos os elementos objetivos, subjetivos e normativos. Nessa condição será o responsável pela classificação e formação dos diversos tipos penais além de se constituir num importante instrumento de interpretação deles. Também dará origem ao conceito de ato ilícito, constituindo-se este, sempre numa modalidade de comportamento vedada pelo direito, porque põe em perigo, lesa ou destrói determinados bens jurídicos.

19. A essa operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de atos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei, dá-se o nome de *juízo de tipicidade*. Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal, constituindo-se numa das categorias em que se converte o comportamento humano delitivo, ao lado da antijuridicidade, da culpabilidade e, em alguns casos, da penalidade. Considera-se delito toda a ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico (antijuridicidade), realizada na forma descrita no tipo penal (tipicidade), atribuída a seu autor a título de dolo ou de culpa (culpabilidade) e para a qual esteja prevista uma sanção (punibilidade).

20. A palavra tipicidade passou a ter largo curso na doutrina desde que, em 1906, ERNEST von BELING construiu a teoria da *Tatbestandsmäßigkeit* (adequação de um fato ao delito-tipo), afirmando que, para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada na lei (*Tatbestand*), o que implicaria

exatamente na *Typizität* (tipicidade). Anos depois, em 1930, o famoso penalista acrescentou à primitiva idéia a de *Leitbild* ou de *typus regens*, como ele mesmo disse, ou seja, o ajustamento a um quadro legislativo penal dominante, conceito que seria, a seu ver, mais perfeito para compreender o conteúdo do delito.

21. O fundamento jurídico-político para a caracterização de condutas antijurídicas é encontrado nas normas constitucionais. É a Constituição que traça as linhas externas do quadro referencial das condutas humanas que entende serem dignas de reprovação penal. No preenchimento interno, o legislador ordinário faz a descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos configuradores da antijuridicidade correspondente àquele quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulador do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.

22. Isso não quer dizer que o legislador tenha que descrever com toda a exatidão e nos mínimos detalhes os comportamentos que entenda deva ser eleito à categoria de crime. A diversidade de formas em que se apresentam os comportamentos delitivos, impõe que se busque uma imagem conceitual o suficientemente abstrata, para poder englobar a todos aqueles comportamentos que tenham características essenciais comuns. A adequação típica imediata ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, enquanto que a adequação típica mediata, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. O preceito integrativo, entretanto, terá de ser bem definido e não poderá ultrapassar os limites fixados pelo preceito genérico.

23. Diante da complexidade e a variedade dos bens ambientais em que torna às vezes difícil a individualização do objeto a ser protegido, e também, porque são

diversas as formas de afetação, a nosso ver se justifica ao legislador penal, quando necessário, elaborar normas penais de tipo incompleto, compostas, além dos elementos objetivos e subjetivos, por elementos normativos, ou por remissões a outras disposições normativas (leis, regulamentos, portarias), existentes ou futuras, à descrição das circunstâncias elementares do fato - as denominadas normas penais em branco.

24. É o que se verifica nas três leis penais analisadas: Lei 7.716/89, Lei 8.974/95 e 9605/98. Na primeira, são exemplo de elementos normativos os conceitos do que sejam preconceito, discriminação, raça, cor, etc. Exemplos de norma penal em branco, nas duas últimas, são a aprovação prévia da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, referida no art. 13, inciso II, e a complementação do art. 29, por portaria do IBAMA ou por portarias e atos administrativos regionais que indiquem quais são os espécimes ameaçados, bem como, a autoridade competente para expedição de licença de caça.

25 Mas sem dúvida, existem muitos artigos dessas três leis, que o tipo penal descreve condutas extremamente abrangentes que acaba por alcançar uma grande quantidade de situações fáticas, que sob o critério subjetivo do operador do direito, as mais variadas atividades poderão configurar crime. É o exemplo do art. 68, da Lei 9.605/98 – *deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental*. Entendemos que os tipos penais assim estruturados são inconstitucionais, por ferirem os princípios da *reserva legal* e da *anterioridade*, previstos no inciso XXXIX, do art 5º, da CF, e no art. 1º, do Código Penal – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

26. Também o legislador, ao fazer a configuração tipológica dos crimes contra o meio ambiente, afastou-se substancialmente dos padrões em que se assentava o Direito Penal tradicional. Com efeito, na seara ambiental, a norma penal tem vocação fundamentalmente direcionada à prevenção do dano, adotando, assim, um Direito Penal de riscos (princípio da precaução). É a maneira encontrada pela norma penal para, antecipando o momento de consumação do delito, ganhar em eficiência, posto que o dano ambiental, pela sua complexidade, é de difícil constatação e reparação, quando não totalmente irreparável. Daí, porque, são numerosos os tipos de perigo concreto e perigo abstrato. Lembrando, que nos primeiros a exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de sorte que o delito só se consuma com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico. Já nos segundos, o perigo constitui unicamente uma *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva, de forma que a sua consumação já se verifica com a simples comprovação de uma atividade finalística.

27. Apesar do crime de perigo abstrato não demandar que o risco tenha sido pelo menos um trecho da realidade, comprovado de modo efetivo, a presunção não é arbitrária, desvinculada da realidade, mas construída pelo legislador a partir da constatação da existência de condutas particulares, que a experiência lógica revelou capazes de gerarem a situação de perigo. Por isso entendemos que em alguns casos é mais adequada a conformação dos preceitos penais ambientais, especialmente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, por prescindirem da produção de prova técnica, difícil ou até impossível de ser realizada, e por reduzirem a margem de arbitrariedade judicial no momento de valorar a existência do perigo, ao descreverem diretamente quais os comportamentos proibidos. Essas descrições, em geral, nos casos de atividade tecnológica, são elaboradas pelo

legislador com a ajuda de especialistas, com conhecimentos próprios de um *expert*, que podem faltar a um juiz, como por exemplo, as condutas dos arts. 31 e 33, inciso II e III; 42, 51, 55, 56, da Lei 9.605/98.

28. A partir do instante que o legislador, por medida de precaução, criminaliza condutas que antes poderiam se constituir em meros atos preparatórios para o cometimento de delitos, cria tipos penais novos, autônomos que se constituirão em obstáculos ao cometimento dos primeiros. A simples ação ou omissão, livre e consciente em contrariar a descrição legal, já caracteriza a culpabilidade na modalidade dolosa. Nesse sentido, assemelha-se aos postulados da teoria da imputação penal objetiva, na medida em que o resultado e o nexo causal com a ação ou omissão, não sejam o critério mais importante para caracterização de um tipo penal atribuível, de plano, a seu autor. É necessário que fique constatado que o autor com a sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido, e que tal risco tenha se materializado num resultado típico.

29. Os juízos de valor contidos nas normas jurídico-penais não se referem somente aos bens jurídicos que se deseja proteger, mas também à qualidade das ações humanas que atingem a pretensão de respeito que se deduz do bem jurídico. Assim sendo, não só a lesão ou perigo de lesão ao bem, como também a conduta humana responsável, constituem-se no desvalor da ação. É o que acontece com os crimes formais (de evento naturalístico cortado ou de consumação antecipada), com os de mera conduta (crimes sem resultado), e em muitos dos omissivos e dos comissivos por omissão. É um exemplo no primeiro caso, o art. 14, da Lei 7.716/89 – “Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar

e social" -, e no segundo, art. 56, § 1º "Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidas no *caput*..."

30. Dois problemas, a nosso ver, podem ser levantados em relação à tipificação do crime de perigo abstrato:

- o primeiro, refere-se à obediência ao princípio da reserva legal, na medida em que sendo os crimes de perigo, em sua maioria também normas penais em branco, poderia a sua esfera de abrangência ser alargada de tal maneira que não pudesse oferecer segurança jurídica. É nesse ponto que se deve ter como linha de partida a função básica do tipo penal – a de garantia das liberdades públicas. Deve-se evitar uma tipificação tão excessivamente dilargada que não possa atender ao princípio da taxatividade/determinação, corolário do já mencionado princípio.

- O segundo, diz respeito à ausência comprovada de qualquer perigo potencial para o meio ambiente no caso concreto. Nesse caso, haverá uma inversão do ônus da prova. À acusação caberá provar apenas a ocorrência da conduta, na medida em que o perigo para o bem tutelado se presume pela simples prática da infração. O imputado terá então que comprovar que, no caso concreto, a conduta, ainda que abstratamente descrita pela norma penal, nenhuma possibilidade de dano trouxe ao bem ambiental considerado, ou seja, que nas condições do caso concreto, a conduta jamais ameaçou, ainda que minimamente, o bem jurídico tutelado.

31. Questão polêmica e também sumamente importante abordada neste trabalho foi a responsabilização penal das pessoas jurídicas, estabelecidas nos arts. 225, parág. 3º, da CF e art. 3º, da Lei 9.605/98. Na realidade dos nossos dias, grande parte dos delitos da chamada macro-criminalidade ou macro-delinquência – infrações contra as relações de consumo, ordem tributária, ordem econômica e financeira, meio ambiente, entre outras – são cometidos através de pessoas

jurídicas. Tendo em vista esse dado crescente, afora os países da *Common Law* que tradicionalmente adotam a responsabilidade da empresa, vimos que muitos países, de filiação romano-germânica, vêm admitindo à incorporação em seus ordenamentos jurídicos de princípios excepcionais à regra geral da responsabilidade individual, como é o caso da Holanda e, mais recentemente, da França.

32. As opiniões da doutrina e da jurisprudência são divididas. Para os que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, os dois dispositivos citados, não entram em choque com o restante de nosso ordenamento jurídico, e estão de acordo com a recomendação do 15º Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro de 1994, no Rio de Janeiro. Para os que não admitem, o modo como foi redigido o art. 3º, da Lei 9.605/98, estabeleceu-se a responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas. Uma terceira corrente, reconhecendo a necessidade de um combate mais eficaz em relação à criminalidade moderna, adota a sugestão de Winfried Hassemer de criar um novo Direito, ao qual denomina de Direito de intervenção - meio termo entre o Direito Penal e Direito Administrativo - que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, mas multas administrativas, nem se indague sobre a culpabilidade das empresas.

33. Entendemos que o citado art. 3º, da Lei 9.605/98, fundamentado no parágrafo 3º, do art. 225, e parágrafo 5º, do art. 173, ambos da Constituição Federal, prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, desde que cometidos pelo autor imediato, *pessoa física* – representante legal ou contratual, ou membros de seu órgão colegiado, em nome, por conta e no interesse do autor mediato, a *pessoa jurídica*, demonstrando que o conhecido aforismo humano, *societas delinquere non potest*, não mais vige diante do atual estágio de desenvolvimento das sociedades contemporâneas. Para tanto, o legislador brasileiro

adotou a teoria do reflexo, exigindo a dupla imputação ou concurso necessário entre pessoa física ou jurídica e que o delito tenha sido praticado no interesse da empresa. Não adotou, por conseguinte, a responsabilidade objetiva. Continua a ser exigida uma conduta humana, dolosa ou culposa, como fundamento da responsabilidade.

34. A intenção do nosso legislador, com certeza, ao impor sanções penais compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, foi a de se obter uma proteção mais eficiente ao meio ambiente, pelo caráter naturalmente mais inibidor que essas sanções impõem em relação às sanções civis e administrativas, e que, por isso mesmo, deve ser respeitada. Entretanto, o legislador brasileiro, a exemplo do legislador francês, deveria ter tido o cuidado de estabelecer o princípio da especificidade, ou seja, pelo qual só é possível deflagrar o processo penal contra a pessoa jurídica, quando a responsabilidade estiver prevista expressamente no tipo legal. Definem-se, assim, de modo taxativo, quais as infrações penais passíveis de serem imputadas à pessoa coletiva.

35. Finalizando, entendemos que o Direito Penal, como reflexo das condições sociais e culturais de uma época, teve que evoluir para poder oferecer a tutela ao meio ambiente, e auxiliar o nosso ordenamento a garantir o *piso vital mínimo*, consubstanciado nos valores sociais fixados no art. 6º da nossa Constituição Federal. Sem isso não poderia falar em dignidade humana, nem em sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Entretanto, diante da diversidade de aspectos do meio ambiente, a matéria deveria ser reunida num só diploma legal, dividido segundo o aspecto correspondente. Além disso, muitos tipos penais, principalmente, os da Lei 7.716/76, poderiam perfeitamente ser condensados num só.

36. Relativamente ao tema deste trabalho, para que a Tipicidade na Lei Penal Ambiental não continue se operando de forma anormal, além do que foi anotado acima, entendemos que a lei deva ser alterada com a utilização pelo próprio legislador, de uma interpretação autêntica da terminologia ou das expressões empregadas, esclarecendo o sentido das palavras mais técnicas ou daquelas que têm um significado especial no contexto da lei, evitando-se ao máximo os tipos abertos e os tipos de norma penal em branco. Assim sendo, a descrição nos tipos fechados possibilita que a tipicidade aconteça imediatamente, ou seja, permite com maior clareza a qualquer pessoa saber por completo qual a conduta proibida, facilita aos operadores do Direito examinar a sua legalidade junto a outros diplomas legais, principalmente, se o mandamento proibitivo não está contrariando qualquer das garantias de liberdades públicas estabelecidas em nossa Constituição Federal, tornando mais eficiente e justa a tutela penal dos bens jurídicos ambientais.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**, Editora Jurídica Brasileira, 2000.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- ALMEIDA, Lauro de. **Código Penal Alemão (tradução) Direito Comparado**, Suplemento: A Nova Parte Geral, vigorando desde 1º de outubro de 1973, José Bushatsky, Editor, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Para uma Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos**, Coimbra, 1986.
- ASÚA, Luiz Jimenez. **Tratado de Derecho Penal**, tomo III, Ed. Lousada S.A, Buenos Aires, 1958.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**, 30ª edição. São Paulo: Editora Globo, 1993.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**, Parte Geral, Vol I, São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal, Parte Geral**, Tradução de: Paulo José da Costa Jr., Arminda Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover, edição Saraiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, tradução de Lucia Guidicina e Alessandro Berti Contessa, revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina Del Delito-Tipo**, tradução de Sebastian Soler, Editorial Depalma, Bueno Aires, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Editora Coimbra, 1970, tradução de Fernando de Miranda, tomo I.

_____, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Editora Coimbra, 1970, tradução de Fernando de Miranda, tomo II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____, e CONDE, Francisco Muños. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

BLOCK, Walter E. **Problemas Ambientais, Soluções de Direitos Sobre a Propriedade Privada**, in *Economia e meio ambiente: A reconciliação*, Porto Alegre, ed. Ortiz/IEE, 1992.

BLUCHER, Edgard, **Racismo e Preconceito**, São Paulo: Edusp, 1973.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal Parte Geral**, tomo I, 3ª ed. Forense, 1967.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1991.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro** - Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ano 9, n. 107, Outubro/2001.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos Ecológicos**. Ed. Atlas, 2001.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal – curso completo**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Paulo José da. **Direito Penal Ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva no direito brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 2ª Edição, 19ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela Penal do Patrimônio Cultural - vol. 3**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**: Saraiva, 2000.

_____. **O Direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil**, Editora Saraiva, 2000.

_____. **Princípios do Processo Ambiental**, São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, Parte Geral, 3ª Edição. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1978.

FREITAS, Gilberto Passos de. **A tutela penal do meio ambiente**, in **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FRIEDEL, Henri. **Dicionário de ecologia e do meio ambiente**. Trad. Carlos Almada Porto: Lello, 1987.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, Vol 1, Tomo 1, 6ª Ed. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização e Direito no Brasil**, texto extraído do Jus Navigandi, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?d=5797>

GOMES, Luiz Flávio. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. Coordenação – Coleção temas atuais de Direito Criminal, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Reservas Ecológicas perdem Proteção Penal**. Artigo publicado no site www.direitocriminal.com.br.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Sinopses Jurídicas – Direito Penal**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999.

Grande Enciclopédia Delta Larousse, Rio de Janeiro: Editora Delta, 1972.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, Volume V, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Ed. Especial nº 65.

JAKOBS/STRUENSEE, Günther e Eberhard, **Problemas capitales del derecho penal moderno**, José Luis de Palma/Editor. Buenos Aires, 1998.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, Parte General, Cuarta Edición, tradução de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Comentários ao Código Penal**, Parte Geral, vol.1, Ed. Saraiva, 1985.

JONES, James M. **Racismo e Preconceito**. Edgard Blucher, Edusp.

KIST, Atalides. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Leme/SP: Editora de Direito, 1999.

LAROUSSE CULTURAL, **Grande Enciclopédia**, São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1998, v. 10.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais: história e evolução**, Revista APMP, nº 13, dez 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do Direito Penal**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- _____. **Teoria Constitucional do Direito Penal**, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Colocação no Quadro Geral dos Interesses**, Revista de Processo, V. 14, n. 55, Julho/setembro, 1989.
- MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. Saraiva, 1954 (vol I) 1956 (vol. II e III).
- MAURACH, Reinhart. **Direito Penal, Parte Geral**, tradução da 7ª Edição Alemã, por Jorge Bofill Genzsch e Henrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo**. 12ª ed. Saraiva. 1997.
- McFETRIDGE, Donald G. **Economia e meio ambiente: A reconciliação**. Porto Alegre, ed. Ortiz/IEE, 1992.
- MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª ed. RT, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª edição, Malheiros Editores, 2001.
- MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**, tomo I, nueva edicion, revisada y puesta al dia por Jose Arturo Rodrigues Muñoz, Editorial Revista De Derecho Privado, Madrid.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRRA, Álvaro Luis Valery et. Al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. Forense, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil**, Editora Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, Editora Renovar, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3ª edição (s.l.). Editora Forense Universitária, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto Nunes. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1978.

PERROY, Edouard. **História Geral das Civilizações – A Idade Média**, volume III, São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1958.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Artigo publicado pelo Centro de Estudos Tributários e Empresariais, em 26/05/2000, site <http://www.concursojuridicos.com.br/cete/artigo1.html>.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. São Paulo, 1959.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção Penal do Meio Ambiente**, Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 1ª ed. (s.l.). Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito Penal Ambiental, Problemas Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim, n. 70, setembro de 1998.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal Parte General**, Reimpresión de la 3ª Edición, Barcelona, 1995.

QUEIROZ FILHO, Antônio. **Lições de Direito Penal**, Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

QUEIROZ, Paulo. **A Teoria da Imputação Objetiva**, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, ano 9, n. 103, junho de 2001

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª ed., RT, 2000.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 11.

- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **O direito penal na contramão da história** - Boletim IBCcCrim nº 68 - Julho, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito das Coisas**, V.6. ed., revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1976.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Revista dos Tribunais nº 717.
- ROXIN, Claus, **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, 2ª Ed., Lisboa: Vega, 1993.
- _____. **Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale**, Walter de Gruyter e Coi, Berlin 1970, Teoria Del Tipo Penal, versión castelhana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo (Universidade de Madri), Ediciones Depaomas, Bueno Aires, 1979.
- _____. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, Fundamentos. *La estructura de La Teoria Del Delito*, tradução da 2ª edição alemã e notas por Diiego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, S.A., 1997.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1998.
- SANCTIS, Fausto Martin. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, **Pela Mão De Alice, O social e o político na pós-modernidade**, 7ª ed. Cortez Editora, 2000.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SILVA JÚNIOR, Alberto, **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**, coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, editora Revista dos Tribunais, 7ª edição.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. (s.l). Editora Saraiva, 1998.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Tutela Penal dos Interesses Difusos**, Ed. Atlas, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação**. Curitiba, Universitária Champagnat, 1993.
- SOUZA, Paulo V.S de Souza, **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- THIELEN, Helmut. **Dignidade Humana, Pobreza e Libertação**, nº 94, Vozes, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VARELA, Marcelo D., FONTES, Eliana e ROCHA, Fernando G. da, **Biossegurança & Biodiversidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- WATANABE, Kazuo. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6ª ed. Forense, 1999.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht 1970 (Derecho Penal Alemán)*, tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez, patrocinada por “el Instituto de Ciencias Penales de Chile”, Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henríque. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 2^a Ed. Revista dos Tribunais.

Tombo T.01768
Valor _____
Proc. Pedro L.S. Gada
Data 20.05.05
Encad. _____

PC. 148753
EX. 124609

FIEO-BIBLIOTECA



T01768