

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO
WILLIA DE CÁCIA SOARES FERREIRA
ANA LUIZA NOVAIS CABRAL



TEMAS DE DIREITO PENAL
AMBIENTAL III



Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Ana Luiza Novais Cabral
Willia de Cácia Soares Ferreira
(Organizadores)

Temas de Direito Penal Ambiental III

IDM
EDITORA

MARINGÁ – PR

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T278 Temas de direito penal ambiental III / organizadores,
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Ana Luiza Novais
Cabral, Willia de Cácia Soares Ferreira. - 1. ed.
- Maringá, Pr: IDDM, 2018.
208 p.: il; color.

Modo de Acesso: World Wide Web:

<<http://www.domhelder.edu.br/pagina.php?pagId=253#pag>>

ISBN: 978-85-66789-76-8

1. Meio ambiente. 2. Ambiente carcerário. 3. Meio
ambiente digital. 4. Crimes no mar. 5. Mineração. I.
Título.

CDD 22.ed. 344.046

Rosimarizy Linaris Montanhano Astolphi – Bibliotecária CRB/9-1610

Todos os Direitos Reservados à

IDDM
EDITORA

Rua Joubert de Carvalho, 623 – Sala 804

CEP 87013-200 – Maringá – PR

www.iddmeducacional.com.br

iddmeditora@gmail.com

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem a colaboração da Escola Superior Dom Helder Câmara e da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, ante ao esforço de membros do corpo docente e discente de ambas as Instituições de Ensino.



Copright 2018 by IDDM Editora Educacional Ltda.

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, Professor da
Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969499799398310>

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Professor Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2645812441653704>

Prof. Dr. José Francisco Dias, Professor da Universidade Estadual
do Oeste do Paraná, Campus Toledo.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9950007997056231>

Profª Drª Sônia Mari Shima Barroco, Professora da Universidade
Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0910185283511592>

Profª Drª Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, Coordenadora do
Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>

Profº Drº Fabrício Veiga Costa, Pós-Doutor em Educação.
Professor de Direito da PUC-MG

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

APRESENTAÇÃO

Como fruto dos trabalhos pesquisados no curso do primeiro semestre de 2018 no Grupo de Pesquisa Tutela Penal do Ambiente, chancelado pela Capes, apresento a coleção de textos que compõem a obra “Temas de Direito Penal Ambiental III”.

Os capítulos revelam, como poderá o leitor perceber, completa autonomia dos autores em relação a qualquer referencial que os pudesse vincular a pensamento uníssono ou uniforme do Grupo. Ao contrário, verifica-se em cada um dos textos que suas linhas expressam um corpo eclético de autores que se debruçaram na atividade de pesquisa orientada para a resposta a cada um dos temas-problemas que externaram em cada um dos capítulos.

Todavia, o mérito reside não apenas no pensamento autônomo e crítico, mas também na doação de cada um em prol de uma causa comum: um produto que reúne a produção do grupo e, sobretudo, a preocupação estampada nos textos quanto à tutela do meio ambiente.

Nesse sentido, reconhece-se as dificuldades, já muito ressaltadas nos volumes anteriores, sobre as adaptações dogmáticas necessárias para a aplicação do direito penal às demandas relacionadas à tutela do bem jurídico difuso; ressalta-se, todavia, que os autores enfrentaram os desafios impostos e produziram textos de qualidade, capazes de robustecer o corpo literário nacional em prol da tutela penal do meio ambiente.

Na ordem em que expostos, os textos trazem o seguinte conteúdo:

- 1) No primeiro texto, os autores Deilton Ribeiro Brasil e Patrick Juliano Casagrate Trindade trazem pertinente e alvissareira exposição sobre a (im)possibilidade de legítima defesa do meio ambiente, tecendo considerações importantes sobre as questões dogmáticas pertinentes ao assunto e a divisão doutrinária existente a respeito;
- 2) O segundo texto, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Ricardo Ferreira Barouch, trata do meio ambiente carcerário e expõe a triste realidade hoje vista e vivida no Brasil;
- 3) O terceiro capítulo, escrito por Samuel Fernandes dos Santos e Willia de Cácia Soares Ferreira, dispõe sobre o meio ambiente virtual e a imersão do direito penal nessa realidade cada vez mais presente na sociedade moderna;
- 4) No quarto capítulo, os autores Gilson Soares Lemes Júnior e Ana Luiza Novais Cabral discorrem sobre as normas penais e processuais penais aplicáveis aos delitos perpetrados no ambiente marítimo, que resulta em pesquisa propositiva de modificações legislativas para a resolução da questão tratada;
- 5) O quinto capítulo, de autoria de Thaís Aldred Iasbik e Francis de Almeida Araújo Lisboa, trata do direito administrativo sancionador e a crítica ao expansionismo penal em que posta em questão a serventia do artigo 55 da Lei 9605/98. Discorrem, pois, as autoras sobre a serventia

da tutela da exploração mineral pelo direito administrativo, sem que às raias do penal necessitasse o legislador e/ou o próprio intérprete recorrer;

- 6) No sexto e último capítulo, Karina Freitas Chaves e Aflaton Castanheira Maluf discorrem sobre tema bastante novo e que diz respeito à natureza jurídica e às consequências do termo de ajustamento de conduta ou mesmo do termo de compromisso ambiental após a edição da Resolução n. 181/2017, do CNMP. Tratam, afinal, de acordo de não persecução penal?

Observa-se, pois, que, tal como os volumes anteriores apresentaram, este também contém textos de grande relevância técnico-jurídica e que expressam, ainda mais, o quão rica e eclética foi a atividade de pesquisa desenvolvida no curso do ano de 2018.

Que venham as críticas literárias!

Belo Horizonte, setembro de 2018.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Líder do Grupo de Pesquisa.

PREFÁCIO

Foi com muita alegria que aceitei o convite para prefaciar esta enriquecedora obra coletiva organizada pelo Professor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro intitulada Temas de Direito Penal Ambiental III. O extenso *curriculum vitae* do organizador é a prova do percuciente êxito de sua carreira acadêmico-científica, sendo imperioso o registro neste momento em que tão importante trabalho vem a lume para divulgar o resultado de suas pesquisas científicas desenvolvidas no âmbito de grupo de pesquisa na Escola de Ensino Superior Dom Helder.

O livro traz 06 (seis) artigos com temas da maior relevância para o direito penal ambiental com o propósito de perquirir soluções e equacionar as deficiências que surgem no âmbito dessa temática, na qual perpassam desafios emergentes na época atual sobre direitos e garantias fundamentais.

O primeiro capítulo, intitulado “Da possibilidade da legítima defesa do meio ambiente”, é um texto de Deilton Ribeiro Brasil e Patrick Juliano Casagrande Trindade cujo propósito é analisar a possibilidade da legítima defesa em face dos direitos coletivos, em casos típicos de defesa contra agressões injustas cometidas em face da ordem econômica, tributária, financeira, relações de consumo, economia popular, meio ambiente, saúde pública, dentre outros.

Os autores trazem proposições que defendem essa possibilidade, justificando que o instituto não ressalvou quais bens jurídicos podem ser protegidos por meio da atuação em legítima defesa, permitindo, assim, que o indivíduo atue na defesa de

determinada área quando alguém estiver poluindo algum rio, terreno público ou área de preservação ambiental, já que estes bens pertencem à coletividade.

O segundo capítulo, intitulado “Prisão, crise e omissão do Estado: análise do ambiente carcerário brasileiro”, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Ricardo Ferreira Barouch, versa sobre os excessos na aplicação de pena privativa de liberdade no Brasil, que hoje o colocam como o terceiro país do mundo em população carcerária, bem como a omissão estatal na confecção de políticas públicas que venham a consagrar um ambiente carcerário mais digno.

Por fim, os autores ressaltam a necessidade de se revisitar o instituto da prisão, seja no tocante à irresponsabilidade da aplicação desmesurada e inadequada de pena privativa de liberdade, seja quanto à urgência de que políticas públicas venham a consagrar um mínimo de dignidade ambiental do cárcere.

No terceiro capítulo, de título “Meio ambiente virtual: uma análise da atuação do direito penal no combate aos crimes cibernéticos”, da lavra de Samuel Fernandes dos Santos e Willia de Cácia Soares Ferreira, a abordagem predominante é do direito penal frente às mudanças trazidas pela evolução tecnológica e sua abrangência no meio ambiente digital, especialmente no que se refere aos crimes cibernéticos que, em face da carência de legislação específica, ganham contornos peculiares.

Os autores enfrentam a questão referente à anterioridade penal e interpretação de tipos penais que necessitam de reflexões coerentes e atuação célere do Estado, frente ao alto índice de vítimas no meio ambiente digital.

No quarto capítulo, que tem como título “A soberania e os crimes ambientais no mar”, de Gilson Soares Lemes Júnior e Ana Luiza Novais Cabral, o norte é a possibilidade de se aplicar a competência da justiça brasileira para julgar delitos ambientais cometidos no mar. Os autores fazem uma percuciente análise da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM), com o intuito de compreender as nuances da soberania brasileira nas regiões criadas pelo tratado: mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto mar. Questionam a necessidade de se utilizar do Código Penal para que haja adequação às várias hipóteses de ocorrências de crimes ambientais realizados em regiões marítimas, tendo em vista eventual omissão do disposto em seu artigo 5º, § 1º.

O quinto capítulo, intitulado “A eficácia do direito administrativo sancionador na tutela do artigo 55 da lei nº 9.605/98”, é o trabalho escrito por Thaís Aldred Iasbik e Francis de Almeida Araújo Lisboa. As autoras elegeram a discussão sobre a eficácia do direito administrativo sancionador na tutela da Lei n.º 9.605/98, a partir de uma política ambiental preventiva, anterior ao acionamento do direito penal repressivo. As autoras concluem que, com o direito administrativo sancionador, é possível descriminalizar certas condutas, como a prevista no artigo 55 da lei de crimes ambientais, sem que se enfraqueça a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último, o sexto capítulo, que versa sobre os “reflexos penais do termo de ajustamento de conduta e do termo de compromisso ambiental após a resolução n. 181 do CNMP”, de autoria de Karina Freitas Chaves e Aflaton Castanheira Maluf, é

uma análise da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta ambiental e do termo de compromisso ambiental como acordo de não persecução penal caso o fato que ensejou a celebração do termo respectivo constitua crime previsto na Lei nº 9.605/98. Os autores defendem que se houver o cumprimento integral do acordo firmado via TAC, TCA ou no próprio acordo de não persecução penal, cabe ao Ministério Público cumprir sua parte, isto é, a promoção de arquivamento da investigação criminal, caso exista, ou apenas se abster de interpor a ação penal em decorrência do cumprimento do TAC ou do TCA.

Por fim quero registrar que foi com grande prazer que me debrucei na leitura dos capítulos bem escolhidos pelo organizador, que resultaram numa obra consistente e simétrica que suavemente convida o leitor para que participe do debate sobre o direito penal ambiental na atualidade. Boa leitura!

Barbacena, Primavera de 2018.

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA). CV: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>.

SUMÁRIO

Da possibilidade da legítima defesa do meio ambiente.....14

Deilton Ribeiro Brasil

Patrick Juliano Casagrande Trindade

**Prisão, crise e omissão do estado: análise do ambiente
carcerário**

brasileiro.....46

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Ricardo Ferreira Barouch

**Meio ambiente virtual: uma análise da atuação do direito penal
no combate aos crimes cibernéticos.....80**

Samuel Fernandes dos Santos

Willia de Cácia Soares Ferreira

A soberania e os crimes ambientais no mar.....114

Gilson Soares Lemes Júnior

Ana Luiza Novais Cabral

**A eficácia do direito administrativo sancionador na tutela do
ARTIGO 55 DA LEI N.º 9605/98.....145**

Thaís Aldred Iasbik

Francis de Almeida Araújo Lisboa

Dos reflexos penais do termo de ajustamento de conduta e do termo de compromisso ambiental após a Resolução n. 181 do CNMP.....180

Karina Freitas Chaves

Aflaton Castanheira Maluf

DA POSSIBILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

THE POSSIBILITY OF LEGITIMATE DEFENSE OF THE ENVIRONMENT

Deilton Ribeiro Brasil¹

Patrick Juliano Casagrande Trindade²

RESUMO: Os bens jurídicos metaindividuais são aqueles nos quais estão inseridos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que os ofendidos nem sempre são identificáveis por uma dispersão fática ou jurídica. A possibilidade da legítima defesa dos direitos coletivos, em casos típicos de defesa contra agressões injustas cometidas contra a ordem econômica, tributária, financeira, relações de consumo, economia popular, meio ambiente, saúde pública, dentre outros, desperta questionamentos no direito brasileiro no sentido de se verificar os limites desta atuação. Este trabalho visa analisar a possibilidade da utilização da

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG e das Faculdades Santo Agostinho – FASA. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/134254020576228>>.

² Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduado em Direito Social. Professor titular na Fundação Educacional de Oliveira/MG. Professor titular na Faculdade de Direito de Contagem/MG. Membro da Comissão de Assuntos Carcerários da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG. Advogado. E-mail: Patrick.casagrande@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1043722738993240>.

causa justificante da legítima defesa em face do dano ambiental, por ser uma tendência atual no nosso ordenamento jurídico na proteção desse direito fundamental. Serão apresentados posicionamentos doutrinários que tratam da impossibilidade de atuar em legítima defesa desse bem jurídico, pois o Estado teria o monopólio para a sua defesa e a atuação do indivíduo seria uma concorrência com esse monopólio estatal. Lado outro, traz-se proposições que defendem essa possibilidade, justificando que o instituto não ressalvou quais bens jurídicos podem ser protegidos por meio da atuação em legítima defesa, permitindo, assim, que o indivíduo atue na defesa de determinada área quando alguém estiver poluindo algum rio, terreno público ou área de preservação ambiental, já que estes bens pertencem à coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa; Direitos difusos; Meio ambiente

ABSTRACT: Metaindividual legal assets are those in which homogeneous diffuse, collective or individual interests are inserted, in which the offended are not always identifiable by a legal or factual dispersion. The possibility of legitimate defense of collective rights, in typical cases of defense against unjust aggressions committed against the economic, tax, financial, consumer relations, popular economy, environment, public health, among others, arouses questions in Brazilian law in the sense to verify the limits of this action. This work aims at analyzing the possibility of using the justifying cause of legitimate defense in the face of environmental damage, as it is a current tendency in our legal system to protect this fundamental right. It will be presented doctrinal positions that deal with the impossibility of acting in legitimate defense of this legal right, since the State would have the monopoly for its defense and the performance of the individual would be a competition with this state monopoly. On the other

hand, there are propositions that defend this possibility, justifying that the institute has not reserved what legal assets can be protected by acting in self-defense, thus allowing the individual to act in the defense of a certain area when someone is polluting some river, public land or environmental preservation area, since these belong to the community.

KEYWORDS: Legitimate defense; Diffuse rights; Environment

INTRODUÇÃO

O Estado, como responsável pela segurança de todos os cidadãos, nem sempre está presente em todas as possíveis situações cotidianas de ofensas aos bens jurídicos tutelados por ele mesmo. Assim, ele permite que, em determinadas situações, os cidadãos possam agir em sua própria defesa ou de terceiros.

Assim, a premissa não é ilimitada. Para que possamos falar em legítima defesa, jamais confundida com a vingança privada, deve o cidadão estar diante de uma situação onde o Estado não possa proteger o direito em perigo e, só assim, presentes os requisitos de ordem subjetiva e objetiva, agir em legítima defesa.

No entanto, a lei não especifica taxativamente que direitos seriam estes, se exclusivamente particulares ou coletivos.

Com isso, é comum o cidadão se deparar com o comportamento de terceiros que praticam atos ofensivos ao meio ambiente, questionando-se se poderia intervir no sentido de impedir este eventual dano ambiental, já que o referido bem jurídico protegido é de extrema importância para os dias atuais.

Sendo um direito fundamental e a sua proteção estatal insuficiente, sua agressão poderia legitimar o particular a agir em

legítima defesa deste bem jurídico, uma vez que o referido dano ambiental decorrente ensejaria em prejuízos consideráveis para o seu equilíbrio e traria consequências para a população.

O primeiro tópico trata do conceito do instituto da legítima defesa no direito penal brasileiro e os requisitos para o seu reconhecimento. Já no segundo item, o trabalho tratará da natureza jurídico do meio ambiente, passando para a necessidade da atuação estatal penal no terceiro item, demonstrando que o direito penal deve atuar na tutela do referido bem jurídico.

No quarto tópico a presente pesquisa tratou de abordar os riscos e os eventuais danos causados pela ofensa ao meio ambiente, demonstrando, já no capítulo final, o instituto da legítima defesa como possível instrumento de proteção deste bem jurídico difuso, trazendo posicionamentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis sobre o tema.

Foi utilizada a pesquisa teórico-bibliográfica, considerando as publicações sobre o tema, especialmente livros e artigos científicos, nos quais se buscou basear as construções acerca da possibilidade da utilização deste instituto jurídico-penal como instrumento de defesa do meio ambiente.

O artigo vale-se do método dedutivo, partindo-se de uma premissa restrita que é a legítima defesa como instrumento do direito penal para uma faceta global e ampla sua utilização como defesa do meio ambiente.

1. A LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO BRASILEIRO

A legítima defesa, fixada em lei, está definida no artigo 25 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que diz “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Ponderam GOMES e BIANCHINI:

A legítima defesa é um poder (conferido ao agente que está sendo agredido injustamente) que permite sacrificar bens alheios. Esse poder é reconhecido pelo Estado e pelo ordenamento jurídico, que aceita o sacrifício de bens jurídicos desde que a ofensa tenha sido necessária para salvar outro bem jurídico de igual ou semelhante valor (GOMES e BIANCHINI, 2016, p. 400)

NUCCI, lembrando JESCHECK, explica os fundamentos da discriminante:

A legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: a) no prisma jurídico individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico; b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não

deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa mostra-se somente quando for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível (NUCCI, 2009, p. 242)

Antes, porém, de analisar quais são seus requisitos subjetivos e objetivos, deve-se trabalhar sobre quais bens se pode atuar em legítima defesa.

Tem-se entendido que a atuação da legítima defesa pode ser realizada na defesa de qualquer bem jurídico tutelado pela lei. No entanto, para alguns doutrinadores, tem-se feito uma ressalva, isto é, que na defesa deste bem não haja a possibilidade de se socorrer ao Estado naquela situação específica, o que afastaria a legítima defesa em face dos bens comunitários ou metaindividuais.

Por ser o enfoque deste trabalho, analisar-se-á a premissa acima em tópico específico.

A legítima defesa possui os requisitos objetivos, expressos no art. 25 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), e também exigirá o requisito subjetivo, podendo ser a legítima defesa real ou autêntica e a putativa ou imaginária.

A legítima defesa autêntica ou real ocorre quando a situação da agressão injusta está ocorrendo no mundo concreto merecendo ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais. Já a legítima defesa putativa ou imaginária é aquela em que só o agente

imagina, por algum erro, estar sofrendo uma agressão injusta, quando na verdade não está.

Os requisitos objetivos são que a agressão seja injusta, atual ou iminente e que o agente repila esta agressão utilizando-se dos meios moderados e necessários, na defesa de direito próprio ou alheio.

Assim, a reação deve ser necessária e proporcional diante do ataque atual ou iminente, isto é, a defesa, para ser legítima, precisa ser necessária para a proteção de bens jurídicos, estabelecendo uma proporcionalidade entre o bem jurídico sacrificado e o protegido, exigindo a lei que essa reação utilize os meios necessários e moderados para a repulsa.

O uso moderado dos meios necessários são aqueles meios eficazes e suficientes para a repulsa da agressão que está sendo praticada ou prestes a acontecer, devendo neste ponto, como dito, analisar-se a proporcionalidade e a razoabilidade do ato praticado pelo agente que está em legítima defesa, ou seja, os meios necessários devem ser proporcionais e razoáveis à ação do agente, devendo a reação ser proporcional ao ataque, bem como ser razoável.

No caso do agente ter disponíveis vários meios aptos a repelir a injusta agressão, ele deve sempre optar pelo meio menos gravoso, sob pena de se afastar a legítima defesa, ou seja, além de escolher o meio adequado, deve-se fazer com moderação para não incorrer no excesso.

Lado outro, por ser uma ação humana, não há como analisar os meios moderados de maneira lógica, mas sim em análise de caso a caso. Por isso, é preciso estabelecer um marco, que é o

momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão contra ele praticada, pois tudo o que for feito após essa cessação, poderá aquele responder por todos os resultados decorrentes deste excesso.

Referido excesso pode ser doloso ou culposo. Doloso quando o agente, após cessar a agressão, continua o ataque porque ele quer causar mais lesões ou até mesmo a morte do agressor ou por estar em erro de proibição quanto a esse excesso, acreditando que pode continuar o ataque por entender que continua em legítima defesa, equivocando-se quanto ao limite desta causa de justificação. O excesso culposo, por sua vez, surge quando o agente avalia mal a situação que o envolve e acredita que ainda pode ser agredido ou que está sendo agredido, ou quando, em virtude de uma má avaliação sobre os fatos, ele excede em virtude de um erro de cálculo ou sobre os modos que utiliza.

Esta ponderação é de suma importância para a análise do objetivo do presente trabalho, uma vez que a agressão ao meio ambiente, reconhecido como bem jurídico, merece uma ação contrária proporcional à ofensa realizada.

O conceito de legítima defesa, ainda, exige que haja uma injusta agressão, que é o que ocorre a bens que estejam sendo lesados ou ameaçados de lesão por uma conduta humana, não amparada pelo ordenamento jurídico como, por exemplo, a pessoa ter contra si um mandado de prisão e agredir aquele que cumprirá o referido mandado. Também não é necessário que a conduta praticada contra o sujeito seja criminosa para ser imputada como injusta, bastando seja ilícita.

E mais, que a injusta agressão seja atual ou iminente, sendo agressão atual aquela que está acontecendo no momento e

agressão iminente aquela que irá acontecer quase que imediatamente, sem um intervalo longo de tempo, pois a agressão remota ou futura não configura a legítima defesa, embora existam posicionamentos contrários a este entendimento.

Importante a observação feita por Juan Ferré Olivé; Miguel Nujéz Paz; William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito:

O caráter atual ou iminente da agressão exige que se determine o momento no qual dita agressão começa e termina, para os fins de legítima defesa. Quanto ao momento do começo, uma parte da doutrina exige a realização do delito em grau de tentativa. Entretanto, esta posição exclui determinadas condutas, como alguns atos preparatórios que evidenciam uma tentativa iminente, ou as hipóteses de não serem consideradas como parte de uma autêntica agressão, dificultar-se-ia enormemente as possibilidades de defesa (conforme Roxin). Por este motivo, deve-se incorporar a fase final dos atos preparatórios, mas não os momentos anteriores, nem a tentativa inidônea (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 402)

Conforme disposto na lei, a legítima defesa pode ser utilizada na defesa de direito próprio ou de terceiros, mesmo que esta última não seja uma pessoa conhecida ou próxima, exigindo-se nesta última modalidade, que seja analisado o elemento subjetivo do agente de agir em legítima defesa de terceiro, pois deve ter

aquele a vontade de agir na defesa deste, ou seja, caso o agente veja que alguém está sendo agredido por um inimigo e aproveita para lesionar este inimigo, e não para defender o terceiro, não há legítima defesa, respondendo o agente pelo crime praticado.

Assim, quanto ao requisito subjetivo da legítima defesa, entende-se que o agente deva atuar sabendo que está atuando nesta condição de defesa de direito próprio ou alheio ou acredite que esteja agindo assim, ou seja, com a vontade de se defender ou de defender a terceiros.

Analizados e reconhecidos os requisitos acima tratados, todos exigidos pelo dispositivo legal que trata sobre essa excludente de ilicitude, nada impediria o seu reconhecimento na defesa de qualquer bem jurídico.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido no rol de interesses de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

As palavras direito e interesse são usadas, inclusive pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelas leis em geral, de maneira indistinta, contudo, esclarece-se que interesse é a pretensão buscada por alguém e direito é esse interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico ou o interesse juridicamente protegido.

Tais interesses são chamados de transindividuais ou metaindividuais, que podem ser identificados numa terceira categoria, entre o direito público e o privado, já que se formam necessariamente em decorrência dos fenômenos sociais, levando ao

surgimento de conflitos comerciais, tecnológicos, ambientais, entre outros, os quais são aptos, diante da globalização, a atingir ao mesmo tempo, de forma indiscriminada, grandes grupos sociais, categorias ou classes de pessoas e também a bens inerentes a todos indistintamente.

Por vez tais interesses foram diferenciados em interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tendo em vista as consequências práticas da defesa de cada um dos interesses, dependendo da sua maior ou menor abrangência perante os titulares do direito.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, Lei 8.078, 1990), em seu artigo 81, parágrafo único elencou brilhantemente a distinção entre os interesses transindividuais ou metaindividuais, através do critério da divisibilidade do objeto e a determinabilidade do grupo.

Se o grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório em decorrência das lesões é indivisível, estar-se-á diante de interesses difusos.

Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel:

Os difusos são, assim, interesses que se referem a grupo menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente um vínculo jurídico ou fático muito preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhável por um número indeterminado de pessoas (LEONEL, 2002, p. 99)

O bem meio ambiente, por vez, possui a natureza jurídica de direito difuso, já que o seu gozo e uso são de titularidade de pessoas indeterminadas e esse objeto é indivisível, tendo em vista a comunhão de destinos dos respectivos titulares.

Se o interesse pretendido por este grupo puder se quantificar e também dividir entre os integrantes deste grupo, isto é, se o dano provocou lesões divisíveis ou quantificáveis, estar-se-á diante do interesse individual homogêneo. São interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis que compartilham, via de regra, prejuízos divisíveis surgidos numa origem comum (LEONEL, 2002, p. 108).

Segundo Ricardo de Barros Leonel:

São características destes interesses: serem determinados ou determináveis os seus titulares; serem essencialmente individuais; ser divisível o objeto tutelado; e surgirem em virtude de uma origem ou fato comum, ocasionando a lesão a todos os interessados a título individual (LEONEL, 2002, p. 108)

Toma-se como exemplo a venda de vários veículos produzidos com defeito em série que ocasione danos semelhantes aos adquirentes, consumidores de medicamentos que apresentam falha na produção, danosa à saúde, entre outros. É como se houvesse a reunião, num único processo, de várias demandas individuais com resultados mais satisfatórios.

Agora, se o proveito obtido for indivisível, mas o grupo é determinado, e o que os unem é apenas uma relação jurídica básica

comum que o juiz deve resolver de maneira uniforme para todos os seus integrantes, estar-se-á diante de interesses coletivos.

Ricardo de Barros Leonel assim define:

Estes interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum. Aqui também o objeto ao qual se volta o interesse é indivisível, satisfazendo a todos ao mesmo tempo, sendo todo o grupo lesado coetaneamente na hipótese de violação (LEONEL, 2002, p. 106)

A pretensão de integrantes de um consórcio para que não ocorram aumentos ilegais nas prestações; determinada categoria de trabalhadores que pretendem impedir violação à jornada de trabalho estabelecida; dos contribuintes de um imposto com relação à sua majoração inconstitucional, entre outros, são exemplos de interesses coletivos.

No presente trabalho, interessa-nos o direito difuso a um meio ambiente protegido e equilibrado, bem jurídico tutelado penalmente, merecendo, assim, a proteção estatal nos termos das possibilidades legais vigentes, onde será verificado se a afronta a esses interesses ou direitos legitima o particular a atuar em legítima defesa de direito próprio ou alheio ou se esta defesa cabe exclusivamente ao Estado.

3. O MEIO AMBIENTE ENQUANTO BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO

No intuito de expandir a consciência da essencialidade da qualidade do meio ambiente, a Constituição da República Federativa do Brasil, inaugura no Brasil, com status constitucional, um direito fundamental ao meio ambiente, como forma de assegurar uma vida digna, saudável e segura não só para as gerações presentes, mas para as gerações futuras. Assim, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja bem de uso comum do povo, bem como a sua proteção seja direito e dever de todos.

O direito penal possui seu fundamento de validade a Constituição Federal de 1988, utilizando-a como fonte dos bens jurídicos a serem tutelados, e nela encontrando os limites para seleção daqueles que merecem a tutela penal. A seleção de um bem jurídico-penal significa uma valoração positiva acerca de determinado bem ou valor, ou seja, reconhecimento da sua relevância para o ser humano e a sociedade. Dessa maneira, o primeiro juízo valorativo sobre o bem jurídico é realizado pelo constituinte que, de acordo com a realidade social, cria mandados constitucionais explícitos e implícitos de criminalização ou penalização, surgindo para o legislador ordinário a tarefa de criar o bem jurídico penal.

Salienta-se, ainda, que o bem jurídico-penal pode ser individual ou metaindividual. O bem jurídico individual atinge a titularidade do indivíduo singularmente considerado e tem caráter pessoal, enquanto o metaindividual possui titularidade difusa, de

caráter coletivo, e atinge a todos os membros da coletividade de modo indistinto.

Na legislação vigente, a conceituação de meio ambiente encontra-se na Lei nº. 6.938/81, mais especificamente em seu art. 3º, inciso I, o qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, dizendo que meio ambiente é “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” (BRASIL, 1981), recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no art. 225, a qual objetiva uma sadia qualidade de vida para todos, e não apenas para as presentes, mas também para as futuras gerações.

José Afonso da Silva apresenta o meio ambiente como a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2004).

O meio ambiente natural ou físico, contido no art. 225 da Constituição Federal de 1988, é aquele que, “criado originariamente pela natureza, não sofre qualquer interferência da ação humana que tenha como resultado a modificação de sua substância” (BRITO, 2007). Já o ambiente cultural, contido nos artigos 216 e 216-A da Constituição Federal de 1988, é representado pelo patrimônio culturalmente considerado para uma pequena região, um país ou, até mesmo, para todo o mundo, representando a origem e a história de um povo. O meio ambiente artificial, por sua vez, surge pela influência do ser humano sobre a matéria, utilizando o meio ambiente natural, transformando-o, manufacturando-o, para criar o seu próprio mundo, tutelado também pela nossa Constituição Federal.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim, passou a ter essa natureza quando da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo em 1972. Nessa oportunidade, consolidou-se o trecho normativo que diz que “os seres humanos constituem o centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente” (FIGUEIREDO, 2013).

Verifica-se que não há a preocupação de restringir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a este ou aquele ser humano, o que demonstra que essa garantia deve ser estender a todos, sem distinção.

O bem jurídico metaindividual denominado meio ambiente faz com que o direito penal atue para protegê-lo de forma eficaz, uma vez que os riscos decorrentes da sua degradação estão presentes em todas as sociedades e o acionamento do direito penal é medida legítima quando os demais ramos do ordenamento mostram-se insuficientes para a proteção do referido bem jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu em seu artigo 225:

Artigo 225. 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.

[...]

§ 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. (BRASIL, 1988)

Assim, de acordo com o preceito constitucional de criminalização do §3º do art. 225, somente as condutas lesivas ao meio ambiente poderão ser objeto de proteção penal.

Em 1998, atendendo ao mandado de criminalização constitucional, foi promulgada a Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro (BRASIL, 1998), que dispõe sobre as sanções administrativas e penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, trazendo um enfoque de tutela penal ao referido direito fundamental.

4. A SOCIEDADE DE RISCOS COMO FUNDAMENTO DA UTILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Ulrich Beck (2010), sociólogo alemão, desenvolveu a concepção de que a sociedade atual é uma sociedade de risco. A sociedade de risco, desenvolvida pelo autor, caracteriza-se pelo desenvolvimento tecnológico e científico, por uma economia dinâmica e pela convivência com riscos e perigos incertos produzidos pelas atividades humanas, que possuem alcance universal.

Para Ulrich Beck (2010), “o conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que têm uma presença esmagadora hoje em nosso mundo”.

Na sociedade de risco, os riscos não se limitam às consequências e danos já conhecidos, estendendo-se ao futuro ainda incerto, o que traz a relevância na análise das agressões ambientais e os riscos decorrentes desta agressão no âmbito da tutela penal.

O Estado, na obrigação em zelar pela defesa do meio ambiente e na promoção de uma qualidade de vida melhor aos cidadãos, tem encontrado dificuldades nesta tarefa, diante da ineficácia dos seus sistemas de controle e fiscalização.

Assim, sendo um direito fundamental a se preservar, é necessária a utilização de ferramentas que o direito penal disponibiliza para que a qualidade de vida das gerações atuais e futuras, bem como o bem estar e a ideia de proteção ao meio ambiente seja uma realidade e não uma ficção jurídica.

É necessário utilizar meios mais eficazes para esta proteção, contribuindo para que a sociedade se importe com o meio ambiente enquanto matéria possível de ser protegida na esfera penal, sendo uma dessas ferramentas, qual seja, a legítima defesa, que se procura analisar, verificando se tal instituto do direito penal pode ser um mecanismo concreto e efetivo de preservação deste direito fundamental.

Portanto, ninguém está livre das consequências dos riscos produzidos pela degradação ambiental, sendo a crise ambiental e os danos ao meio ambiente, uma preocupação mundial que exige a

análise da sua proteção pelo particular através da utilização do referido instituto jurídico-penal de justificação.

Por seu turno, Giddens (1996, p. 12) orienta sua análise da sociedade contemporânea para uma situação na qual as questões de classe já não são mais centrais. O que Beck (2011) chamou de riscos da modernização, Giddens trata de *incerteza artificial*, ou seja, se refere às incertezas criadas, produzidas artificialmente pela atividade humana. Essas incertezas artificiais atingem, potencialmente, todos os indivíduos, de forma universal.

A ecotoxicidade é um perigo que afeta potencialmente a todos, não importando de que maneira ou onde as pessoas vivam. Ela resulta das substâncias químicas que são propositalmente aplicadas na agricultura e em outros contextos, ou que atingem indiretamente o meio ambiente por meio de áreas de despejo de detritos, esgotos e por outros canais (GIDDENS, 1996, p. 256).

Neste contexto, a sociedade pós-moderna produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto, um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, à medida que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma (LEITE, 2012, p. 15).

É fato que a degradação ambiental não escolhe suas vítimas, todos acabam sofrendo com seus efeitos. Todavia, uns mais que outros. O que vai fazer diferença no nível de afetação é o poder econômico, uma vez que pessoas com menor poder aquisitivo acabam fixando moradia em locais com menos área verde, mais próxima a áreas industriais e com infraestrutura

inadequada, ao tempo em que pessoas que possuem mais condições financeiras irão se instalar em um local ao oposto deste, ocasionando uma denominada exclusão ambiental (JACOBS, 2007, p. 453-457), (ZANINI; WINCKLER, 2016, p. 505).

Uma vez verificado o aumento do desenvolvimento e do consumo potencializado pela sociedade pós-industrial, pode-se dizer que inúmeras foram as consequências verificadas, dentre as quais é possível assinalar, inclusive, o crescente registro de danos que surgiram como subjacentes dessas condutas tecnológicas e científicas. Tem-se que os danos precisaram ser reavaliados ao longo do tempo, uma vez que deixaram de se limitar às conhecidas catástrofes naturais para se tornarem resultantes de atividades humanas, cujos efeitos muitas vezes permanecem desconhecidos em sua totalidade (BALBINO; BRASIL, 2018, p. 137-138).

Outra dimensão, sob um ponto de vista racional, o problema central enfrentado por políticas de prevenção ambiental pelo setor econômico consiste no fato de que o custo de uma dada medida preventiva (seja numa dimensão preventiva ou precaucional) deve ser menor do que os custos *post factum*, ou seja, de remediação. Em outras palavras, caso não seja mais vantajoso economicamente a prevenção em comparação com outros custos de remediação, mesmo com expectativas sancionadoras, haverá um estímulo a condutas de risco (CARVALHO, 2015, p. 53).

O papel do Estado deve ser o de propiciar uma nova gestão preventiva, a partir da utilização de instrumentos preventivos e precaucionais, para tratar de toda a complexidade ambiental que paira pela sociedade hodierna, influenciando diretamente a responsabilidade pelo dano ambiental. Isto significa

que há necessidade de o Estado melhor se organizar e facilitar o acesso aos canais de participação, gestão e decisão dos problemas e dos impactos oriundos da responsabilidade política no controle de processos econômicos de exploração inconsequente dos recursos naturais (LEITE, 2012, p. 14-18).

5. A LEGÍTIMA DEFESA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A legítima defesa, como um poder que permite sacrificar bens alheios, desde que estes bens sejam de igual ou semelhante valor (GOMES, 2015), encontra limites acerca de quais bens jurídicos podem ser merecedores da sua atuação.

A primeira situação é saber quais bens ou interesses são tratados nesta norma justificante.

O bem jurídico metaindividual é uma das fontes de crise entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal moderno, pois devido suas características próprias e a demanda preventiva para gerações futuras, tem colocado em questão as fronteiras e os limites de atuação do próprio Direito Penal.

Analisando seu tradicional conceito, esta causa de justificação só se destinaria a proteger agressões ou lesões a direitos ou bens jurídicos individuais, como a vida, a integridade física, a saúde, a dignidade sexual, entre outros. Entretanto, percebe-se a iniciação de lineamentos que pudessem alertar para ofensas a delitos públicos e não somente aos privados, possibilitando a abertura da proteção de bens jurídicos supra individuais através da referida causa de justificação.

5.1 Os fundamentos favoráveis

As doutrinas favoráveis à aceitação da legítima defesa do meio ambiente diante de agressões ilícitas sustentam que a legislação penal não limitou quais direitos ou bens mereceriam a tutela do particular nesta seara. Sustentam, ainda, que neste caso seria possível aplicar a analogia *in bonam partem* no direito penal já que, em caso de uma lacuna na lei penal, a interpretação mais ampla do conceito de bens ou direitos acarretaria um benefício ao sujeito que pratica a legítima defesa do meio ambiente, já que é uma causa de exclusão da ilicitude. E ainda, sustentam que se o legislador penal quisesse excluir determinados bens, direitos ou interesses da proteção da causa de justificação, assim o teria feito expressamente, em obediência ao princípio da taxatividade.

Para autores como Liszt, Mezger, Maurach e Welzel (1976, p. 123) é plenamente possível que o Estado e a coletividade sejam terceiros suscetíveis de serem protegidos pela utilização da legítima defesa. Conforme ainda assinalam os autores, na maioria das codificações, quando se trata de legítima defesa, o ordenamento não faz alusão apenas a bens jurídicos individuais e nem faz diferenciação entre um e outro bem jurídico a ser protegido. O mencionado jurista, inclusive, cita o artigo 20 da Constituição Alemã, que permite a legítima defesa em proteção da ordem jurídico-constitucional do país (Ibidem, p. 130).

Aliás, quando a legislação admite que o indivíduo utilize a legítima defesa para repelir agressão violenta a si mesmo e aos seus filhos, por exemplo, ultrapassa-se a noção de que atua em

nome de um bem jurídico pessoal, pois fica evidente a defesa de terceiros.

Outro fator que reforça o referido argumento de que a legítima defesa estaria justificada na defesa de interesses da coletividade ou comunidade, recai sobre a responsabilidade do indivíduo para que contribua para a proteção de bens difusos, evitando os danos decorrentes dessas agressões, posto que imposições legais de solidariedade humana reforçam a mudança do modo de atuar dos indivíduos numa sociedade de riscos.

Zaffaroni; Pierangeli (2006), defendem que para o reconhecimento das causas justificantes bastaria apenas a verificação da presença dos seus elementos, desconsiderando, inclusive, as reflexões que pertencem ao sujeito, com destaque para a consciência da licitude do comportamento que executa.

Segundo estes autores:

Para que o um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo com a finalidade de defender-se. (...) deve ficar bem claro que aquele que se defende, para fazê-lo legitimamente, não tem por que saber que está agindo conforme o direito. Por mais que acredite ter agido contra o direito e que fuja e se mantenha foragido, supondo que atou antijuridicamente, isto não assume qualquer relevância. (ZAFFARONI, 2006, p. 493)

Com isso, não se exige que o agente reflita se seu comportamento está ou não conforme o direito, nem tampouco a

natureza jurídica do bem agredido, “por mais que a tipicidade permissiva também possua elementos subjetivos, o juízo de valor sobre a globalidade da conduta por parte daquele que atua é desnecessária, ou seja, não se exige uma reflexão sobre o próprio comportamento.” (SALVADOR NETTO, 2009).

A título de exemplo, desde que os requisitos do estudado instituto jurídico-penal estejam presentes no caso concreto, nada impediria o seu reconhecimento caso houvesse uma conduta de invasão do domicílio alheio para a retirada de grande quantidade de lixo, ou quando houvesse o crime de dano contra uma máquina que está prestes a desmatar floresta protegida, ou ainda o reconhecimento da legítima defesa do meio ambiente quando o agente praticasse algum delito contra a liberdade individual de um caçador ilegal da fauna, dentre vários outros.

Portanto, a utilização da legítima defesa do meio ambiente não pode representar um temor, pois a agressão, que a antecede, é sim a sua real razão de existir e a vedação de qualquer reação seria uma afronta à própria noção de conservação humana.

5.2 Os fundamentos desfavoráveis

As posições que se insurgem contrárias à utilização desta causa justificante sustentam a dificuldade da sua aplicação no caso concreto, bem como não atender à potencialidade dos riscos de danos individuais e coletivos, além de estabelecer a exclusividade desta proteção ao Estado e não ao particular.

Em Roxin (1997), a primeira objeção diz respeito à agressão, pois quem agride deve ser o mesmo titular do bem

jurídico sacrificado, o que dificultaria a aplicação desta causa justificante em caso de danos praticados por pessoas jurídicas. Assim, se alguém que possua vínculo com uma pessoa jurídica e realize uma conduta antijurídica contra o meio ambiente, seria aquela a pessoa contra a qual se defenderia através da legítima defesa, e não em relação aos bens jurídicos de quem estas pessoas representam. Assim, a legítima defesa só pode ser utilizada para defender bens jurídicos individuais (ROXIN, 1997).

Luzón-Peña, também rechaça a legítima defesa de bens jurídicos coletivos fundamentando que os códigos penais só autorizam a defesa em caso de direitos pessoais, já que o Estado se vale da polícia e do judiciário para fazer valer direitos coletivos e que seria temerário autorizar que um cidadão aja em nome da defesa da coletividade, pois invocaria a possibilidade de guerra de uns contra todos (LUZÓN-PEÑA, 2000).

Além disso, haveria clara dificuldade na análise do preenchimento concomitante dos requisitos que legitimam a atuação do agente por esta excludente de ilicitude, especialmente quanto ao uso dos meios moderados e a proporcionalidade da reação quanto à dimensão da ofensa ao meio ambiente no caso concreto.

Para SILVA DIAS (1995), a legítima defesa só será objeto na defesa de bens metaindividuais caso haja perigo para bens pessoais, já que neste caso o defendente é o próprio agredido. Outra justificativa é que a legítima defesa não pode ser objeto de bens que não estão ligados diretamente a nenhuma pessoa, mas sim a uma globalidade indiscriminada. Para o mencionado autor, o assunto na

esfera de defesa desses bens pertence ao poder público e não ao particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em cumprimento ao mandado de criminalização, estabelecido pelo art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, o Direito Penal tem sim importante papel de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações, já que o Estado encontra dificuldades na proteção deste direito fundamental.

É certo que o direito penal, em observância às graves violações que afetam o equilíbrio ecológico, não encontra óbices para a utilização do instituto jurídico-penal da legítima defesa, bastando analisar o caso concreto e verificar se estão preenchidos os requisitos desta causa justificante.

A agressão pode ser tranquilamente verificada se houver uma conduta humana voltada para a produção de algum dano ambiental. Quanto à atualidade ou iminência da agressão, basta analisar o caso concreto para a sua verificação. No tocante à ilicitude, parece perfeitamente estar preenchida a sua natureza nos termos da lei. Já na utilização dos meios moderados, deverá se analisar se haveria um meio menos gravoso à disposição do sujeito e que afastasse o agressor.

Assim, não se pode rejeitar a aplicação da legítima defesa ao direito de todos a um meio ambiente equilibrado e sadio, já que trata-se de um direito fundamental, cabendo ao cidadão um papel importante na preservação deste meio ambiente diante da inércia

estatal em zelar pela sua defesa e proteção, promovendo sua qualidade.

REFERÊNCIAS

BALBINO, Thamara Estéfane Martins; BRASIL, Deilton Ribeiro. A dimensão intergeracional e a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras: reflexões sobre a crise ambiental. In: COSTA, André de Abreu; COSTA, Fabrício Veiga; AYALA, Vinícius de Araújo [Orgs.]. **Proposições reflexivas sobre democracia e direitos fundamentais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2018, p. 131-149.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_ompilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Brasília, **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Direito do Consumidor. Brasília, **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, 2007 - egov.ufsc.br. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26546-26548-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CARDOSO, Rafaella. É possível a legítima defesa em bens jurídicos supra-individuais? **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/e-possivel-a-legitima-defesa-de-bens-juridicos-supra-individuais>> Acesso em: 29 jul. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, 190 p.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1ª a 120)**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

JACOBS, Michael. O meio ambiente, a modernidade e a terceira via. In: GUIDDENS, Anthony [Org.], SANTOS, Roger Maioli dos [Trad.]. **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 453-457.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Jimenéz de Asúa. Madrid:1916, tomo II.

LUZÓN-PEÑA, Diego. **Curso de derecho penal**. Parte General. Universitas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nunez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couro de. **Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões Dogmáticas Sobre A Teoria Da Tipicidade Conglobante. In: **Revista Liberdades**. Revista n. 1. Maio de 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/4-ARTIGO>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SILVA DIAS, Augusto. A estrutura dos direitos ao meio ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e nas causas de justificação. In **Jornadas de homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira**, Lisboa, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. de Bustos Ramírez e Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

ZANINI, Cristiane; WINCKLER, Silvana Terezinha. A teoria do risco em Anthony Giddens e a jurisprudência do STJ e STF. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato [Orgs.]. **21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**: jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21. São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2016, p. 499-510.

PRISÃO, CRISE E OMISSÃO DO ESTADO: ANÁLISE DO AMBIENTE CARCERÁRIO BRASILEIRO

PRISON, CRISIS AND OMISSION OF THE STATE: ANALYSIS OF THE BRAZILIAN PRISON ENVIRONMENT

*Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro*³

*Ricardo Ferreira Barouch*⁴

RESUMO: Os excessos na aplicação de pena privativa de liberdade no Brasil, que hoje o colocam como o terceiro país do mundo em população carcerária, bem como a omissão estatal na confecção de políticas públicas que venham a consagrar um ambiente carcerário mais digno, geram consequências para o preso e para a sociedade. O artigo faz uma abordagem dessas questões sob a ótica do ambiente do cárcere, mediante pesquisa teórico-bibliográfica e emprego de raciocínio lógico-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: prisão; omissão estatal; ambiente carcerário; consequências.

ABSTRACT: The excesses in the application of prison sentences in Brazil, which nowadays place him as the third country in the world in prison population, as well as the state omission in the elaboration of public policies that will consecrate a more dignified prison environment, have consequences for prisoner and society. The

³ Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de graduação e mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2361358630923674>.

⁴ Mestrando em direito ambiental pela ESDHC (Escola Superior Dom Helder Câmara). Pós-graduado em direito público. Advogado e professor universitário. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2361256897650480>>.

article addresses these issues from the perspective of prison environment, through theoretical-bibliographic research and use of logical-deductive reasoning.

KEYWORDS: prison; state omission; prison environment; consequences.

INTRODUÇÃO

A pena de prisão foi instituída em substituição às punições medievais, que não possuíam outra finalidade senão a de impingir ao criminoso um sofrimento muitas vezes desproporcional ao crime cometido.

Com efeito, foi nesse processo de reformulação do direito penal que se erigiram as garantias em favor do acusado e do seu direito de defesa, que ainda permanecem preservadas e difundidas nas democracias modernas.

Embora não constituísse, propriamente, o objeto da reforma, a prisão viria a servir ao propósito de humanização da reprimenda, de maneira que não mais o corpo fosse o destinatário da punição, mas a alma.

Sem dúvida, a pena privativa de liberdade tornou-se a modalidade prevalente de reprimenda, cuja finalidade tem sido discutida pelos juristas, conforme a consciência jurídica e as suas variações temporais.

Hodiernamente, em razão de fatores econômicos, tecnológicos e sociais, o modelo penal vigente encontra-se em franco questionamento, pois não tem sido capaz de entregar à sociedade a pacificação que se almeja.

No caso brasileiro, o problema é ainda mais severo, porquanto o Estado permanece absolutamente omissivo em relação aos postulados da execução penal e aos direitos dos apenados. A execução penal encontra-se efetivamente em segundo plano e os reclusos, pelas péssimas condições a que se encontram submetidos, ao invés de recuperados, haverão de ser recrutados pelo crime, de onde dificilmente sairão.

O artigo, após breve exposição histórica sobre a evolução do suplício à pena de prisão, traz considerações sobre a crise penal e penitenciária brasileira atual para, ao final, tratar de seu objeto principal, que é a exposição do ambiente carcerário e das consequências desse ambiente para o preso e para a sociedade. Nesse sentido, o texto expõe, inclusive, recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de *habeas corpus* coletivo e em vista do próprio ambiente carcerário, concedeu liberdade a mães, gestantes e puérperas em razão das consequências do cárcere para a prole.

O tema é, pois, o ambiente do cárcere e a hipótese é a necessidade de se revisitar o instituto da prisão, seja no tocante à irresponsabilidade da aplicação desmesurada e inadequada de pena privativa de liberdade, seja quanto à urgência de que políticas públicas venham a consagrar um mínimo de dignidade ambiental do cárcere.

A pesquisa é teórico-bibliográfica e desenvolve raciocínio dedutivo.

1. DO SUPLÍCIO À PENA DE PRISÃO

No período medieval (Alta idade média), o crime representava ofensa à autoridade do monarca⁵. Não se compreendia o delito como forma de agressão ao corpo social. Todo crime desafiava o poder pessoal do soberano, pois o criminoso havia violado as regras traçadas pelo poder real e, por isso, estaria sujeito à vingança do rei.

Cumprе anotar que a lei – infringida pelo delinqиente – era exposição da vontade do príncipe. Desse modo, resta ainda mais claro que qualquer crime era um ataque direto à pessoa do monarca.

E a sanção para o criminoso era das mais abomináveis. O suplício era a forma mais radical da punição.

O suplício possuía função político-jurídica, pois tinha a incumbência de restaurar a quebra da ordem e, especialmente, reparar a lesão cometida ao soberano. Ou seja, a punição não se propunha senão a atender os interesses do príncipe, a sua autoridade e os seus propósitos de permanecer no poder.

De outro lado, o suplício – marcado pelas cerimônias públicas de morte cruel e lenta – havia de punir, severamente, o corpo do condenado.

⁵ A respeito do período medieval e sua concepção de Estado, convém recorrer aos apontamentos feitos por Darcy Azambuja: “A força dominava e se impunha; a noção do Estado desapareceu novamente para surgir apenas a figura dos príncipes, que eram os chefes militares das diversas tribos bárbaras” (AZAMBUJA, 2011, p. 169).

Como já se registrou, a vingança era do rei. Por isso, fazia necessário convocar a população para presenciar a execução, de modo que todos fossem testemunhas do castigo que recebia todo aquele que ousasse desafiar o poder real.

A execução era, portanto, pública.

Contudo, diante da brutalidade das penas de suplício, cada vez mais repetiam episódios em que o povo interferia na cena da punição para salvar o condenado dos tenebrosos tormentos. Havia, de outra senda, momentos em que o povo também intervinha na execução, porém para fazer justiça com as próprias mãos e, assim, a assumir a função do carrasco para dar ao condenado o castigo fatal. Em todas essas situações, a autoridade real era colocada em xeque, porquanto não era do povo o direito de punir, mas exclusivamente do rei.

Sobre esses acontecimentos, Michel Foucault anota em sua obra:

Houve uma pequena revolta em Paris em 1761 por causa de uma criada que roubara um pedaço de tecido do patrão. Apesar da restituição, apesar das súplicas, este não quis retirar a queixa: no dia da execução, o pessoal do bairro impede o enforcamento, invade a loja do comerciante, e a saqueia; a empregada é finalmente perdoada; mas uma mulher, que quase picotara a agulhadas o mau patrão, é banida por três anos (FOUCAULT, 1987, p. 78-79).

A falta de moderação nos castigos despertou no povo não o medo, mas a revolta. Inicia-se, então, uma reação popular – quase inconsciente, pois não foi movimento ordenado – em face dos suplícios.

O direito de punir – que outrora se justificava pela religião (BATALHA, 1986) – encontrara um momento para a sua grande reforma.

O pensamento dos séculos XVIII e XIX não mais tolerava processos secretos, a prova tarifada, o modelo processual absolutamente inquisitorial e, mais do que tudo, as punições exageradas.

Foucault observa as incontáveis inconveniências e os vícios que maculavam a persecução penal então vigente:

Na França, como na maior parte dos países europeus — com a notável exceção da Inglaterra — todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele. ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. ‘O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer’, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade

dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o principio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juizes um direito absoluto e um poder exclusivo. (FOUCAULT, 1987, p. 38)

Era preciso uma grande reforma no sistema penal, especialmente diante de um quadro sócio-econômico-cultural que se modificava de maneira significativa. Assim é que os séculos XVII e XVIII vivenciaram a revolução industrial e ideias iluministas, revolucionárias à época. A sociedade passava por grandes mudanças.

Anota Domenico de Masi (2000) sobre tais mudanças:

No século XVII, a superioridade das trocas comerciais com o Novo Mundo e com as colônias deslocou a atenção dos economistas da propriedade territorial e da economia agrária para o mercantilismo, para a balança de pagamentos. No século XVIII, a difusão das indústrias desloca posteriormente a atenção para a liberação dos mercados, o capital fixo, o capital variável, o trabalho assalariado, a circulação da riqueza. Nasce assim a moderna economia política, centrada na formação dos preços, na relação entre oferta e procura, no imposto, na interdependência de fatores sociais e econômicos (MASI, 2000, p. 121).

O homem, então, finalmente, saíra de uma sociedade dominada pelas superstições, magia, ocultismo, por crenças impostas pelo despotismo. Era o fim da *era das trevas*. Inicia-se uma sociedade voltada para a produção de bens e para o consumo. As cidades cresciam, pois era necessária mão de obra para a indústria. Os muros que antes cercavam as cidades desapareceram. As fronteiras deviam ser alargadas, de modo a permitir a troca de mercadorias. Desenvolvem-se os portos e os armazéns para estocar as mercadorias.

E, por sua vez, a agricultura perdia espaço para esse novo modelo de sociedade. “Como se disse, a força de riqueza considerada principal para as nações não é mais a agricultura, mas a indústria, com suas máquinas potentes e a extraordinária produtividade do seu trabalho parcelizado”. (MASI, 2000, p. 121).

E o direito penal precisava acompanhar essa alteração de paradigmas e de práticas, até porque, nesse período, assomavam-se os crimes contra o patrimônio e, por outro lado, era preciso preservar os interesses da burguesia e a mão de obra, porquanto o acúmulo de riquezas ocorria pela exploração do trabalho. O suplício e o processo secreto não atendiam mais a esses propósitos.

Ressalta Foucault:

Mas na segunda metade do século XVIII o processo tende a se inverter. Primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade popular tende a ser não mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco (FOUCAULT, 1987, p. 105).

A reforma veio. A burguesia passou a produzir leis para proteger e tutelar os bens, mas não deixou de impor limites ao direito de punir do Estado, especialmente diante dos superpoderes do monarca e de juízes subservientes aos interesses desse.

O direito de punir passou a ocorrer pela defesa da sociedade, e não mais como manifestação da vingança do monarca.

Máxima expressão desse período, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, defendia que o direito de punir se justificava em razão do cidadão, fatigado de violência e da insegurança, ter sacrificado parte de sua liberdade em favor do Estado, para que esse lhe garantisse o mínimo de segurança para

que viesse a viver em paz. Assim, somente o Estado pode exercer o poder de punir, observadas as normas elaboradas pelos legisladores, que seriam representantes da sociedade unida por um contrato social.

Rejeitava, outrossim, ao juiz a possibilidade de estabelecer sanções, senão aquelas previstas em lei:

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão (BECCARIA, 2001, p. 10-11)

Digno de nota é o fato de que os reformadores propugnavam por penas individualizadas, conforme a espécie e a gravidade do delito. A pena de prisão, apesar de muito antiga, não era defendida enquanto regra punitiva.

Beccaria assinala: “Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado” (BECCARIA, 2001, p. 30).

Apesar de haver resistência à pena de morte – notadamente em função da experiência nefasta da época dos

suplícios –, Beccaria admitia as penas de banimento e de confisco. Mas não fazia nenhuma defesa à pena de prisão enquanto modelo prevalente de punição. Antes, promovia considerações fortemente desairosas (compreensão que era compartilhada por outros reformadores).

Ocorre, contudo, que a prisão⁶ foi o grande modelo adotado por esse novo sistema penal, a perdurar até nossos dias como principal pena. Sem dúvida, é o grande símbolo de um sistema que agoniza.

Ao que consta a escolha da pena privativa de liberdade veio socorrer interesses econômicos da burguesia. Naquele tempo, notadamente no século XVII, o crime estava associado à ociosidade e, por outro lado, preciso seria arregimentar trabalhadores para as indústrias.

Dessa forma, conforme ensina Foucault, a prisão serviu – ou serviria – para vocacionar o criminoso para o trabalho. O modelo mais ilustrativo teria sido o da Filadélfia, nos Estados Unidos:

⁶ Logicamente, que a pena de morte, ao lado de outras modalidades de punição violenta, não foi extinta. Ainda há países que a adotam. Luigi Ferrajoli, aliás, acentua: “Mas a crueldade das penas não pertence, infelizmente, de forma exclusiva, ao passado. A pena de morte está ainda presente em quase todo o mundo: somente 28 Estados a aboliram por completo; em 129 países – dentre os quais grande parte dos Estados Unidos, a União Soviética e quase todos os países africanos e asiáticos – é aplicada inclusive em tempo de paz; e em outros 18 países, entre os quais a Itália, Grã-Bretanha e Espanha, está prevista só para o tempo de guerra. Portanto, as vítimas da pena de morte contam-se, ainda hoje, aos milhares a cada ano. Somente nos Estados Unidos, em particular, foram julgadas 3.862 pessoas de 1930 até hoje, na sua maior parte negros. Todavia, em muitas partes do mundo têm sobrevivido até o presente século as penas corporais de açoite e das bastonadas” (FERRAJOLI, 2014, p. 355).

Enfim, o modelo de Filadélfia. O mais famoso, sem dúvida, porque surgia ligado às inovações políticas do sistema americano e também porque não foi votado, como os outros, ao fracasso imediato e ao abandono; foi continuamente retomado e transformado até às grandes discussões dos anos 1830 sobre a reforma penitenciária. Em muitos pontos, a prisão de Walnut Street, aberta em 1790, sob a influência direta dos meios quaker, retomava o modelo de Gand e de Gloucester. Trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia (FOUCAULT, 1987, p. 143).

O prisioneiro passava por um ritual de incentivo para o trabalho. Todo o itinerário prisional deveria ser dedicado à formação do “*homo economicus*”. Esse o ideal burguês.

A propósito, assinala Luigi Ferrajoli:

A pena privativa de liberdade é, entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima (...) a prisão como pena em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão da sua específica

adequação às funções penitenciais e correccionalistas, tendo-se afirmado como pena perpétua ou temporal somente nos séculos XVII e XVIII: com modalidades, primeiramente, ainda mais ferozmente aflitivas que a pena de morte e, depois, graças sobretudo à experiência americana das casas de trabalho e do sistema celular, na moderna forma privativa (FERRAJOLI, 2014, p. 359).

Enfim, é a pena privativa de liberdade a principal das penas, posição conquistada no século XX.

2. A CRISE PENAL E PENITENCIÁRIA BRASILEIRA ATUAL

No caso brasileiro, a evolução legislativa demonstra que a pena privativa de liberdade foi, ao longo dos anos, a opção quase única oferecida como resposta penal à prática criminosa. Prova disso é que, a título de exemplo, as penas restritivas de direito somente foram agasalhadas pela legislação pátria com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, e, mais adiante, em 1998, com a edição da Lei 9714.

Como efeito colateral, essa opção pela pena privativa de liberdade conduziu à atual crise, não só penitenciária, mas penal. Isso porque o país não se preparou adequadamente para superar as dificuldades de um modelo quase único de punição e sempre se valeu do direito de punir para controle social diante de um quadro severo de desigualdade social.

Destaca-se que essa constatação é muito antiga. Nelson Hungria, antes mesmo do advento do Código Penal de 1940,

salientava que o sistema penal brasileiro é extremamente nocivo e excludente, pois utiliza o direito de punir para manter o quadro de exclusão dos menos favorecidos e promover um controle social (que, hoje, demonstra ainda mais a sua completa ineficácia).

É o que foi salientado em artigo que se propunha a revelar as razões dos crimes dos homens negros no Brasil:

A maioria dos nossos homens de côr vive num estado de deplorável pauperismo e ineducação. Não provém isto de sua incapacidade de competir com a raça branca, mas do mais profundo descaso a que foram votados, depois que terminou para eles o longo martirológio da escravidão.
(HUNGRIA, 1941, p. 301).

Mais adiante, arremata e aponta as razões concretas de sua conclusão:

Enquanto que os imigrantes recém-vindos tinham proteção do Estado, aqui entravam protegidos pelas leis, com os seus contratos de trabalho assegurados, com todas as garantias e vantagens de ordem social e econômica, os negros eram atirados inermes, desajustados, abandonados, ou mesmo escorraçados e vítimas da vingança inconsciente dos seus senhores de ontem, às novas condições de vida e de trabalho, às quais não se achavam adaptados.
(HUNGRIA, 1941, p. 303).

Depois de declarado o fim da escravatura, o Estado brasileiro não se empenhou em solucionar a situação de penúria dos negros – analfabetos, renegados pelos seus antigos proprietários, excluídos do trabalho remunerado, enfim carentes de toda sorte de assistência material. Isso fez com que esse seguimento da população se apinhasse em morros, em vilas e favelas e se instalasse em moradias desprovidas de todo o mínimo que se pode dar ao ser humano. Pois, como se viu, o Estado optou por importar mão-de-obra europeia, muito mais qualificada e socialmente mais estável, ao invés de promover a integração dessa grande massa populacional na sociedade brasileira.

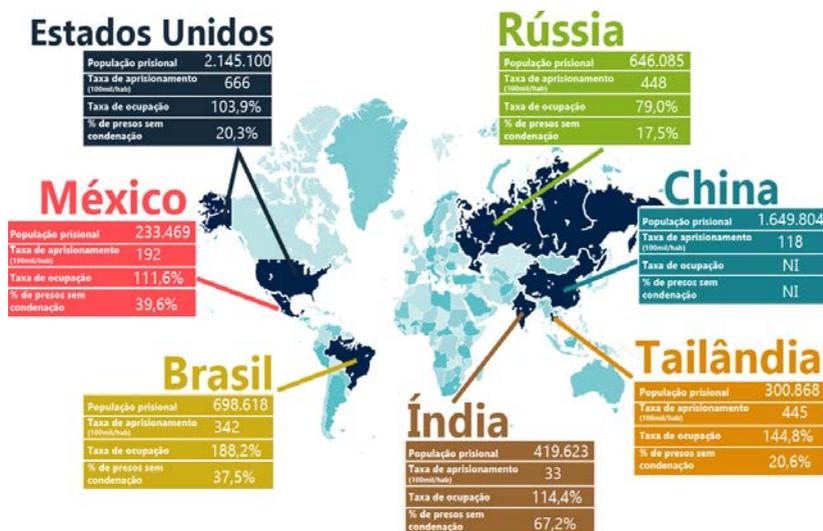
Certamente que não se tratava apenas de uma política criminal, mas, antes, de uma política econômica de Estado que ocasionava esse agravamento social. É que, conforme anota Jarbas Medeiros (1978), o Brasil se articulava no mercado mundial, diante seu atraso em relação às grandes potências, por meio da produção e exportação do café e de matérias-primas.

Por isso se afirma que a crise atual tem raízes profundas na história nacional.

Hodiernamente, o Brasil conta com uma população carcerária de, aproximadamente, 726712 presos (entre definitivos e provisórios)⁷. Trata-se da terceira maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos e China, respectivamente, conforme gráfico abaixo. A taxa de presos para cada 100 mil

⁷ Os dados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado, em dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça (CONJUR, 2017).

habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.



Dados extraídos do site: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: 15 abr. 2018.

São números, portanto, que deveriam impactar – positivamente – na sensação de segurança, de estabilidade do estrato social. Porém, muito antes, os números demonstram, exatamente, o contrário – o fracasso da prisão enquanto forma de prevenir e reprimir o crime, pois, contraditoriamente, quanto mais se prende, mais sentida é a ausência de punição. O que acaba por fortalecer o senso comum de que, no Brasil, a “*lei é branda*”.

Assim é que são movidas as injustificáveis e apressadas modificações legislativas⁸ que ocorrem apenas para oferecer ao corpo social uma resposta rápida, porém inútil, em relação a determinados crimes que causam comoção nacional.

O incremento da pena tem sido, lamentavelmente, a única ação estatal para a crise de segurança pública, embora não se desconheça o estado calamitoso em que as nossas prisões se encontram.

O exemplo do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, situado no Estado do Maranhão, é o mais obscuro da inação do Estado brasileiro e de seu completo desinteresse pela questão penitenciária.

Em 2010, esse presídio foi palco de carnificina promovida entre presos, em função da superlotação carcerária e das condições subumanas em que todos se encontravam. Em relatório apresentado pelo juiz auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Douglas de Melo Martins, registrou-se que foram, naquela rebelião, 18 mortos, sendo que três deles foram decapitados. Rebeliões, contudo, seguiram, com inúmeras mortes de presos.

⁸ Pode-se citar: a Lei Federal 8.072/90 que tipificou os crimes hediondos e estabeleceu o regime de cumprimento de pena integralmente fechado; Lei Federal 12.015/2009, que agrava a pena do crime de estupro e extingue o tipo penal denominado “atentado violento ao pudor”; Lei Federal 12.234/2010, que altera prazo prescricional e impede a contagem da prescrição em determinada hipótese; a Lei Federal 13.104/2015 que estabelece a hipótese de qualificação do homicídio cometido contra mulher (feminicídio); entre outros incontáveis casos.

O relatório ilustra o quadro de odioso abandono do estabelecimento prisional, que não difere em muito dos seus congêneres brasileiros:

Verificou-se que as unidades estão superlotadas e já não há mais condições para manter a integridade física dos presos, seus familiares e de quem mais frequente os presídios de Pedrinhas.

Nas unidades visitadas, o acesso a alguns pavilhões era precedido de negociação com os líderes das facções. Os chefes de plantão e diretores das unidades não eram capazes de garantir a segurança da equipe que inspecionava a unidade, sob o fundamento de que as facções poderiam considerar a inspeção em dia de visita íntima como um ato de desrespeito.

Os próprios servidores da administração penitenciária informam que os presos novos são obrigados a escolher uma facção quando ingressam nas unidades do complexo penitenciário de Pedrinhas.

[...]

Em dias de visita íntima no Presídio São Luís I e II e no CDP, as mulheres dos presos são postas todas de uma vez nos pavilhões e as celas são abertas. Os encontros íntimos ocorrem em ambiente coletivo. Com isso, os presos e suas companheiras podem circular livremente em todas as celas do pavilhão, e essa circunstância facilita o abuso sexual praticado contra companheiras dos presos

sem posto de comando nos pavilhões.
(BRASIL, 2014, *online*).

Outros exemplos nocivos e paradigmáticos desse abandono e desapareço constam da história nacional e, dentre eles, pode-se destacar também o episódio denominado “*massacre do carandiru*”, ocorrido no rico e próspero Estado de São Paulo, e, ainda mais recentemente, em janeiro de 2017, Manaus, que resultou em 56 mortes⁹.

Apesar disso tudo, parece não arrefecer a confiança da população e, em certa medida, do próprio Poder Judiciário nas prisões. Os números de presos aumentam a passos largos, especialmente de presos provisórios.

Relativamente a esses últimos, a situação, talvez, seja ainda mais preocupante, pois o Estado, sabidamente inapetente para dar resposta penal adequada e em tempo oportuno, utiliza-se da prisão cautelar para antecipar a sanção penal e para oferecer à população certo alívio em face da propalada impunidade que assola o país.

Tudo isso tem levado o Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte de justiça brasileira, a enfrentar o espinhoso tema da execução antecipada da pena, pois os tribunais e os magistrados têm se valido, com certos exageros, das prisões preventivas – a maioria delas sem a justificativa cautelar que recomendam e exigem a Constituição e o Código de Processo Penal – para responder os

⁹ Conforme notícia veiculada no portal de notícias G1, globo.com: “Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM” (GLOBO, 2017, *online*).

apelos dos mais variados segmentos sociais que esperam uma justiça célere e eficaz no combate ao crime.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, anterior a 2009, admitia a execução antecipada da pena, quando ocorrente julgamento de culpa em segunda instância, até porque os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo¹⁰.

Entretanto, no julgamento do *habeas corpus* n. 84.078, relator Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal, interpretando o tema à luz do art. 5º, inciso LVII, da Constituição, entendeu que não poderia haver a execução antecipada da pena.

Da ementa, a propósito, se colhe o seguinte e ilustrativo trecho:

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

[...]

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição,

¹⁰ Veja o HC 85860, Relator p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, sobre a possibilidade de execução provisória da pena quando pendentes de julgamento recursos excepcionais, não dotados de efeito suspensivo.

Há, inclusive, jurisprudência do STF, anterior a 2009, no sentido de que, nos crimes hediondos, é proibida a liberdade provisória (HC 87.621, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2006).

apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

[...]

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

(BRASIL, 2009, *online*).

Contudo, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, compelido a revisar o tema, em tempo de gravíssima ebulição política e de desenvolvimento de operação policial de alcance

nacional (cognominada “Lava-jato”), voltou à sua posição conservadora.

Embora sucinta, a ementa do habeas corpus 126.292/SP, da relatoria do ministro Teori Zavascki, modificou profundamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Colaciona-se:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016, *online*).

Cumprе ressaltar que nesse julgamento ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (presidente da Corte).

Contudo, o tema, que é muito caro à democracia brasileira, volta a ser discutido em ações libertárias, sendo que, em 4 de abril de 2018, foi proferida decisão que, por 6 votos a 5, negou

habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula, que acabou preso dias depois.

Do que se verifica, tanto a pena privativa de liberdade quanto os assuntos penitenciários estão diante de crise inominável.

A pena de prisão não funciona sem um estabelecimento prisional adequado. E o estabelecimento prisional não funciona bem sem um sistema bem elaborado que seja capaz de individualizar adequadamente a pena ao delinquente.

A falência da pena, então, é muito mais culpa do Estado e de sua política de exclusão, do que por eventual falta que possam ter cometido os teóricos das penas e do direito penal.

3. SOBRE O AMBIENTE CARCERÁRIO NO BRASIL

A aplicação em excesso de penas privativas de liberdade, aliado à ineficiência estatal na destinação de recursos à segurança pública¹¹, tem provocado a superlotação das unidades prisionais

¹¹ Fato que justificou o sucateamento da segurança pública nos estados brasileiros em geral e foi fator determinante para a recente intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro. Acerca do tema, matéria veiculada no Portal de Notícias UOL registrou o seguinte: “Sob intervenção federal na área de segurança pública, o Rio de Janeiro aparece em último lugar no país quando se trata de investimentos em informação e inteligência policial. O desmantelamento da área, vista como estratégica na atuação das Forças Armadas no Estado, é apontado como um dos fatores que levaram o Rio à atual crise. Em 2017, ano em que foi registrado o maior número de mortes violentas em oito anos no Rio, foram gastos R\$ 2.469,50 na área. Em 2016, o orçamento fluminense previa R\$ 10 mil para inteligência e informação, mas nenhuma verba foi utilizada. Em 2015, dado mais recente do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Rio destacou R\$ 23,5 mil para a área. Trata-se de 55% a menos que o penúltimo colocado, o Tocantins, que gastou R\$ 52,5 mil - Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Piauí, Rio

e, por consequência, um ambiente absolutamente inadequado e indigno para os presos em geral, o que afeta não só o primado da dignidade da pessoa do preso, mas também a sua própria saúde. Nesse sentido, dispõe a doutrina que:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. (ASSIS, 2007, p. 1).

Importante ressaltar que a doutrina em geral, seja por desconhecimento ou por não associação às diversas acepções em que o meio ambiente pode e deve ser compreendido, não identifica a questão da precariedade carcerária como afeta ao tema ambiental. Todavia, é a condição ambiente do cárcere, que tem origem na má gestão ou inexistência de gestão adequada pelo poder público na confecção de políticas públicas, que proporciona importantes sequelas na pessoa do preso e até mesmo naqueles que, pertencentes ao quadro de servidores da segurança pública, trabalham nas unidades prisionais.

Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Santa Catarina não informaram gastos ao Fórum. (UOL NOTÍCIAS, 2018, *online*).

E não se pode olvidar que o ambiente carcerário também é fruto da condição de cerceamento de liberdade em que o preso se encontra. Isso porque, esteja o preso dividindo cela com outros reclusos ou mesmo no ambiente de solidão, o retrato disso é a figura nostálgica de um ambiente normalmente contaminado pela tristeza, pela lamúria e pela selvageria de quem é retirado de um mundo exterior muito mais arejado e rico de paisagens e esperanças, e colocado em outro, fechado e estigmatizado.

Assim, qualquer que seja a concepção da finalidade da pena – castigo, prevenção ou ambas - adotada, fato é que o ambiente carcerário deve ser considerado para fins de dignidade da pessoa e da saúde do preso que nela se encontra, o que constitui para o Estado, que tem na pena privativa de liberdade o seu maior manancial de incidência, uma cara e delicada obrigação.

De outro lado, o próprio ambiente, precário e inadequado, gera violência, estimula intrigas e proporciona o caos na organização interna das unidades prisionais.

Valendo-se das lições de Sérgio Adorno (1998), destaca Cacemiro:

em face das condições de existência dominantes nas prisões, a perda da liberdade determinada pela sanção judiciária pode significar, como não raro significa, a perda do direito à vida e a submissão a regras arbitrárias de convivência coletiva, que não excluem maus tratos, espancamentos, torturas, humilhações, a par do ambiente físico e social degradado e degradante que constrange os tutelados pela justiça criminal à

desumanização (CACEMIRO, 2016, *online*).

E, ainda, sobre os efeitos do cárcere na personalidade do agente, a proporcionar novas e outras reflexões sobre a (in)conveniência da aplicação da pena privativa de liberdade, destaca Pimentel Júnior (2017):

Na verdade, as reações dos encarcerados, são ostensivamente anômalas. Sua excitabilidade se exagera quase em forma patológica. A reclusão nivela os homens por baixo, tornando-os iguais parecendo todos emergir em forma estereotipada, segundo o nível mais ínfimo. *Barnes e Teeters*, em sua obra **New Horizons in Criminology** (New York/1951), escreveram que muitos encarcerados chegam a ser vitimados por neuroses. E, se ao entrar na prisão, o condenado possuía alguma energia, cai logo alquebrado, depois de alguns meses dessa mortificante rotina que lhe é imposta. A impossibilidade de satisfazer suas necessidades sexuais desencadeia um comportamento anormal. *Taft*, em sua obra **Criminology** (New York/1947), assinala o estado de torpor característico do prisioneiro destacado pela indiferença e a decadência do seu poder de atenção. O interior das prisões, em geral, são estritos e insuficientes. A limitação do espaço comporta a acumulação de muitas pessoas em áreas reduzidas. O preso, obrigado a comprimir-se, reduz, ao mínimo, os movimentos inerentes à vida biológica, tão necessários à conservação

da saúde. (PIMENTEL JÚNIOR, 2017, *online*)
(grifos no original).

E foi essa degradação e rotina mortificante que fez com que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª turma, entendesse por conveniente conceder, em prol dos interesses e da saúde da prole e em sede de *Habeas Corpus* Coletivo, prisão domiciliar às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência¹².

¹² Eis os argumentos meritórios do voto condutor do Ministro Ricardo Lewandowski, extraídos do site oficial do STF: “Quanto ao mérito do habeas corpus, o relator ressaltou que a situação degradante dos presídios brasileiros já foi discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Nesse ponto, lembrou o entendimento jurídico segundo o qual fatos notórios independem de provas. A pergunta em debate reside em saber se há, de fato, deficiência estrutural no sistema prisional que faça com que mães e crianças estejam experimentando situação degradantes, privadas de cuidados médicos. E a resposta, de acordo com o relator, é afirmativa. Ele citou novamente o julgamento da ADPF 347, quando o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. O relator citou dados do Infopen (Levantamento de Informações Penitenciárias) que demonstram que as mulheres presas passam por situações de privação. Para o ministro, é preciso tornar concreto o que a Constituição Federal determina, como o disposto no artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará para terceiro. E, para o ministro Lewandowski, a situação em debate leva a que se passe a pena da mãe para os filhos. O ministro revelou que seu voto traz narrativas absolutamente chocantes do que acontece nas prisões brasileiras com mulheres e mães, que demonstram um descumprimento sistemático de normas constitucionais quanto ao direito das presas e seus filhos. Não restam dúvidas de que cabe ao Supremo concretizar ordem judicial penal para minimizar esse quadro, salientou. Além disso, o ministro lembrou que os cuidados com a mulher presa se direcionam também a seus filhos. E a situação em análise no HC 143641 viola o artigo 227 da Constituição, que estabelece prioridade absoluta na proteção

Em verdade, de um modo geral, os estabelecimentos penais

Constituem servidões de passagem para o terror. Nesses campos de concentração se desenham, como num mural infinito, o sofrimento e o desespero e lembram o testemunho de um ex-presidiário: ‘Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele; compunha-se leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-

às crianças. O ministro destacou ainda que o legislador tem se revelado sensível a essa realidade e por isso foi editada a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) que, segundo Lewandowski, trouxe aspectos práticos relacionados à custódia cautelar da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o artigo 318 do CPP. O dispositivo autoriza o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 anos incompletos. O relator votou no sentido de conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. O ministro estendeu a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas quanto ao item anterior”. (BRASIL, 2018, *online*).

vida, de uma vida a parte e de homens a parte'.
(DOTTI, 2003, p. 277).

É hora, pois, de se empreender maiores e melhores reflexões sobre os problemas relacionados à desmesurada e inadequada prática de aplicação de penas privativas de liberdade e os efeitos colaterais dela resultantes, mormente no tocante ao ambiente do cárcere e suas sequelas para a dignidade do preso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o momento em que o Estado optou por relegar os problemas sociais e resolvê-los com o uso arbitrário e desmedido do direito penal, uma crise instaurou-se no Brasil.

As prisões de ontem e de hoje apenas revelam que as questões penitenciárias não mereceram, e não merecem, os cuidados do Estado. Ao revés, a realidade que está escancarada é a de que a prisão não se sujeita à presença e ao controle do Estado, salvo para manter o criminoso preso.

A barbárie, então, que antes ocorria pela ação estatal, hoje se verifica pela omissão odiosa – que rejeita direitos e garantias do apenado; que entrega a execução da pena a grupos organizados de criminosos; que ignora o limite da culpa; que, na sua inércia, livra o apenado com condição pessoal agravada.

Do ponto de vista ambiental, a superlotação dos presídios tem gerado desde revolta dos presos manifestada na deflagração de rebeliões, até problemas de saúde originários da indignidade do

ambiente do cárcere, que motiva e produz novas e outras práticas criminosas.

Os desafios do direito penal contemporâneo devem ser superados por meio de um novo olhar capaz de acudir as novas demandas por políticas carcerárias, por um maior emprego de penas não corporais e por respostas mais humanas do Estado, especialmente diante da grave crise há muito instalada sobre a própria pena de prisão.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Prisões, violência e direitos humanos no Brasil**. Seminários dos Direitos, 1998.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro. **Revista CEJ**, v.11, n. 39, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/949>> Acesso em: 26 mar. 2018.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Versão digital: eBooksBrasil.com. 2011. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de inspeção dos estabelecimentos prisionais do Maranhão. Brasília, em 27 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/atuacao-de-outros->

orgaos/relatorio_cnj_complexo_pedrinhas_dez2014>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Noticias STF**. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** 85.860, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 15-12-2006 PP-00109 EMENT VOL-02260-04 PP-00701. Disponível:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394962>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº. 87.621. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 10-11-2006 PP-00056 EMENT VOL-02255-03 PP-0049. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390726>>. Acesso em: 13 fev. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº. 84.078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em

17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 mar. de 2018.

CACEMIRO, Wellington. **Entre a luz e o cárcere**: o documentário sob uma perspectiva crítica. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49252/entre-a-luz-e-o-carcere-o-documentario-sob-uma-perspectiva-critica>> Acesso em: 10 abr. 2018.

CONJUR. **Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo, com 726712 presos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DOTTI, René Ariel. Os direitos Humanos do preso e as pragas do sistema criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 42, 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 264-279.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 27 ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GLOBO. COM. **Portal G1**. Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>> Acesso em: 10 abr. 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Apêndice: A criminalidade dos homens de cor no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

JAKOBS, Gunter. **Fundamentos do direito penal**. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil – 1930/1945**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

PIMENTEL Júnior, João Baptista. **Consequências do ambiente carcerário nos presídios brasileiros**. 2017. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/dialogosdosul/consequencias-do-ambiente-carcerario-nos-presidios-brasileiros/01022017/>> Acesso em: 20 mar. 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

UOL NOTÍCIA. **Sob intervenção, Rio é o Estado brasileiro que menos investe em segurança**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/21/sob-intervencao-rio-e-o-estado-brasileiro-que-menos-investe-em-inteligencia.htm>> Acesso em: 10 abr. 2018.

ZAFARONI, Raul Eugenio. **Em busca de las penas perdidas**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, reimpressão, 1998.

MEIO AMBIENTE VIRTUAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

VIRTUAL ENVIRONMENT: AN ANALYSIS OF THE PERFORMANCE OF CRIMINAL LAW IN COMBATING CYBER CRIM

*Samuel Fernandes dos Santos*¹³

*Willia de Cácia Soares Ferreira*¹⁴

RESUMO: O presente trabalho pretende abordar a atuação do Direito Penal frente às mudanças trazidas pela evolução tecnológica, demonstrando a sua abrangência no meio ambiente digital, especialmente no que se refere aos crimes cibernéticos que, em face da carência de legislação específica, enfrentam a problematização referente à anterioridade penal e interpretação de tipos penais. Assim, utilizando a metodologia teórico-jurídica, com

¹³ Advogado. Mestrando em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduado em direito processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tutela Penal do Meio Ambiente. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4601228648624070>>. Endereço eletrônico: samuelfernandess@uol.com.br

¹⁴ Advogada. Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, pós-graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais – ESA/MG. Graduada pela Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte – FESBH. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutela Penal do Meio Ambiente Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7218766156471779> Endereço eletrônico: williaferreira.advogada@gmail.com

enfoque na pesquisa exploratória e no raciocínio dedutivo, que se amparou na doutrina, na legislação e jurisprudência brasileiras, e no Direito Comparado se abordará a atuação do Direito Penal na identificação e tipificação de condutas perpetradas no meio virtual, cominando sanções que visem coibir a prática dos chamados crimes virtuais ou cibernéticos.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente digital, Crimes cibernéticos, Competência, Direito penal.

ABSTRACT: The present work aims to address the role of the Criminal Law front to the changes brought by the technological evolution, demonstrating its comprehensiveness in the middle of the digital environment, especially with regard to cyber crimes that, due to the lack of specific legislation, face the problematization related to criminal precedence and interpretation of criminal types. Thus, using the methodology and theoretical-legal, with a focus on exploratory research and deductive reasoning, who has assisted in the doctrine, legislation and case law in brazil, and in the Compared Law, if it will address the role of Criminal Law in the identification and typification of conduct perpetrated in the virtual environment words, warning sanctions that aim to curb the practice of so-called cybercrime or cyber.

KEYWORDS: Digital environment, Cyber crimes, Competence, Criminal law.

INTRODUÇÃO

O Direito, fenômeno essencialmente social, alicerçado em fatores culturais, indissociáveis dos hábitos humanos, tem a missão de acompanhar e corresponder reflexamente às demandas que surgem de modo contínuo, cíclico e vertiginoso. Especificamente

ao Direito Penal é imbuída a tarefa mais extenuante, que é identificar e tipificar novas condutas que se apresentam contrárias ao que está legalmente estabelecido.

O constante evoluir da sociedade é um fenômeno necessário e condição de existir da própria humanidade, que tem nessa mutabilidade o oxigênio indispensável ao seu existir. Em contrapartida, essa evolução vem acompanhada de condutas que afetam a vida pública e privada, com reflexo direto no que já foi estabelecido nos códigos de conduta legal, moral e ética.

Determinadas condutas são facilmente incorporadas e adequadas às regras já estabelecidas no decorrer dos tempos e costumes. Outras condutas, porém, devem ser moldadas ou mesmo banidas, quando se apresentam contrárias ao estabelecido como ético, moral e legalmente aceito.

É nesse cenário que surge a evolução tecnológica, que traz profundas mudanças na sociedade moderna, especialmente no que se refere à internet, que alcançou dimensões inimagináveis, possibilitando a integração, sem barreiras, entre povos, países e culturas, e modificando definitivamente as relações humanas.

Nesse cenário, como consequência, surge, também, a proliferação de certas condutas que demandam a intervenção do Direito Penal para criar os tipos penais específicos - os chamados crimes cibernéticos-, frente à constatação do perigo que a utilização indiscriminada, irresponsável e criminosa da internet pode causar às pessoas.

A internet tem facilitado a vida das pessoas, sendo utilizada, por exemplo, como meio de informação, trabalho, lazer, pesquisas, estudos, compra e venda. De outro modo, tem sido

utilizada em larga escala para a prática de crimes, com consequências danosas, especialmente no que se refere à integridade moral e à honra das pessoas comuns, pois, se de um lado propicia liberdade de comunicação e expressão, de outro, deixa patente a dificuldade de averiguação provocada pelo anonimato típico do mundo virtual.

É nesse contexto que emerge o Direito Penal, ou seja, na identificação e criminalização das condutas danosas, concomitantemente com a criação dos alcances preventivos, de modo a dotar a ordem jurídica de mecanismos adequados para tratar de questões que surgem com a ampliação do acesso a novas tecnologias.

Assim, o objetivo específico do presente artigo é discutir a atuação do Direito Penal na identificação e tipificação de condutas perpetradas no meio virtual, cominando sanções que visem coibir a prática dos chamados crimes virtuais ou cibernéticos.

Para essa discussão será necessário, inicialmente, um breve relato do surgimento da informática e seu impacto nas relações humanas e sociais, tendo na internet e na rede mundial de computadores o seu pilar de maior visibilidade. Logo após essa contextualização inicial, será apresentado, de forma pragmática, o conceito comumente adotado para crime cibernético, onde se dissertará, ainda, sobre suas principais classificações, bem como as condutas de maior incidência, como, por exemplo, sextorsão e estupro virtual.

Nesse contexto, faz-se necessário abordar o princípio da anterioridade penal em contraposição à necessidade atual de

sanção por condutas praticadas no meio ambiente virtual, além de explicitar, ainda, a competência para o julgamento dos crimes cibernéticos, uma vez que há, como se pode perceber, um problema fático e de impropriedade de solução, que necessita de reflexões coerentes e atuação célere do Estado, frente ao alto índice de vítimas no meio ambiente digital.

Para desenvolver o trabalho, foi utilizada a metodologia teórico-jurídica, com enfoque na pesquisa exploratória e no raciocínio dedutivo, que se amparou na doutrina, na legislação e jurisprudência brasileiras, e no Direito Comparado, essenciais para o desenvolvimento desta pesquisa. Estas ferramentas servem de instrumento para a análise da atuação do Direito Penal, notadamente no que se refere à identificação, tipificação e prevenção dos crimes virtuais.

1. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL

O ser humano e a sociedade estão em constante evolução, situação que reflete nas condutas humanas e sociais de modo lógico e decisivo. Observa-se que certas condutas, antes aceitáveis, de repente passam a ser questionadas; alguns atos outrora condenados passam a ser redimensionados e apresentam outro viés, de modo a serem incorporados e aceitos pela sociedade. Ainda, novas condutas sociais surgem e precisam ser reconhecidas, analisadas e reguladas.

Essa mutabilidade das relações humanas e sociais exige muito do Direito, ciência de natureza social, que deve estar atenta

para não ficar inerte a este constante evoluir. Do mesmo modo, o Estado, ao perceber tais mudanças, e na condição de regulador e organizador da vida em sociedade, deve atuar de modo a identificar, regular e tipificar condutas que transgridam ou alterem a ordem vigente.

É nesse contexto evolutivo que surge a informática, tecnologia revolucionária que trouxe novas possibilidades, estabeleceu ligações e conexões entre pessoas e povos de todos os lugares e culturas possíveis, impactando a vida das pessoas em inúmeros aspectos como nenhuma outra invenção foi capaz de fazer ao longo da história da humanidade.

Nesse sentido, Ana Helena Fragomeni observa que

Os computadores surgiram para facilitar nosso dia a dia, as tarefas que antes eram realizadas em espaços de tempo muito longos, passaram a ser realizadas quase de forma instantânea, o computador é uma máquina que armazena e transforma informações, sob o controle de instruções predeterminadas (FRAGOMENI, 1987, p. 125).

A revolução tecnológica da comunicação e informação possibilitou à humanidade alcançar novos contornos outrora impensáveis, e cujos efeitos se manifestam em todos os campos, seja ele político, econômico, cultural, e, como no caso em comento, no campo social, ambiental e de política criminal.

A informática tem na internet um dos seus pilares mais expressivos, cujo uso generalizado dos computadores pessoais e acesso à rede mundial da internet fez com que esse meio de

integração e comunicação se consolidasse em nossa sociedade. Nesse sentido, é possível observar que, nos dias de hoje, a informática, atrelada ao acesso à rede mundial de internet, tornou-se um evento quase indispensável no cotidiano das pessoas, seja no âmbito pessoal, familiar ou profissional.

Esse crescimento e difusão em nível global trouxeram reflexos em todos os níveis da sociedade e em todos os ramos do Direito, impactando substancialmente as relações consumeristas (e-commerce), contratuais (contratos eletrônicos) e executivas (penhora *on line*), dentre outras, inclusive fazendo surgir condutas que não podem ser ignoradas sob o ponto de vista criminal.

Nesse novo cenário, Ivette Senise Ferreira observa que

A informatização crescente das várias atividades desenvolvidas individual ou coletivamente na sociedade veio colocar novos instrumentos nas mãos dos criminosos, cujo alcance ainda não foi corretamente avaliado, pois surgem a cada dia novas modalidades de lesões aos mais variados bens e interesses que incumbe ao Estado tutelar, propiciando a formação de uma criminalidade específica da informática, cuja tendência é aumentar quantitativamente e, qualitativamente, aperfeiçoar os seus métodos de execução. É por isto que, usando a premissa de que o Direito não pode ser estático, é que se faz imperiosa a disciplinação da nova realidade (FERREIRA, 2000, p. 207).

Apesar de crescerem continuamente novas demandas e complexificações, algumas circunstâncias ou ocorrências criminais cibernéticas já possuem tipificação legal e, conseqüentemente, estão juridicamente descritas pelo ordenamento, se encontrando, portanto, em uma nova instrumentalização da modalidade delitiva. Como exemplos podem ser citados os crimes cometidos contra a honra, bem como fraude, furto e estelionato.

Por outro lado, novas condutas que violam os direitos e garantias da sociedade e que vão além dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como por exemplo, dano informático e violação ao dispositivo informático, não possuíam seus bens jurídicos abarcados pela legislação, dada a falta de previsão legal.

Assim, em caso de violação a esses bens jurídicos, não havia como o Direito Penal intervir, considerando que este, em observância ao princípio da legalidade, não tipifica conduta por analogia, conforme disposto art. 5º, XXXIX¹⁵, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, “para ser legítima a tutela penal é necessário que o bem seja digno dessa proteção, e que sua lesão ou ameaça efetivamente mereça uma sanção penal”, conforme aponta Auriney Uchôa Brito (2009, p.14).

Essa demanda leva a uma reflexão necessária e urgente sobre qual o papel do Direito Penal na identificação e tipificação de condutas que surgiram a partir da evolução tecnológica, mais

¹⁵Art. 5º (...)

XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

especificamente com a difusão em escala mundial do uso indiscriminado da internet.

Apesar dos indiscutíveis benefícios trazidos pela internet, deve-se considerar que condutas transgressoras de princípios morais e éticos aliados ao anonimato propiciado pela rede mundial de computadores levaram ao aperfeiçoamento de condutas criminosas já tipificadas, bem como fez surgir novas modalidades de condutas transgressoras as quais, carentes de tipificação, proliferam-se dia após dia.

Logo, essas novas modalidades de crimes, os nominados crimes virtuais ou cibernéticos, demandam um esforço conjunto da sociedade e do Poder Público na busca de mecanismos de prevenção, bem como tipificação das condutas, de modo que cominem sanções como forma de coibir a incidência cada vez mais crescente desse tipo de delito.

2. DOS CRIMES VIRTUAIS OU CIBERNÉTICOS – CONCEITO E PECULIARIDADES

Não há consenso doutrinário sobre a terminologia adequada a ser utilizada quando se busca conceituar crime cibernético, observando o emprego de diversos termos para caracterizá-lo como crimes digitais, crimes eletrônicos, crimes informáticos, e-crimes, crimes virtuais, dentre outros.

Patrícia Santos da Silva observa

[...] que não há uma nomenclatura sedimentada pelos doutrinadores acerca do

conceito de crime cibernético. De uma forma ou de outra o que muda é só o nome atribuído a esses crimes, posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável (SILVA, 2015, p.39).

Por seu turno Patrícia Peck Pinheiro assevera que:

Os Crimes digitais podem ser conceituados como sendo às condutas de acesso não autorizado a sistemas informáticos, ações destrutivas nesses sistemas, a interceptação de comunicações, modificações de dados, infrações aos direitos de autor, incitação ao ódio e discriminação, escárnio religioso, difusão de pornografia infantil, terrorismo, entre outros (PINHEIRO, 2002, p. 9).

Sérgio Marques Roque, por sua vez, conceitua crimes cibernéticos afirmando que

[O] crime de informática é a conduta definida em lei como crime em que o computador tiver sido utilizado com instrumento para a sua perpetração ou consistir em seu objeto material. Ao primeiro chamaremos de crime de informática impróprio ou comum, ao segundo de próprio ou autêntico (ROQUE, 2000, p. 58).

Logo, após tais pontuações, pode-se considerar que crimes cibernéticos são condutas típicas, antijurídicas e culpáveis que se realizam por meio da utilização de dispositivos da informática, conectados ou não à rede mundial de computadores, abarcando, ainda, ações lesivas contra equipamentos tecnológicos, bem como sistemas de informação ou banco de dados de qualquer indivíduo, órgão ou entidade pública ou privada.

A internet/informática se mostra um instrumento facilitador para a consecução de crimes, pois, em muitos casos, o agente delituoso não precisa utilizar nenhum instrumento físico que seja violento ou ameaçador para seu exercício, bastando apenas o computador e o conhecimento técnico, ou não, para concretizar tais condutas delitivas.

Nesse âmbito, Brito também observa que:

Alguns fatores como a intensificação dos relacionamentos via internet, a produção em série de computadores, a popularização do comércio eletrônico (e-commerce) e o aumento de transações bancárias, estão diretamente ligados ao aumento de ocorrências de crimes conhecidos, mas que praticadas pela internet ao surgimento de novos valores e logicamente à novas condutas delitivas (BRITO, 2009, p. 14).

Luiz Flávio Gomes complementa, afirmando que

[...] os crimes informáticos dividem-se em crimes contra o computador; e crimes por meio do computador, em que este serve de

instrumento para atingimento da meta optada. O uso indevido do computador ou de um sistema informático (em si um fato "tipificável") servirá de meio para a consumação do crime-fim (GOMES, 2001, s/p).

Os Estados Unidos da América foram os primeiros a perceber e regular essa nova realidade sociojurídica e as condutas delitivas a ela relacionada, traçando diretrizes e incorporando no seu ordenamento jurídico-penal novos tipos penais que incriminam as condutas ligadas ao uso do computador para fins ilícitos, bem como amoldando as tipificações já existentes a essa nova realidade.

Igual posicionamento foi seguido pelos países europeus, podendo destacar Portugal, com a edição da Lei nº 109/1991 (Lei da Criminalidade Informática), e Itália com a Lei nº 547/1993, que introduziu em seu Código Penal novas figuras delitivas surgidas com a informática.

No Brasil, até o ano de 2012 inexistia regulamentação jurídica específica para as condutas oriundas do ambiente virtual. O que existiam era legislações pontuais que tratavam sobre o tema como, por exemplo, a Lei 9.609/1998 (Lei dos crimes de *software* ou antipirataria), que dispunha sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computadores e sua comercialização, além do artigo 10, da Lei nº 9.296/96, que pune a interceptação, não autorizada, de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática.

No mais, condutas já tipificadas no Código Penal foram adaptadas para se amoldarem aos chamados crimes cibernéticos, podendo se destacar as alterações trazidas pela Lei nº 9.983/2000, especialmente no que se refere às figuras típicas dos arts. 153,§1º, 313-A, 313-B e 325,§1º

A ausência de uma legislação específica fez do ambiente virtual brasileiro um campo fértil para a realização de crimes e condutas danosas, especialmente no que refere a fraudes e crimes contra a honra. Porém, com o advento da Lei 12.737, de 2012¹⁶, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, buscou-se preencher o vazio legislativo referente ao tema e assim possibilitar a identificação e apuração dos crimes virtuais.

A referida normativa constituiu, como se pode observar, um avanço significativo na tipificação criminal dos delitos informáticos, especialmente ao tipificar expressamente o crime de “invadir dispositivo informático”, previsto no artigo 154-A, do Código Penal, que visa especificamente proteger o sigilo de dado e de informação pessoal ou profissional.

Entretanto, a Lei 12.737/2012, embora tenha trazido um significativo avanço, uma vez que possibilitou uma melhor regulamentação dos delitos informáticos, ainda necessita de aprimoramento. Muito há de ser feito para que se encontre na seara do Direito Penal os mecanismos repressivos e preventivos suficientemente capazes de alcançar tais delitos, e com a mesma celeridade e intensidade que eles surgem.

¹⁶ Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, introduzindo os arts. 154-A, 154-B, e alterando os arts. 266 e 298, do referido Código.

Nesse contexto, para o combate aos crimes informáticos, somente mecanismos repressivos não bastam como se pode perceber. São necessários mecanismos preventivos urgentes, aliados a planejamento, preparo e treinamento específico, bem como também é preciso compatibilizar as ações repressivas de acordo com as leis nacionais e internacionais existentes para que esse progresso que a tecnologia propiciou não se torne uma ferramenta a favor do crime e contra a sociedade, que tanto precisa dessa tecnologia.

3. ANTERIORIDADE PENAL E INTEPRETAÇÃO AMPLIADA DE TIPOS PENAIIS

Há uma hesitação nos crimes cometidos em meio ambiente virtual, tendo em vista a adequação aos princípios da legalidade e anterioridade penal. Observa-se que o princípio da legalidade é abarcado constitucionalmente nos moldes do art. 5º, inciso XXXIX, da CR/1988, que traz a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Em observância à CR/1988, o art. 1º do CP/1940, tem redação semelhante, qual seja: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Cézar Roberto Bitencourt auxilia a compreensão desse contexto elucidando que:

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre

com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático (BITENCOURT, 2014, p. 51).

Nesse cenário, ao tratar-se de condutas consumadas em ambiente virtual ou que têm como meio facilitador a internet, surgem questionamentos acerca dos limites entre a conduta praticada e o ato delitivo, haja vista que a legislação penal brasileira não apresenta especificamente redação para crimes virtuais.

Entretanto, a inexistência de tipos virtuais na legislação não impede a aplicação da lei, sendo necessária a interpretação do juiz a partir do caso concreto, a fim de garantir-se uma segurança jurídica adequada à legalidade e anterioridade penal.

Todavia, a questão relativa à anterioridade penal consiste na aplicação da lei após sua publicação oficial, ou seja, em âmbito penal, por regra, o indivíduo não poderá ser punido por legislação posterior à prática delituosa, com exceção de lei posterior menos gravosa. Infere-se, pois, que a norma possui como destinatários o indivíduo (cidadão) e Estado enquanto defensor do bem jurídico tutelado.

Contudo, o fato de determinada conduta não possuir tipificação exata não significa que seja inexistente a punição, uma

vez que o operador do direito pode valer-se de uma interpretação extensiva. Deve-se frisar, porém, que esta não deve ser confundida com a analogia, que não é recepcionada pelo Direito penal, conforme menciona Zaffaroni e Pierangeli:

Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E assim é porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz “completar” as hipóteses legais. Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina que ao juiz o recurso à analogia no direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 162).

Ao contrário da analogia, em interpretações extensivas não se está diante de uma norma penal em branco, tendo em vista que não existem lacunas, mas somente uma necessidade de ampliação da legislação para um sentido mais amplo à tipificação existente na conduta prática descrita em lei.

Ao se tratar de crimes virtuais está-se diante de condutas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas praticadas de forma diferente face à globalização e ao avanço tecnológico. E é nesse sentido que na próxima seção serão expostos alguns exemplos de condutas delitivas com maior incidência no país atualmente.

4. DOS CRIMES INFORMÁTICOS: SEXTORSÃO

A questão ligada ao meio ambiente digital faz jus à proteção penal, uma vez que é capaz de afetar a coletividade face à sua natureza difusa, podendo, inclusive, afetar questões inerentes aos direitos humanos.

Um fenômeno em ascensão tem assolado os meios virtuais: a sextorsão. Trata-se de uma forma de obtenção de vantagens sexuais mediante ameaças de divulgação de material íntimos em meios virtuais.

Recorrente entre os jovens, as trocas de mensagens de foro íntimo, troca de vídeos e fotos tem se popularizado, e facilitam o abuso de poder por quem detém o material.

Nesse sentido, explicam Castro e Sydow, que

[a] expressão sextorsão trata de figura em que uma relação de poder é utilizada como instrumento para obter vantagens sexuais. É uma modalidade de conduta não adequadamente definida na legislação nacional por conjugar uma corrupção individual com um abuso de poder no intuito

de obter sexo em troca de benefícios. Com a propagação da informática, novos modos de extorsão a partir da ameaça de divulgação de fotos e filmes têm se difundido com grande força, trazendo o debate desse modelo de antijuridicidade para o cenário penal informático e de gênero (CASTRO; SYDOW, 2016, p. 12).

Destaca-se que a sextorsão não apresenta gênero, podendo ser praticada por homens ou mulheres. Ela não se trata de nova modalidade delituosa, mas de uma adequação à nova tecnologia para a prática de condutas que podem se desdobrar em extorsão, estupro ou constrangimento ilegal, a depender do caso concreto.

A questão ligada aos crimes cibernéticos afeta toda a comunidade nacional e internacional, e ainda não há respostas concretas para diversos fatos. Quando levada à justiça, parte-se da avaliação do caso concreto e da aplicabilidade da teoria da ubiquidade¹⁷.

No entanto, a comunidade internacional já se mostra preocupada com o tema, e reconhece a necessidade de adotar, em caráter preferencial, uma política criminal global, com o propósito de salvaguardar a coletividade contra as transgressões no meio ambiente virtual, com a adoção de legislação adequada. Um reflexo

¹⁷ No ordenamento jurídico brasileiro a teoria da ubiquidade está disposta no art. 6º do CP/1940. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984](#)) (BRASIL, 1940).

disso é a criação da CB¹⁸, que estabelece a competência em crimes virtuais e a cooperação entre os países:

Artigo 22º da CB - Competência

1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer a sua competência relativamente a qualquer infração penal definida em conformidade com os artigos 2º a 11º da presente Convenção, sempre que a infração seja cometida:

- a) No seu território; ou
- b) A bordo de um navio arvorando o pavilhão dessa Parte;
- c) A bordo de uma aeronave matriculada nessa Parte e segundo as suas Leis; ou
- d) Por um dos seus cidadãos nacionais, se a infração for punível criminalmente onde foi cometida ou se a infração não for da competência territorial de nenhum Estado.

2. Cada Parte pode reservar-se o direito de não aplicar ou de apenas aplicar em casos ou em condições específicas, as regras de competência definidas no n.1, alínea b) a alínea d) do presente artigo ou em qualquer parte dessas alíneas (CONVENÇÃO DE BUDAPESTE, 2001).

¹⁸CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>.

Embora o Brasil não seja signatário da Convenção supracitada, seria um importante avanço alinhar padrões com a comunidade internacional, uma vez que, conforme observado, a legislação brasileira não é adequada às novas tecnologias.

4.1 Extorsão

O art. 158 do CP/1940 define o crime de extorsão, em que se utiliza o meio de execução para fins de obtenção de vantagem econômica. Observa-se que se trata de um crime contra o patrimônio, no qual uma vantagem patrimonial é almejada como objetivo final do delito praticado.

A extorsão é classificada como crime contra o patrimônio nos moldes abaixo descritos: “Art. 158 do CP/1940. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa” (BRASIL, 1940).

Destarte, o objeto de estudo deste artigo trata da vulnerabilidade sexual. Nesta seara, o crime de extorsão tem destaque ao enfrentar o disposto no Código Penal: “fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa” (BRASIL, 1940), haja vista que a partir de conteúdos íntimos (sexuais) a atuação do autor se dá no sentido de aproveitamento indevido para vantagens econômicas.

O constrangimento poderá ser exercido mediante emprego de violência ou grave ameaça. Como exemplo, podemos citar uma

mulher que envia fotos e vídeos íntimos do seu o corpo a uma pessoa com quem está se relacionando.

De posse das imagens, essa pessoa passa a chantagear a mulher (vítima), fazendo exigências, como dinheiro ou outros bens materiais para não divulgar o conteúdo. Logo, ao exigir vantagem econômica, está configurada e tipificada a extorsão nos moldes do art. 158 do CP/1940.

Caso a vantagem exigida fosse somente de cunho sexual, se configuraria em direção ao estupro, objeto do item a seguir.

4.2 Estupro

Com o advento da Lei nº 12.015/2009 surgiram importantes alterações nos crimes contra a dignidade sexual, uma vez que antes da referida lei este somente poderia ser cometido por homens, tratando-se, à época, de um crime próprio, figurando-se a mulher como sujeito ativo somente em casos excepcionais, a exemplo de estupro com concurso de pessoas. Neste artigo se lê:

Art. 213 do CP/1940. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#).

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#).

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18

(dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#).
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#).
§ 2º Se da conduta resulta morte: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#).
Art. 214 do CP/1940 [\(Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#) (BRASIL, 1940).

Outro ponto que merece destaque é a junção dos arts. 213 e 214 do CP/1940 em um único tipo penal, além do aumento do tipo penal no que tange ao sujeito ativo, podendo este ser homem ou mulher.

No passado, acreditava-se que a questão sexual seria menos gravosa aos homens, o que restringia a tipificação penal, limitando-se a um crime próprio, de modo a justificar a não equiparação entre homens e mulheres nos crimes de estupro até então.

Com as alterações da legislação, estas disparidades foram corrigidas, igualando ambos os gêneros na conduta delitiva, e transformando-a em um crime comum, não importando a figura do sujeito ativo, podendo ser de ambos os sexos.

Em que pesem raras denúncias de estupro contra homens, seja por sua baixa incidência ou vergonha das vítimas, a redação da Lei nº 12.015/2009 permite a denúncia por tal ato.

Outro ponto de destaque refere-se à conduta pessoal, social e moral da vítima, independentemente da reprovabilidade da sociedade. Independente de sua conduta, nenhum sujeito pode

constranger ou manter relações sexuais e atos libidinosos contra a vontade de outro sujeito.

Ainda se tratando da temática dos crimes contra a dignidade sexual é necessário mencionar a modalidade estupro de vulnerável, em que resta presumida a violência sexual contra menores de 14 anos nos termos do art. 217-A do CP/1940. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/1990) também faz menção a condutas praticadas no meio ambiente virtual, tipificando como crime:

Art. 241-A do ECA. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente [...] (BRASIL, 1990).

No que tange à temática do artigo, a sextorsão também poderá ser classificada como estupro, haja vista a possibilidade de utilizar-se de imagens, vídeos ou conteúdos afins para obtenção e concretização de vantagens sexuais, mediante violência ou grave ameaça em desfavor da vítima.

A título exemplificativo, se uma pessoa de posse de uma foto íntima, mediante ameaça, exige manter relações sexuais em troca da não divulgação do conteúdo em redes sociais ou em meio virtual, existe então a conduta criminosa caso concretizado o ato, que se caracteriza tipificada no art. 213 do CP/1940.

4.3 Constrangimento ilegal

O crime de constrangimento ilegal está previsto no art. 146 do CP/1940, que traz de forma expressa a conduta do sujeito ativo como: “Art. 146 do CP/1940. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” (BRASIL, 1940).

Observa-se que a finalidade do sujeito ativo nos casos de constrangimento ilegal parte da premissa de obrigar, mediante violência ou grave ameaça, alguém a praticar algo que a lei não permite, contra a sua vontade, em desconformidade, portanto, com o art. 5º, inciso II, da CR/1988, haja vista que este preceito determina que ninguém será obrigado a fazer algo se não em virtude da lei.

Nos casos de sextorsão, em que sujeito ativo, mediante violência ou grave ameaça, obrigue alguém a realizar algum ato em desfavor da lei, estará tipificado o crime de constrangimento ilegal.

5. ESTUPRO VIRTUAL E A RELATIVIZAÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL

A princípio se acreditava que o estupro virtual tratava-se de uma nova modalidade ou tipo penal. Mas, diante de novas tecnologias e de uma sociedade de constante risco, é possível constatar-se tal ação a partir de um novo *modus operandi*, como facilitador de práticas delituosas no meio ambiente virtual.

O termo se tornou notório após ampla divulgação de um caso tipificado como estupro a partir de meios virtuais no Estado do Piauí. Segundo informações veiculadas na imprensa, o homem, de porte de vídeos e imagens íntimas de sua ex-namorada, mediante grave ameaça de divulgação das imagens, a obrigou a gravar vídeos em prática de ato libidinoso e a enviar a ele.

Esse caso exemplifica a polêmica que envolve a tipificação de condutas e a relativização da dignidade sexual, questionando-se a possibilidade de estupro por meios virtuais.

Observa-se que, conforme abordado no item 3.2, está-se diante de um crime comum, tendo em vista que este pode ser praticado por qualquer pessoa que, mediante violência ou grave ameaça, mantém relações sexuais com a vítima ou a coage à prática de atos libidinosos contra sua vontade.

O ponto de destaque destaca-se na não necessidade de contato físico entre autor e vítima, uma vez que, por meios virtuais este contato se tornaria impossível, tornando o ato meramente visual mediante tela de dispositivos eletrônicos.

Nesse sentido, infere-se que autor e vítima não necessitam ter contato físico para a configuração do estupro, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a saber, Recurso em *Habeas Corpus* – RHC nº 70976/MS, retratado no informativo nº 587 do STJ:

**DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE
CONTATO FÍSICO PARA
DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

A conduta de contemplar lascivamente, sem

contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena (Recurso em Habeas Corpus 70.976- MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, Diário do Judiciário eletrônico, Brasília, 10 agosto de 2016, grifos do original).

A não necessidade de contato físico corrobora diretamente os fundamentos utilizados para defesa do estupro virtual, uma vez que a contemplação do corpo da vítima por si só seria capaz de configurar o estupro e não meramente um ato libidinoso.

Infere-se, portanto, que o sujeito ativo do fato, ao constranger sua vítima à prática de condutas como masturbação ou exibição excessiva de cunho sexual ou qualquer outro ato libidinoso

diferente de atos sexuais frente às câmeras, possui conduta criminosa do estupro.

Destaca-se, portanto, no estupro virtual, a autoria mediata diante da não necessidade de contato físico entre as partes, tendo em vista que o autor pode valer-se da coação moral irresistível, ou também nos casos em que o autor se utiliza de terceiros para a consumação do ato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consigna-se que no presente trabalho não se tem a pretensão de esgotar um tema tão complexo e amplo, mas tão somente atestar a relevância deste e sua importância num mundo em a revolução tecnológica.

A internet alcançou um nível evolutivo que demanda cuidado, vigilância e atuação do Estado e do Direito Penal, especialmente naquelas condutas que transgridam as regras vigentes ou eram até então inexistentes.

Nesse sentido, para o estudo aprofundado dos crimes no meio ambiente digital é necessário entender que as legislações penal e processual no ordenamento pátrio não estão completamente adaptadas aos novos paradigmas da sociedade, sendo, por vezes, insuficientes para abarcar todas as novas práticas de delitos nesse âmbito.

Há, ainda, uma insuficiência dos institutos internos para a efetiva responsabilização dos autores de crimes cibernéticos, que fazem milhões de vítimas todos os anos, em prevalência da dignidade pessoal da vítima.

Na tentativa de obter vantagens e aproveitar-se com maior êxito dos meios virtuais, os criminosos aparecem com novas condutas, que deixam o Poder Judiciário e os operadores do direito sem um caminho concreto a seguir, uma vez que o CP/1940 ainda não acompanhou a evolução da sociedade digital.

A sextorsão aparece como recorrente neste contexto. Jovens e adultos trocam mensagens e imagens pessoais de cunho sexual sem pensarem nas consequências e, por vezes, são gravados conteúdos íntimos sem ciência mútua. As consequências, muitas vezes, convergem em ferimento da dignidade pessoal e da imagem, que têm valores muito altos na sociedade contemporânea.

O estupro virtual ganha as manchetes dos principais veículos de comunicação. Esta conduta não pode ser tratada como fato isolado, devendo o Estado e os cidadãos exigirem sua legitimação e tipificação com uma legislação correspondente ao cenário atual, haja vista que é necessário evoluir e acompanhar a sociedade de forma a proteger o bem jurídico nos casos de crime contra dignidade sexual.

Portanto, a falta de maior discussão e celeridade em regular o meio ambiente virtual, com as peculiaridades que lhe são inerentes, contribui para o aumento da criminalidade.

Urge, pois, iniciar um processo de internalização no sistema jurídico pátrio que busque a compatibilidade entre a liberdade de expressão e um meio ambiente virtual equilibrado, e que respeite a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Donati. **STJ analisa competência para os chamados crimes informáticos (crimes virtuais = cybercrimes):** competência territorial do local de hospedagem do site. 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110426113540900&mode=print> Acesso em 15 de maio de 2018

ATHENIENSE, Alexandre. **Phishing faz o Brasil liderar ranking de ataques aos dados bancários.** 2011. Disponível em <http://www.sucesumg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=230:phishing-faz-o-brasil-liderar-ranking-de-ataques-aos-dados-bancarios&catid=45:ultimas-noticias&Itemid=1> Acesso em 09 de março de 2018

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 6.938** de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de setembro de 1981.

Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em
05 dez. 2017

BRASIL. **Lei 8.069/1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em
20 nov. 2017.

BRASIL, Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 nov. 2003. Disponível em: Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.764.htm>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.015**, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm> Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. Cibercrime: CCJI sugere adesão do Brasil à Convenção de Budapeste Disponível em:
<<http://ccji.pgr.mpf.gov.br/institucional/informes/cibercrime-ccji-sugere-adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste>>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 05ª Turma. Agravo em Recurso em Habeas Corpus Nº 70.976- MS (2011/0240437-3) Ementa: DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. Recurso em Habeas Corpus 70.976- MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, **Diário do Judiciário eletrônico**, Brasília 10 ago.2016. Disponível em: ><http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270587%27>> Acesso em: 20 nov 20017.

BRITO, Auriney Uchôa de. **O bem jurídico-penal dos delitos informáticos**. Boletim Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 199, junho/2009, p14-15.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. Disponível em:

<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2018.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documentos/convencao_cibercrime.pdf>. Acesso em: 20 nov 20017.

CORIOLOANO; Aurélio de Almeida Camargo Santos. **As múltiplas faces dos Crimes Eletrônicos e dos Fenômenos Tecnológicos e seus reflexos no universo Jurídico.** 2009 Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/24156044/I-Livro-sobre-Crimes-Eletronicos-da-OA....> Acesso em 15 de mai. 2018.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime informático. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.7, n. 28, p.27-40, mar/maio 2004. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_27.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

SILVA, Patrícia Santos da. **Direito e crime cibernético: análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais.** Brasília: Vestnik, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRAGOMENI, Ana Helena. **Dicionário Enciclopédico de Informática.** Vol. I. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

LEITE, Flávia Piva Almeida; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Sustentabilidade no meio ambiente cultural – o exercício da liberdade de expressão na sociedade da informação. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 26, p. 337-360, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/858>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução: Paulo Neves. 1996. E-book. Disponível em: http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/arq_interface/6a_aula/o_que_e_o_virtual_-_levy.pdf. Acesso em 20 abr. 2018

ROQUE, Sérgio Marques. Crimes de Informática e investigação criminal. In: **Justiça Criminal Moderna** - Proteção à vítima e à testemunha, trabalho infantil, tv e crime.. São Paulo: RT, 2000.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. Sextorsão. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 21, jan.-abr. 2016, p. 12-23. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/26/Liberdades21_Artigo01.pdf> Acesso em: 05 dez. 2017

TOLEDO, Cinthia. Brasil organiza conferência sobre crimes virtuais. **Jornal O Estado de São Paulo**. Caderno Link, 20 ago. 07. Disponível em: < <http://fndc.org.br/clipping/brasil-organiza-conferencia-sobre-crimes-virtuais-174791/> >. Acesso em: 05 dez. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.

ZANELATO, Marco Antônio. Condutas Ilícitas na Sociedade Digital. Direito e Internet. **Caderno da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, Ano II, nº IV, p.165-228, jul. 2002.

A SOBERANIA E OS CRIMES AMBIENTAIS NO MAR

SOVEREIGNTY AND ENVIRONMENTAL CRIMES AT SEA

*Gilson Soares Lemes Júnior*¹⁹

*Ana Luiza Novais Cabral*²⁰

RESUMO: O presente estudo abordará a competência da justiça brasileira para julgar delitos ambientais cometidos no mar. Nesse ínterim, se passará pela análise da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM), sobretudo pela compreensão da soberania brasileira nas regiões criadas pelo tratado: mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto mar. Ademais, será verificada a necessidade de se utilizar do Código Penal para se adequar às várias hipóteses de ocorrências de crimes ambientais realizados em regiões marítimas, tendo em vista eventual omissão do disposto em seu artigo 5º, §1º. Para tanto, adotar-se-á a metodologia hipotético-dedutiva como instrumento de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Processo Penal; Crimes no mar; Convenção de Montego Bay; Jurisdição.

¹⁹ Advogado. Professor de Direito Penal na Universidade José do Rosário Vellano. Mestrando em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduado em direito penal e processual penal pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa da Possibilidade de Defesa dos Ambientes pelo Direito Penal. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9508328200939112>> E-mail: penal.gilson@gmail.com

²⁰ Advogada. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Faculdade Gama Filho e Direito Ambiental pela Faculdade Integrada AVM. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutela Penal do Meio Ambiente. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2623437173992273>>. Endereço Eletrônico: anamutum@hotmail.com

ABSTRACT: This study will address the competence of the Brazilian justice try environmental crimes committed at sea. In order to do so, it will be analyzed the United Nations Convention on the Law of the Sea and it will be understood the Brazilian sovereignty in the regions created by the treaty: territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and high seas. In addition, it will be verified the need to adapt the Penal Code to fit the various scenarios of occurrences of environmental crimes carried out in maritime regions, in view of eventual omission of the provisions of its article 5, paragraph 1. To do so, the hypothetical-deductive methodology will be adopted as a research tool.

KEYWORDS: Criminal Law; Criminal Procedure; Crimes in the sea; Montego Bay Convention; Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A história da navegação e a história da guerra são dois lados de uma mesma moeda. Desde os povos *vinquiques*, gregos ou fenícios, os mares são utilizados com o intuito de alcançar outras nações para efetuar saques, explorar povos e dominar seus territórios. Por outro lado, desde a navegação de cabotagem até as grandes expansões marítimas tiveram como intuito o comércio, a pesca, a troca de mercadorias e o transporte de cargas. Fato é que a longa história dos mares acompanha o homem muito antes de Vasco da Gama, Cabral ou Homero.

A grande diversidade de estruturas ecossistêmicas marinhas tornou o homem dependente de tais recursos para sobreviver. Atualmente, mais da metade da população humana vive a uma distância inferior a 60 quilômetros da costa marítima e, nesse

contexto, a proteção do ambiente marinho tem suma importância, sendo abordada em todos os âmbitos do direito.

Entretanto, sempre pairam dúvidas em relação ao Estado que é responsável pela investigação e processamento dos delitos que acontecem no mar, mormente os de caráter ambiental. Ocorre que a questão, que já seria de difícil solução, se complica ainda mais com o advento de diversos regimes jurídicos que dividem as colunas d'água marítimas. Tal imbróglio ocorre porque o Brasil é parte ratificante da Convenção das Nações Unidas, concluída em Montego Bay, em 1982, onde se estabeleceu o conceito de mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto mar.

Como se não bastasse, para que se possa responder os questionamentos levantados neste presente artigo, é necessária a abordagem do texto expresso no Código Penal do Brasil. Isso porque a referida lei não classifica como extensão do território nacional a embarcação que se encontra em região de Zona Econômica Exclusiva e Zona Contígua, o que pode criar um perigoso vácuo legislativo e gerar impunidade para os delitos cometidos nesses locais.

Nessa toada, será feita uma análise das normas de direito interno e externo, da doutrina e da jurisprudência para tentar responder como devem ser investigados, processados e julgados os delitos ambientais que ocorrem no mar e suas posteriores sanções, bem como a necessidade de reforma dos dispositivos legais. Para tanto, o presente texto dissertativo adotará o método hipotético-dedutivo.

1. SOBERANIA

Historiadores e juristas dividem a difícil missão de remontar os caminhos perpassados pela conceituação do instituto da soberania. Na idade média, Philippe de Beaumanoir e Marino da Caramanico pregavam que o poder soberano era a *suprema potestas superiorem non recongoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si). Entretanto, foi Jean Bodin que lançou as bases teóricas para o pensamento sobre a soberania moderna em seus seis livros sobre a república (*Les six livres de la republique*). Segundo a teoria de Bodin, o soberano (ou a soberania do príncipe) é o poder absoluto e temporalmente ilimitado próprio ao Estado. Soberano é quem pode impor a lei a todos os súditos, que decide sobre guerra e paz, que nomeia funcionários e magistrados no país, que impõe impostos (e deles isenta quem quiser) e aos condenados concede a graça (VOIGT, 2013).

Ao lado de Bodin, com a crença no exercício da soberania pelo Estado-Leviatã, se encontrava Thomas Hobbes. Ele era defensor da concentração de poder no Estado, mais especificamente no monarca, que deveria se valer de sua soberania para defender os interesses dos cidadãos.

Porém, com o caminhar cronológico, o que se percebe é que o poder soberano ganhou contornos e delimitações, deixando de ser a *potestas absoluta* defendida por Bodin. A assinatura da carta magna de 1215 na Inglaterra e as revoluções liberais, mormente a que ocorreu na França, no século XVIII, trouxeram como substrato a soberania como poder emanado pelo povo. Não por menos, Jean-Jaques Rousseau apresenta em 1762 seu livro, Du

contract Social (Do Contrato Social), em que trabalha com a ideia da transferência do poder soberano à sociedade.

Como se não bastasse, o monarca perde ainda mais força com a propagação da doutrina de Charles Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu, através da obra *De l'esprit des lois* (Sobre o espírito das leis), em que o autor traz a noção da separação dos três poderes (VOIGT, 2013). O trabalho influenciou grande parte do mundo ocidental, que se deixou seduzir pela forma tripartida de poder.

O fato é que a soberania suprema ou *potestas absoluta* entra em decadência com o advento da modernidade. Aliás, após o final da primeira grande guerra, com a tentativa da criação da Liga das Nações, e depois do final da segunda grande guerra, com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), os próprios Estados passam a perceber a necessidade de uma limitação do poder absoluto (BEIRAO, 2018).

Em meados do século XX, após a criação da ONU, se coloca uma pá de cal na soberania suprema. A limitação ganha contorno nos âmbitos internos e externos. No interno, a soberania é moldada através de um Estado constitucionalmente construído, com subordinação à lei. No externo, por sua vez, ela passa a decorrer da ordem internacional, seja ela formal ou tácita, ou seja, o Estado deve se relacionar de acordo com os costumes internacionais e o direito das gentes (BEIRAO, 2018).

Nessa toada, surgem as teorias de soberanias relativas, que previam uma rejeição à ideia de *potestas absolutas*. Exponentes como Ninčić concluem que, em vistas de uma nova realidade, mormente com a noção de que os Estados-Nações não são mais

somente sujeitos do direito internacional, os conceitos estabelecidos até então precisam ser descartados para que se possa construir uma noção de soberania relativa. (BEIRAO, 2018).

Dentro desse novo contexto, diversos modais de soberania se afloram, como, por exemplo, o seu formato compartilhado, em que mais de um sujeito passa a exercer o poder em um mesmo “locus”. Existem alguns exemplos mais conhecidos, como o Principado de Mônaco ou a República de San Marino.

Por sua vez, Ferrajoli, em vias de buscar delimitar alguns contornos à soberania externa, incorpora ao conceito duas variáveis condicionantes, quais sejam: “o imperativo de paz” e “os direitos humanos”. Isso porque considera tais questões como parte do *jus cogens*, a serem obrigatoriamente observadas por todas as nações no exercício de sua soberania. (BEIRAO, 2018).

Ademais, diante da busca por um desenvolvimento sustentável e sob a ótica da necessidade inarredável de proteção do meio ambiente, alguns autores passam a sustentar tal proteção como mais um desses vetores, senão vejamos:

Desde esforços quase universais simbolizados pelas Convenções Rio-1992 e, posteriormente, da Rio+20, a gestão sustentável do planeta estaria se tornando também uma dessas condicionantes irrefutáveis. Pouco se pode esperar que um Estado, exercendo seu direito soberano, afronte deliberadamente o bom uso do meio ambiente internacional sem uma resposta contundente da comunidade internacional, apesar da natureza *soft law* de grande parte dos documentos ambientais

acordados no âmbito internacional (BEIRAO, 2018, p. 111).

Se dentro dos limites terrestres o conceito de soberania foi muito estudado e mitigado pelas necessidades de uma teoria das relações internacionais, na área inundada que cobre quase 70% da Terra houve pouca discussão. Nesse sentido, o estudo das divisões marítimas se torna fundamental para a compreensão sobre a jurisdição que o envolve.

2. A SOBERANIA NO MAR

A definição do que é mar sempre gerou divergências na doutrina. Talvez a expressão que melhor defina o que realmente representa esse espaço seja: “a despeito de qualquer tentativa de definição e conceituação, o mar sempre foi uma realidade que se impôs à humanidade, sendo a dualidade terra e mar o pulsar das civilizações” (ZANELLA, 2017, p. 36).

Entretanto, para o Direito, a tratativa desse espaço não pode ocorrer de forma poética. Trata-se de uma região por onde circulam muitas riquezas e que possui um valor inestimável para a sobrevivência humana, afinal de contas, o espaço marítimo representa aproximadamente 70% da área do Planeta “Terra”. André de Paiva Toledo explica que “os recursos biológicos do mar são uma fonte vital de proteínas para as populações de vários Estados”. (TOLEDO, p. 39, 2016).

Nesse diapasão, Zanella conceitua o mar, de forma jurídica, da seguinte maneira:

[...] Neste sentido, para o Direito Internacional apenas é considerado como mar o espaço de água salgada que constitui uma comunicação livre e natural entre os povos. Assim, alguns espaços com água salgada denominado de “mares”, como por exemplo, o Mar Morto, o Mar Cáspio, são, para o Direito Internacional, meros ambientes preenchidos por águas salinas. Não obstante, estes espaços podem ser tratados e regulados por normas de Direito do Mar, Marítimo ou da Navegação segundo a vontade dos Estados interessados (ZANELLA, p. 36, 2017).

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) foi a grande responsável por trabalhar sobre o assunto no âmbito do Direito Internacional. Trata-se de um acordo ratificado por mais de 100 países, em várias reuniões, que teve seu desfecho na cidade de Montego Bay, na Jamaica, em 1982. No âmbito do Brasil, o acordo foi ratificado pelo Decreto nº. 99.165/1990 e entrou em vigor em 1995, através do Decreto Presidencial nº. 1.530.

A CNUDM criou vários espaços que se encontram no mar, como: o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva, o alto mar, a plataforma continental e os fundos marítimos. Passa-se a análise dos quatro primeiros elencados, tendo em vista o objeto do estudo.

2.1 Mar Territorial

O mar territorial é um conceito que foi juridicamente criado, pois não existe nenhuma delimitação física para a determinação desse espaço. Assim, segundo a Convenção de Montego Bay, podemos extrair:

Artigo 2

1. A soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso de Estado arquipélago, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial.
2. Esta soberania estende-se ao espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao subsolo deste mar.
3. A soberania sobre o mar territorial é exercida de conformidade com a presente Convenção e as demais normas de direito internacional.

Artigo 3

Todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas, medidas a partir de linhas de base determinadas de conformidade com a presente Convenção (BRASIL, 1990)

Conforme se depreende da norma ratificada pelo Estado brasileiro, é uma área de soberania estatal que se estende até o limite de 12 milhas marítimas a partir da linha de base, a ser determinado

pelo estado costeiro. No caso do Brasil, a Lei 8.617/93 foi a responsável por estabelecer que o mar territorial compreende exatamente 12 milhas marítimas.

Por uma questão de honestidade intelectual, não se pode deixar de expressar que a doutrina se divide em vários posicionamentos para estabelecer a natureza jurídica do mar territorial. Entretanto, não se vislumbra que tal espaço possui um sistema jurídico de simples propriedade ou, ainda, como elencam alguns, de jurisdição. A própria Convenção de Montego Bay, assim como a Lei 8.617/93, tratam todo esse perímetro como uma região de soberania do Estado costeiro, e, portanto, essa é sua natureza jurídica.

É claro que este não pode ser confundido com o espaço terrestre. Afinal de contas, se assim o fosse, o tratado não precisaria ter abordado tal região de forma específica. Aliás, deve ser enaltecido que existe uma flexibilização do poder soberano nesse espaço, conhecida como direito de passagem inocente, senão vejamos:

Art. 3º É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro.

§ 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida.

§ 2º A passagem inocente poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação

ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave.

§ 3º Os navios estrangeiros no mar territorial brasileiro estarão sujeitos aos regulamentos estabelecidos pelo Governo brasileiro (BRASIL, 1993).

O direito de passagem inocente normatiza um costume que há muito era adotado pelos Estados. Trata-se de uma política de boa convivência e de facilitação do transporte e deslocamento. O Estado costeiro admite a passagem dos navios das demais nacionalidades, desde de que estes não atinjam a segurança de seus cidadãos. Entretanto, tal flexibilização não extingue a soberania ali existente, conforme disposição expressa do próprio tratado.

2.2 Zona Contígua

A Zona Contígua foi criada na Inglaterra, com o intuito de combater o contrabando e a pirataria. A ideia era controlar uma área maior do que aquela prevista para o mar territorial que, até então, era de apenas 03 milhas marítimas e não garantia efetivamente a segurança do Estado costeiro. Nesse intuito, foi criada uma área de “jurisdição” (ZANELLA, 2017).

Com o advento da Convenção de Montego Bay, a região foi regulamentada da seguinte forma:

ARTIGO 33

1. Numa zona contígua ao seu mar territorial, denominada zona contígua, o Estado costeiro pode tomar as medidas de fiscalização necessárias a:

a) evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários no seu território ou no seu mar territorial;

b) reprimir as infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial.

2. A zona contígua não pode estender-se além de 24 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial (BRASIL, 1990)

A CNUDM facultou aos Estados o estabelecimento do tamanho da Zona Contígua dentro de determinados limites. No Brasil, a Lei 8.617/1993 efetivou a sua criação, estabelecendo que se trata de uma faixa que se estende de 12 a 24 milhas marítimas contadas a partir da linha de base costeira.

Conforme se depreende do texto normativo acima, não consiste em uma região onde prevalece a soberania estatal. A zona contígua permaneceu com seu caráter originário, se limitando a permitir ao Estado ribeirinho a fiscalização de questões aduaneiras, fiscais, sanitárias ou de imigração ali ocorridas ou, ainda, a repreensão de atos ilícitos ocorridos em seu território ou mar territorial.

O que se depreende da zona contígua é que se trata, portanto, de uma área de aplicação de normas específicas (e não todas) do Estado costeiro ou da repreensão de atos ilícitos que já tiverem ocorrido em seu território ou mar territorial. Assim, apesar

de alguns autores tratarem essa área como sendo de “jurisdição” do Estado, esse termo possui um sentido específico nesse contexto, pois não se trata da atividade judicante, com a aplicação de toda e qualquer norma, mas sim da possibilidade do exercício do poder de polícia em sentido *lato sensu*.

2.3 Zona Econômica Exclusiva (ZEE)

A primeira tentativa de regulamentar uma zona adjacente ao mar territorial ocorreu na Conferência de Haia em 1930. O jurista português, Barbosa de Magalhães, propôs a ideia de uma zona em que o Estado não exerceria a soberania, mas somente a atividade piscatória²¹ naquela região. A proposta teve uma adesão relevante, mas não se obteve êxito necessário para ser aprovada naquela oportunidade (ZANELLA, 2017).

Um grande passo para a existência da zona econômica exclusiva foi dado com a instituição, pelos Estados Unidos, de uma zona de pesca. O então presidente Harry Truman instituiu uma zona marítima por decreto unilateral em que o país norte-americano poderia gerir, regular e controlar o recurso da pesca em um perímetro de sua costa, que não ficou delimitado. (ZANELLA, 2017).

Uma grande quantidade de países passou a aderir ao mesmo posicionamento daquele estabelecido por Truman, principalmente os que possuíam atividade pesqueira mais relevante. Chile, Equador e Peru estabeleceram uma zona de 200

²¹ A atividade piscatória consiste na extração de recursos alimentares, como peixes, crustáceos, moluscos, entre outros.

milhas marítimas em que poderiam pescar e explorar os recursos naturais.

A Convenção de Montego Bay, em sentido de pacificar as questões econômicas em jogo, disciplinou a zona econômica exclusiva, estabelecendo que:

ARTIGO 56

Direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na zona econômica exclusiva

1. Na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem:

a) direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos;

c) jurisdição, de conformidade com as disposições pertinentes da presente Convenção, no que se refere a:

i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas;

ii) investigação científica marinha;

iii) proteção e preservação do meio marinho;

2. No exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres na zona econômica exclusiva nos termos da presente Convenção, o Estado costeiro terá em devida conta os direitos e deveres dos outros Estados e agirá de forma compatível com as disposições da presente Convenção.

3. Os direitos enunciados no presente artigo referentes ao leito do mar e ao seu subsolo devem ser exercidos de conformidade com a Parte VI da presente Convenção.

ARTIGO 57

A zona econômica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial. (BRASIL, 1990)

Novamente, a Lei 8.617/93 foi a responsável por estabelecer o tamanho da zona marítima abrangida. Ficou estabelecido que o Brasil aproveitaria ao máximo a sua zona econômica exclusiva, ou seja, o perímetro brasileiro foi o de 200 milhas marítimas a partir da linha de base.

Conforme se depreende da CNUDM, é uma região com mero intuito de exploração econômica. Nesse sentido, não existe, como se em terra firme fosse, amplos direitos de soberania, mas somente regulamentações simples em relação a atividades pesqueiras, de aproveitamento de energia e de conservação do perímetro. A convenção deixa muito claro que ao Estado é cabível “direitos de soberania”, pelo que se compreende a convivência de pequenas parcelas soberanas nesta região.

Da mesma forma que ocorre com a zona contígua, o termo jurisdição utilizado no artigo 56 da CNUDM deve ser entendido dentro do contexto específico do Direito do Mar. Trata-se da possibilidade de regulamentação e ajuizamento de ações tão somente dos temas permitidos pela Convenção de Montego Bay e, portanto, não existe uma atividade judicante ampla.

2.4 Alto Mar

Em 1609, Hugo Grotius escreveu o livro *Mare Liberum, sive de jure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio* (Mar livre ou uma dissertação sobre o direito dos neerlandenses de manter o comércio das Índias). Naquela época já havia disputa no sentido de se permitir a liberdade de navegação nos mares. A busca de Grotius era impedir que Espanha e Portugal fossem os soberanos sobre o mar, o que impediria a Holanda de chegar às Índias. Desde então, a liberdade dos mares prevalece como um costume de Direito Internacional.

É claro que a tentativa de apropriação por espaços marítimos é diuturna. O interesse em seu domínio envolve o poder de trânsito, o acesso a recursos naturais e minerais, o domínio bélico, entre tantos outros. E, em virtude dessa incansável disputa de interesses, a definição do alto mar variou muito durante o decurso do tempo.

Entretanto, com o advento da Convenção de Montego Bay, conforme visto, se conseguiu um certo apaziguamento em virtude das tratativas que foram feitas. Ficou consignado em seu artigo 86 que o alto mar inclui todas as partes marítimas (coluna d'água) que não fizerem parte das águas interiores, das águas arquipelágicas, do mar territorial ou da zona econômica exclusiva de determinado Estado²². O que se pode estabelecer, em suma, é que o alto mar é toda a coluna d'água que está além da zona econômica exclusiva do Estado costeiro, sendo que esta não pode

²² A título de esclarecimento, ressaltamos que a zona contígua está contida pela ZEE.

ultrapassar 200 milhas marítimas, nos termos estabelecidos pelo artigo 57 da CNUDM.

Ademais, a Convenção de Montego Bay disciplina esse perímetro da seguinte forma:

ARTIGO 87

1. O alto mar está aberto a todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral. A liberdade do alto mar é exercida nas condições estabelecidas na presente Convenção e nas demais normas de direito internacional. Compreende, inter alia, para os Estados quer costeiros quer sem litoral:

- a) liberdade de navegação;
- b) liberdade de sobrevôo;
- c) liberdade de colocar cabos e dutos submarinos nos termos da PARTE VI;
- d) liberdade de construir ilhas artificiais e outras instalações permitidas pelo direito internacional, nos termos da parte VI;
- e) Liberdade de pesca nos termos das condições enunciadas na seção 2;
- f) liberdade de investigação científica, nos termos das Partes VI e XIII.

2. Tais liberdades devem ser exercidas por todos os Estados, tendo em devida conta os interesses de outros Estados no seu exercício da liberdade do alto mar, bem como os direitos relativos às atividades na Área previstos na presente Convenção. (BRASIL, 1990)

O alto mar, conforme se percebe, é uma região internacionalizada, assim como ocorre com o espaço sideral, a Antártida e o espaço aéreo internacionalizado. Prevalece a liberdade de navegação, o uso livre e a investigação científica por todos os Estados.

3. A JURISDIÇÃO CRIMINAL NO MAR

“Depreende-se que a Jurisdição, em sua origem, é a estratificação histórica da figura da Arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico pelo Estado” (Leal, 2005, p. 42). Por sua vez, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2006, p. 145) colocam que “a jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com a justiça”.

A jurisdição nem sempre existiu da forma como vemos na contemporaneidade, ou seja, como uma maneira de expressão da soberania estatal através de seu poder judiciário. Para a história do Direito Penal, é comum se realizar uma divisão em três momentos: vingança privada, vingança divina e vingança pública. O primeiro deles tratava-se de uma retribuição pura e simples da ofensa recebida pelo próprio particular, era a verdadeira autotutela, se fazia justiça pelas próprias mãos. Tal período é por vezes lembrado em virtude do Código de Hamurabi, baseado na Lei de Talião: “olho por olho e dente por dente”.

Com o caminhar cronológico, a religião traz a influência do divino, do sagrado. Nesse período, era comum que as penas fossem aplicadas pelos sacerdotes, que eram, normalmente, as pessoas consideradas mais sábias ou mais próximas de Deus. E, por fim, a responsabilidade de aplicação da pena passou a ser delegada a um terceiro, inicialmente um árbitro e, depois, o que se conhece por Estado, na chamada vingança pública.

Fato é que a jurisdição ganha corpo e forma na contemporaneidade, a partir da consolidação do processo. Na sociedade contemporânea, é inimaginável um julgamento sem todo o arcabouço principiológico que nos traz o Direito Processual, conforme ensina Rosemiro Pereira Leal:

A jurisdição, quando não está previamente condicionada, como veremos, à principiologia legal do Processo, cuja plataforma jurídica fundamental se encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva Arbitragem, na qual a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria de suas decisões (LEAL, 2005, p.42).

No tocante ao Direito Internacional e, mais especificamente, ao Direito do Mar, o exercício da competência jurisdicional pode ser compreendido como o poder-dever que o Estado da bandeira possui de julgar as embarcações de seu

pavilhão. Tanto penal, como civilmente falando, aplica-se, como regra, o direito interno do Estado de bandeira (ZANELLA, 2017).

O primeiro documento a positivar a jurisdição no mar foi o Projeto de Convenção, apresentado pelo comitê de peritos para a Codificação do Direito Internacional da Sociedade das Nações, em 1926. A Convenção de Montego Bay tratou sobre o tema em seu artigo 27:

A jurisdição penal do Estado costeiro não será exercida a bordo de navio estrangeiro que passe pelo mar territorial com o fim de deter qualquer pessoa ou de realizar qualquer investigação, com relação à infração criminal cometida a bordo desse navio durante a sua passagem, salvo nos seguintes casos:

a) se a infração criminal tiver conseqüências para o Estado costeiro;

b) se a infração criminal for de tal natureza que possa perturbar a paz do país ou a ordem no mar territorial;

c) se a assistência das autoridades locais tiver sido solicitada pelo capitão do navio ou pelo representante diplomático ou funcionário consular do Estado de bandeira;

ou

d) se essas medidas forem necessárias para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas (BRASIL, 1990)

O princípio da jurisdição do Estado da bandeira inviabiliza que o Estado costeiro atue a bordo de navio estrangeiro,

ainda que este se encontre em seu mar territorial, ou seja, em local onde prevalece a soberania do Estado ribeirinho. O intuito da norma foi facilitar o processamento dos delitos e evitar o confronto entre países.

Entretanto, a CNUDM nos traz exceções ao referido princípio, como a que estabelece que havendo interesses, perturbação da paz, repreensão de tráfico ilícito de estupefacientes, entre outros, o Estado costeiro pode intervir naquela embarcação. Ademais, há uma exceção em especial que nos chama atenção, aquela criada pelo item 5 do artigo 27 da Convenção de Montego Bay:

Salvo em caso de aplicação das disposições da Parte XII ou de infração às leis e regulamentos adotados de conformidade com a Parte V o Estado costeiro não poderá tomar qualquer medida a bordo de um navio estrangeiro que passe pelo seu mar territorial, para a detenção de uma pessoa ou para proceder a investigações relacionadas com qualquer infração de caráter penal que tenha sido cometida antes do navio ter entrado no seu mar territorial, se esse navio, procedente de um porto estrangeiro, se encontrar só de passagem pelo mar territorial sem entrar nas águas interiores (BRASIL, 1990)

A Parte XII da CNUDM é a responsável por legislar sobre a “proteção e preservação do meio marinho”. Portanto, o que a norma internacional estabelece é que o cometimento de delitos ambientais se trata de uma exceção específica, segundo a qual o

Estado costeiro pode intervir em embarcação estrangeira, ainda que essa circulação ocorra em seu mar territorial. Assim, apesar do princípio da bandeira das embarcações ser um costume positivado e respeitado pelos Estados, nos casos dos delitos no mar, prevalece o interesse do Estado ribeirinho, que pode julgá-lo mesmo que cometido por embarcação estrangeira.

4. A COMPETÊNCIA BRASILEIRA PARA JULGAR OS DELITOS AMBIENTAIS COMETIDOS NO MAR

O Código Penal e o Código de Processo Penal Brasileiros são os responsáveis por estabelecer os limites da jurisdição em matéria criminal. As duas codificações estipulam que será adotada, como regra, o princípio da territorialidade, ou seja, o poder-dever de aplicação da lei ao caso concreto será efetuado tão somente em face de delitos cometidos no território brasileiro, senão vejamos:

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil (BRASIL, 1940)

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional [...] (BRASIL, 1941)

Entretanto, a jurisdição brasileira compreende, ainda, o disposto nos tratados, convenções e regras de Direito Internacional. Assim, o estudo sobre crimes ambientais cometidos no mar passa pelo próprio entendimento de jurisdição e soberania de cada uma das zonas marítimas criadas pela Convenção de Montego Bay. Afinal de contas, conforme tratado acima, foi o referido tratado internacional que constituiu as regiões de mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto mar.

Portanto, partindo da análise de cada uma das regiões elaborada anteriormente, o que se pode verificar é que o mar territorial traz consigo regras distintas das demais áreas marítimas. Nessa região, apesar da possibilidade da passagem inocente de embarcação estrangeira e do princípio do julgamento da embarcação pelo Estado da bandeira, existe soberania do Estado costeiro.

Nesse sentido, a CNUDM traz possibilidades de intervenção pelo Estado ribeirinho (exceção ao princípio da

bandeira), por exemplo, quando ocorrer violação à proteção e preservação do meio marinho. Já nas demais áreas, por mais que exista “jurisdição” (com a vênia das críticas ao termo já tecidas acima), não é possível dizer que está presente a atividade judicante do Estado costeiro. Isso porque prevalece tão somente o princípio da bandeira da embarcação.

Diante disso, no tocante ao lugar de realização do delito, a regra é a de que somente há que se pensar em possibilidade de atração da jurisdição brasileira se o cometimento ocorreu em mar territorial. Ocorrendo em zona contígua, zona econômica exclusiva ou em alto mar, vigora o princípio da bandeira da embarcação, cabendo a cada um dos Estados a sua própria regulamentação.

Tratando-se da região que sai da linha de base brasileira até 12 milhas marítimas (mar territorial), se extrai duas hipóteses: crime ambiental realizado por embarcação brasileira ou realizado por embarcação estrangeira. Ora, não existem dúvidas de que em ambos os casos a competência para julgamento será do Brasil, no primeiro porque é território brasileiro e no segundo porque, apesar de existir o princípio da bandeira da embarcação, a própria CNUDM apresenta exceção para os delitos ambientais.

Por outro lado, em uma tentativa de resposta à pergunta inicial, é necessário realizar uma análise em relação aos sujeitos que cometem os delitos, ou seja, as embarcações e seus tripulantes. Nesse sentido, é preciso fazer uma divisão em relação aos crimes ambientais: os cometidos pelas embarcações brasileiras públicas e os cometidos pelas embarcações brasileiras privadas. Isso porque o próprio artigo 5º do Código Penal as diferencia.

Em relação aos delitos ambientais cometidos pelas embarcações brasileiras públicas, eles não só poderão, como deverão ser processados e julgados pelo Brasil em qualquer região marítima que estejam, mormente diante do fato de se tratarem de crimes de ação penal pública incondicionada. A única dúvida que pode surgir é se o crime pode ser imputado a pessoa jurídica de direito público, mas que necessita de um trabalho apartado para sua análise.

Por outro lado, o art. 5º, §1º do Código Penal dispõe expressamente que as embarcações privadas brasileiras somente poderão ser julgadas pela justiça brasileira quando se encontrarem em território nacional, em mar territorial ou em alto mar. Ademais, não se pode esquecer que deve haver julgamento por parte de país estrangeiro se o delito ambiental for cometido em seu mar territorial.

Diante disso, a única dúvida que pode restar é em relação aos crimes contra o meio ambiente cometidos pelas embarcações privadas brasileiras em zona contígua e zona econômica exclusiva brasileira ou estrangeira. Isso porque o artigo 5º do Código Penal é omissivo em relação a tais espaços (mencionando somente o alto mar), principalmente diante da data de sua feitura (1984)²³. E, nesse ponto, seria inviável realizar uma analogia, pois seria feita, obviamente, *in mala partem*.

Talvez, a busca por uma solução pode ser tentada no próprio Código Penal, em seu artigo 7º, vejamos:

²³ A Parte Geral do Código Penal brasileiro foi reformada em 1984 com redação dada pela Lei 7.209.

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...]

II - os crimes:

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (BRASIL, 1984)

Não se considerando a zona econômica exclusiva e a zona contígua espaços de território nacional, se tratam, por consequência, de locais *extraneus* (de fora). Nesse sentido, para que ocorra julgamento no Brasil, se torna necessário observar as minúcias do artigo 7º, §2º.

Entretanto, tal leitura não está afastada de toda e qualquer crítica. Afinal de contas, é cabível a interpretação de que a “jurisdição” exercida nesses espaços é limitada aos moldes da Convenção de Montego Bay, não existindo previsão para tratar da matéria criminal. Dessa forma, no cometimento de crimes, a zona

econômica exclusiva e a zona contígua constituem espaços internacionalizados e não territórios “estrangeiros” (como requer a letra “c” do art. 7º do Código Penal).

Portanto, a melhor saída para que esse problema é a reforma do Código Penal brasileiro, para que sejam incluídos os referidos espaços no artigo 5º, §1º, evitando a possibilidade de ocorrência de delito que não seja julgado por país algum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de soberania variou durante o caminhar da história. Os ideais de Jean Bodin e Hobbes, com a definição de *potestas absoluta*, já não vigoram mais. Entretanto, não existe consenso sobre o tema atualmente, mormente diante das necessidades mais recentes do Direito Internacional, com a criação jurídica das zonas marítimas, o espaço sideral e a Antártida.

A jurisdição é um dos poderes que decorre da soberania. A doutrina a conceitua como o poder-dever que o Estado possui de dizer o Direito no caso concreto, com fins de buscar a pacificação social, se valendo do processo. Porém, a aplicação da jurisdição se torna dúbia quando o próprio conceito de soberania não é unânime.

A Convenção de Montego Bay, também conhecida como Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, foi a responsável por estabelecer a criação dos conceitos de mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e alto mar. Entretanto, existe grande divergência na doutrina sobre as

características de cada um desses espaços criados juridicamente, principalmente no tocante à soberania do Estado.

A definição sobre o Estado responsável pelo julgamento de crimes ambientais cometidos no mar depende dos institutos da jurisdição e da soberania em cada espaço marítimo. Adotou-se, neste trabalho, o posicionamento de que somente existe Estado soberano na região de mar territorial.

Os crimes ambientais cometidos em mar territorial brasileiro podem ser julgados pelo Brasil independentemente da nação a que pertença a embarcação que o cometeu, tendo em vista a exceção ao princípio da jurisdição da bandeira estabelecido na Convenção de Montego Bay. É incontestado a jurisdição brasileira para o julgamento de delitos ambientais cometidos por embarcações brasileiras públicas e embarcações brasileiras privadas em alto mar. Por outro lado, existem dúvidas sobre o julgamento das embarcações privadas brasileiras que cometerem crimes ambientais na zona contígua e na zona econômica exclusiva, pelo que sugerimos sua inclusão de tais áreas no artigo 5º, §1º do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BEIRAO, André Panno. O braço estatal sobre o leito do mar. In: TOLEDO, André de Paiva; TASSIN, Virginie J. M. (orgs.). **Guia de navegação da biodiversidade marinha para além da jurisdição nacional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 99-128.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto Lei n. 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário oficial da União, Rio de Janeiro, 13 outubro 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto 1.530/95**. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de Dezembro de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto 99.165/90**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 8.617/93**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TOLEDO, André de Paiva. A proteção jurídica internacional da biodiversidade marinha. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 27, p. 31-62. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/924/531>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

VOIGT, Rüdiger. **Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o estado**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 02 mai. 2018

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

ZANELLA, Tiago V. **Manual de direito do mar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

**A EFICÁCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR NA TUTELA DO ARTIGO 55 DA LEI N.º
9605/98**

**THE EFFECTIVENESS OF THE ADMINISTRATIVE LAW
SANCIONADOR IN THE PROTECTION OF ARTICLE 55
OF LAW N.º 9605/98**

Thaís Aldred Iasbik²⁴

Francis de Almeida Araújo Lisboa²⁵

RESUMO: O artigo tem como escopo analisar a eficácia do Direito Administrativo sancionador na tutela da Lei n.º 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais), a partir de uma política ambiental preventiva, anterior ao acionamento do Direito Penal repressivo. Com o Direito Administrativo Sancionador, é possível descriminalizar certas condutas, como a prevista no artigo 55 da Lei de Crimes Ambientais, sem que se enfraqueça a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Como marco teórico, são utilizadas as ideias sustentadas por Helena Regina Lobo Costa sobre o papel do Direito Administrativo enquanto instrumento harmonizador adequado a apresentar resultados mais satisfatórios

²⁴ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC/MG. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDH (Belo Horizonte - MG). Integrante do Grupo de Pesquisa Tutela Penal Ambiental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6621155054874097>.

²⁵ Assistente Social - COPASA MG e advogada. Especialista em Métodos e Técnicas de elaboração de projetos sociais e em gestão de políticas sociais pela PUC/MG. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC (Belo Horizonte - MG). Integrante do Grupo de Pesquisa Tutela Penal Ambiental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6738122036031617>.

em termos de política ambiental. A hipótese mostra ser o Direito Penal repressivo incapacitado estruturalmente para lidar com assuntos ambientais. Como metodologia, é utilizada a pesquisa exploratória, com método dedutivo, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica, normativa e documental. As considerações finais apontam ser o Direito Administrativo, em sua esfera sancionatória, o meio mais efetivo de dar respostas para problemas advindos dos crimes ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de Perigo Abstrato; Norma Penal em Branco; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Direito Administrativo Sancionador; Mineração.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the effectiveness of administrative penalty law in the protection of Law n.º 9605/98 (Law on Environmental Crimes), based on a preventive environmental policy, prior to the activation of repressive criminal law. With the Sanctioning Administrative Law, it is possible to decriminalize certain conduct, such as that provided for in Article 55 of the Environmental Crimes Law, without weakening environmental protection in the Brazilian legal system. As a theoretical framework, the ideas supported by Helena Regina Lobo Costa on the role of Administrative Law as a harmonizing instrument are used to present more satisfactory results in terms of environmental policy. The hypothesis shows that repressive criminal law is structurally incapable of dealing with environmental issues. As a methodology, exploratory research is used, with deductive method, through bibliographic, normative and documentary research techniques. The final considerations point to the Administrative Law, in its sanctioning sphere, the most effective means of giving answers to problems arising from environmental crimes.

KEYWORDS: Abstract Hazard Crimes; Penal Code in White; Criminal Liability of the Legal Entity; Sanctioning Administrative Law; Mining.

INTRODUÇÃO

As mudanças capitalistas do fim do século XX foram decisivas para alterar a própria dinâmica econômica, as quais acentuaram as crises socioambientais, refletindo decisivamente nas relações entre o ser humano e o meio ambiente.

Vive-se, ao final da década de 2010, uma sociedade de risco, de insegurança, necessitando que se afeiçoem e se estendam as discussões em torno da questão do meio ambiente, assim como do papel do Direito Penal a respeito das novas demandas que lhe exigem soluções diferenciadas diante dessa peculiaridade.

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 ampliou, em seu artigo 225, a proteção ambiental para as searas não só cíveis, mas administrativas e penais, visando a manter o equilíbrio ambiental fundamental para a dignidade da pessoa humana. Consagrou a responsabilidade penal não só das pessoas físicas, bem como das pessoas jurídicas no §3º, trazendo à tona novos desafios na seara penal, tais como os crimes de perigo abstrato, as normas penais em branco, a responsabilidade das pessoas jurídicas e o papel do Direito Administrativo Sancionador.

Frente a essa realidade, este artigo tem como escopo analisar a eficácia do Direito Administrativo Sancionador na tutela do ambiente, a partir de uma política ambiental preventiva, anterior ao acionamento do Direito Penal repressivo.

Como marco teórico, são utilizadas as ideias sustentadas por Helena Regina Lobo Costa sobre o papel do Direito Administrativo enquanto instrumento harmonizador adequado a apresentar resultados mais satisfatórios em termos de política ambiental. A hipótese apontada mostra ser o Direito Penal repressivo incapacitado estruturalmente para lidar com assuntos ambientais.

Como metodologia, é empregada a pesquisa exploratória, com método dedutivo, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica, normativa e documental.

Em linhas gerais, das alterações sobre o Direito Penal provenientes da sociedade de risco, assim como do novo olhar do Direito Administrativo sancionador sobre condutas típicas de crimes de perigo abstrato, no caso do artigo 55 da Lei n.º 9605/98, ressalta-se a necessidade de um direito corretivo de condutas de menor potencial ofensivo, sem que se enfraqueça no Ordenamento Jurídico a proteção penal ambiental.

As considerações finais apontam ser o direito administrativo, em sua esfera sancionatória, o meio mais efetivo para dar respostas para problemas advindos de crimes de menor potencial ofensivo na Lei n.º 9605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

1. DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A ascensão do Capitalismo e sua incessante busca por lucros alcançou âmbito global. A sociedade e a sua ideologia de progresso incessante passam a colher os resultados de suas atividades. A todo instante é primada a celeridade e a possibilidade

de auferir lucros e, se em intervalos de tempo menores, melhor. Essa é a lógica de mercado (DEUS, 2015).

Os riscos que caracterizam a sociedade atual são decorrentes do progresso, fomentados por iniciativas humanas, que tendem a acompanhar a modernização e os interesses econômicos do mercado. As catástrofes ocasionadas no passado eram consideradas como obra do destino, no presente os riscos são criados pela espécie humana em sua corrida desenfreada pelo desenvolvimento (DEUS, 2015, p. 9).

[...] os riscos se mostram com um dantesco potencial destrutivo, afetando via de consequência uma infinidade de pessoas, uma vez que tem a capacidade de produzir efeitos que não permanecem vinculados ao tempo e ao seu surgimento. Os danos causados são ordenados e, na maioria dos casos, irreversíveis, e aumentam ainda mais sua capacidade danosa uma vez que a sociedade não se preocupa em evitá-los, mas tão-somente os detecta quando os vê concretizados (DEUS, 2015, p. 9).

Nesse sentido, frente à imprevisibilidade dos resultados das condutas adotadas pelos seres humanos, há complexidade em mensurar quando de fato alguma ação humana ensejará riscos ou não para a sociedade, o que igualmente dificulta garantir a proteção do bem jurídico tutelado (DEUS, 2015).

Com o surgimento desses “novos riscos”, observa-se que a cada instante mais nos afastamos da subsidiariedade da aplicação

do Direito Penal, e da ideia de “intervenção mínima”, ensejando, assim, na criação de diversos tipos penais que demonstram a expansão do Direito Penal (NETO, 2010, p. 209). Esse contexto da “sociedade de risco” demonstra um retrocesso, um retorno da lógica de punição e castigo, que vigorava anteriormente no âmbito penal (NETO, 2010, p. 210).

Nessa perspectiva, identifica-se o direito penal da sociedade de risco com a proliferação de delitos de perigo, ou seja, com a incriminação de condutas de risco, sem esperar a produção efetiva de danos, lesões ou de morte, para o que são erigidos a bens jurídico-penais aqueles cuja regulação e tutela se davam, noutros tempos, através de distintos ramos do direito, notadamente administrativo e civil (NETO, 2010, p. 212).

Nesse contexto de “Direito Penal da sociedade de risco” são tipificados diversos comportamentos, caracterizados como delitos de perigo abstrato, que demonstram “[...] a confiança no poder punitivo para proteger bens jurídicos” (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 17). Ressalta-se que o poder punitivo e o Direito Penal não se confundem. O primeiro pode ser definido como “[...] uma forma de coação estatal habilitada por normas jurídicas (criminalização primária) e executada por agências policiais (criminalização secundária) que, não raras vezes, agem em plena desconformidade com a lei (sistema penal subterrâneo)” (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 15). Já o segundo “[...] é expressão utilizada para designar ramo do saber jurídico que tem

como função limitar aquele poder” (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 16).

Quando se fala em sistema penal e qual a sua finalidade, logo se aponta a proteção dos interesses da sociedade como resposta. No entanto, tais “interesses” dificilmente teriam uma conceituação, uma vez que a multiplicidade e a diversidade de seres humanos não possibilitariam tamanha restrição em um único conceito.

Dessa forma, é possível asseverar que os interesses aptos a serem protegidos seriam pertencentes a uma pequena parcela da sociedade: a classe dominante (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 23). Tal fato “[...] deslegitima a assertiva de que o poder punitivo serve para proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade” (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 23), e desencadeia a reflexão sobre a prescindibilidade da expansão do Direito Penal, materializada na criação dos diversos tipos penais atinentes à sociedade de risco.

Diante da diversidade dos tipos penais criados em nosso ordenamento jurídico, principalmente no âmbito da tutela penal ambiental, e tendo em vista o dispositivo legal objeto de análise nesta pesquisa, qual seja, o artigo 55 da Lei n.º 9605/1998, na seção seguinte faz-se necessário abordar a temática concernente aos crimes de perigo abstrato.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O crime de perigo abstrato se trata de determinada conduta definida pelo legislador como um delito

independentemente de seu resultado ocasionar ofensa a um bem jurídico alheio (BOTTINI, 2013). Ainda nesse sentido, é acrescido que “[...] esses tipos penais são distintos dos demais porque neles o legislador deixa de indicar qualquer resultado naturalístico, descrevendo apenas o comportamento penalmente relevante. Por isso, são chamados por alguns como *crimes de mera conduta*” (BOTTINI, 2012, s.p, grifo do autor).

São considerados delitos de perigo abstrato os tipos penais em que apenas a conduta é descrita, sem menção alguma do resultado derivado da ação do agente. Tais tipos penais devem ser analisados pelos operadores do Direito com certa cautela, uma vez que é necessário observar se algum bem jurídico tutelado pelo Direito Penal foi afetado (BOTTINI, 2012, s.p). “Não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da *periculosidade* da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos” (BOTTINI, 2012, s.p, grifos do autor).

É possível asseverar que “[...] o Direito Penal tem como norte a *exclusiva proteção de bens jurídicos*” (BOTTINI, 2012, s.p, grifos do autor). Nesse mesmo sentido, conforme aponta Costa (2010, p. 64-65 *apud* PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014, p. 108), “[...] se o legislador está, de certo modo, mais livre para decidir, o juiz deve ter maior margem para apreciar esta decisão. Afinal, poder e legitimidade constituem uma relação de interdependência (Weber)”.

Nesse contexto, diante de um delito de perigo abstrato, faz-se necessário analisar se algum bem jurídico está sendo ofendido, uma vez que a concretização da mera conduta tipificada

por si só não representa ofensa alguma aos bens tutelados pelo Direito Penal.

O artigo 55 da Lei n.º 9.605/1998 trata de um delito de perigo abstrato, pois define como um crime ambiental “[...] executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida” (BRASIL, 1998). Assim sendo, é possível asseverar que o referido delito ambiental se trata de uma irregularidade administrativa, já que a conduta prescrita se refere à operação das atividades minerárias sem estar em conformidade com a esfera administrativa, ou seja, o órgão ambiental competente.

A maioria dos crimes ambientais previstos pela Lei n.º 9.605/1998 são de perigo abstrato (PAGLIUCA DOS SANTOS, 2014), o que demonstra a preocupação da matéria penal em descrever determinadas condutas como delituosas. No entanto, os resultados previstos ou esperados em decorrência da ação dos agentes ao praticarem os delitos não são previstos pelo nosso ordenamento jurídico.

Em outras palavras, os crimes de *perigo abstrato* são legítimos e constitucionais, desde que o magistrado se certifique de que, no caso concreto, aquele comportamento específico tinha *potencialidade* para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, que não era *absolutamente inócuo* (BOTTINI, 2012, s.p, grifos do autor).

No âmbito da sociedade atual, também denominada como “sociedade de risco” (BECK, 2010), observa-se que os delitos

de perigo abstrato se apresentam como ferramentas com o intuito de incidir sobre as condutas dos agentes, e não sobre as consequências dessas. O legislador utiliza determinado tipo penal como uma forma de se antecipar em relação aos riscos que determinada conduta pode ocasionar para a sociedade (BOTTINI, 2013). “A insegurança que acompanha estas condutas e a extensão da ameaça levam o legislador a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, pelos tipos penais de perigo abstrato” (BOTTINI, 2013, p. 92).

“A concessão de *status* penal aos interesses não individuais torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa” (BOTTINI, 2013, p. 94).

A tutela do meio ambiente, da ordem tributária, da saúde pública, da ordem política é de difícil concretização por crimes de resultado lesivo, e mesmo por delitos de perigo concreto, dada a abstração dos interesses protegidos. A constatação de lesão ao meio ambiente é complexa e sua realização pode ser contestada pelas diferentes teses que acabariam por dificultar a aplicação da norma. Já o emprego de tipos penais de perigo abstrato, nestes casos, facilita a inibição de condutas, justamente por prescindirem de qualquer resultado concreto para a aferição do tipo objetivo (BOTTINI, 2013, p. 94-95).

O Direito Penal utilizado como uma ferramenta asseguradora do princípio da precaução aumenta a incidência do poder punitivo, pois, diante das incertezas quanto à periculosidade do resultado das condutas adotadas pelo agente, a referida matéria passa a atuar de forma simbólica. Com o intuito de atender aos anseios da sociedade – que por ter determinada conduta tipificada em matéria penal tende a se sentir mais segura, como se o fato de criminalizar determinada conduta impedisse a sua concretização – o Direito Penal atua em consonância com os anseios da coletividade, abarcando novas temáticas, no entanto, sem efetivamente conferir proteção a bens jurídicos (HASSEMER, 1991 *apud* BOTTINI, 2013).

“A utilização indiscriminada da pena, direcionada a atos que nem sempre guardam evidente periculosidade, mas apenas geram insegurança na população, enfraquece o direito penal, e mitiga seu papel de inibição de condutas disfuncionais para a vida em comum” (BOTTINI, 2013, p. 219).

Para ser relevante para o Direito Penal é necessário que exista o risco. Não um risco desconhecido e imaginário, calcado no princípio da precaução, pois nesse caso as normas penais não terão incidência sobre as condutas determinadas. O risco pertinente à matéria penal é aquele baseado no princípio da prevenção risco conhecido, determinado, resultado que se espera como reflexo da prática de determinada conduta, já prevista por uma norma penal conhecedora dos riscos e prejuízos que o referido comportamento ocasionará para a sociedade (BOTTINI, 2013).

Tendo em vista a temática abordada nesta pesquisa, faz-se necessária a próxima seção, que tratará sobre a norma penal em

branco e sua relação com o conteúdo já apresentado em seções anteriores.

3. NORMA PENAL EM BRANCO

A técnica legislativa empregada na Lei n.º 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais), ao adotar uma série de condutas tipificadas como crimes ambientais, legitimou normas penais em branco e vários elementos normativos de tipo, outorgando a inúmeros preceitos incriminadores a necessidade de uma complementação por disposições jurídicas diversas. Isso, de certa forma, feriu o cerne do direito penal, sua legalidade, princípio que lhe é tão caro e constitucional. Esse princípio “[...] impende que matéria penal seja veiculada por outro instrumento que não a lei em sentido formal, produzida pelos órgãos habilitados constitucionalmente” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 203 *apud* RIBEIRO; COELHO, 2016, p. 147).

Nesse sentido, as leis penais em branco se tornaram – em termos penais ambientais – necessárias visando à completude de descrições normativas que esbarrariam nos limites das elaborações de leis ordinárias e complementares e, no entanto, necessárias para suprir insegurança jurídica causada por tais indefinições.

As normas penais em branco foram empregadas primeiramente por Karl Binding, o qual demonstrou que as normas penais, apesar de terem suas sanções bem delimitadas, eram imperfeitas. Faltavam-lhe um dispositivo normativo para sua completude. Ele separava a lei da norma, sendo esta criadora do ilícito e aquela, o resultado (BUSATO, 2013).

Para Prado (2011), as normas penais possuem sanção precisa, mas, de conteúdo indeterminado, o qual deve ser integralizado por ato de origem legislativa ou administrativo extrapenal. Tal fato coaduna com as condutas tipificadas na Lei de crimes ambientais, mais precisamente o foco do presente estudo. Seu artigo 55 prescreve: “[...] executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida [...]” (BRASIL, 1998), tal prescrição remete às leis de licenciamento ambiental e mineração.

Segundo Silva (2004), as normas penais em branco possuem as seguintes características, quais sejam: tipificam os delitos; especificam a matéria proibitiva; a norma de complementação não objetiva explicar a principal e, sim, complementar a norma sancionadora; e a remissão é essencial da norma penal em branco, seja ela tácita ou expressa.

As normas penais também se distinguem em tipos fechados e abertos. Os primeiros são completos e nos abertos se encaixam as normas penais em branco, as quais buscam seus complementos fora da própria norma. Há também quem distingue a lei penal em branco em sentido amplo e estrito, sendo a primeira complementada pela mesma instância legislativa – e chamada de imprópria que, por sua vez, dividem-se em homólogas em que o complemento vem do mesmo documento legal, e heterólogas, a qual necessita de complemento advindo de documento legal diverso; e a segunda, por instância alheia, geralmente administrativa por meio de atos, portarias, resoluções, decretos (GRECO, 2015).

Importante destacar a diferença entre normas penais em branco e os tipos penais abertos, pois esses são complementados pelo juiz, já as normas penais em branco são complementadas por outros dispositivos, pois possuem conteúdo impreciso.

As normas penais se diferenciam também dos elementos normativos do tipo, pois esses compõem o tipo penal e se valem de valoração jurídica ou ética, sua complementação acontece por meio da existência ou não de violação do dever ou não de agir em relação às regras legais e culturais.

Há no Direito Ambiental muitos elementos do tipo como os presentes no artigo 55 da Lei dos Crimes ambientais em foco, a presença de “licença”, “concessão”, “permissão”, “autorização”, ou seja, alguns atos autorizativos que demandam juízos de valor. Complementando essa ideia, segundo Mirabete (1999, p. 49), “as normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto”.

As normas penais em branco coadunam com a predisposição atual de administrativização do Direito Penal que, de início, ofenderia o princípio da legalidade, mas, lado outro, potencializaria a atuação junto a crimes ambientais de menor potencial ofensivo. Nesse caso, procedimentos administrativos podem resolver o problema e evitar danos irreversíveis e de difícil reparação ao meio ambiente, como no caso de mineração (SANTOS, 2006).

Nesse sentido, fica evidente que as normas penais em branco, em matéria ambiental, são extremamente comuns, visto

que, em sua grande maioria, necessitam de complementos tanto ambientais quanto penais, em virtude de seu caráter interdisciplinar. Tal fato garante sua ligação com o Direito Administrativo (GRECO, 2015).

Ao recorrer ao Direito Administrativo, a complementação das normas penais em branco poderá evitar arbitrariedades no momento da criminalização do tipo, não desrespeitando o princípio da legalidade, e, sim, ressaltando a função maior da norma penal em branco na seara ambiental: a de proteger o bem jurídico supraindividual meio ambiente.

Na defesa do meio ambiente, há necessidade de complementação da lei penal em branco, mediante ato administrativo. A lei é estática; e o meio ambiente é dinâmico. Se se pretende proteger o meio ambiente, é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível.

Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada. “[...] E por ato administrativo emanado por órgãos ambientais integrantes do SISNAMA é que melhor se protegerá a espécie silvestre ameaçada.” (SIRVINSKAS, 2002, p. 41-42).

Assim, entende-se que, dentro da tutela penal ambiental, os complementos administrativos cumprem um relevante papel na aplicação da lei, considerando-se a dinamicidade do Direito Ambiental, não ferindo a legalidade penal.

Diante dessas observações, passa-se, na seção seguinte, ao tratamento do tema responsabilidade penal da pessoa jurídica, diretamente ligado ao artigo proposto. Sabendo que a exploração dos recursos minerais é, em sua grande maioria, realizada por

pessoas jurídicas, faz-se necessário debater sua responsabilidade na seara penal.

4. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) determina em seus artigos 22, inciso XII e 23, inciso XI, a competência da União para legislar sobre recursos minerais e a competência administrativa para fiscalizar, acompanhar e registrar sobre concessão de pesquisa e exploração de recursos minerais comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios, pois são interessados diretos no resultado de tal exploração. Nesse sentido, compete aos entes federativos o monitoramento, bem como a fiscalização e punição. Para tanto, legislações foram criadas para sua efetiva administração, as quais serão esmiuçadas na seção seguinte.

Lado outro, a mesma Constituição, em seu artigo 170, prescreve os princípios gerais da ordem econômica, defendendo uma sociedade livre, justa e igualitária por meio da iniciativa privada, da livre concorrência e da propriedade privada. Junto ao artigo 250, garante a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que reflete nas atividades econômicas consumidoras de recursos minerais.

Para garantir o desenvolvimento sustentável em qualquer empreendimento de grande impacto socioambiental, vários instrumentos foram criados, dentre eles o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA),

visando a proporcionar um pleno crescimento econômico, uma efetiva proteção ambiental e eficaz equidade social.

Por se tratar de uma atividade que muitas das vezes está ligada a grupos econômicos, e devido a sua necessidade de tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto bem supra individual, o artigo 225, em seu §3º, passa a promover a responsabilidade não só civil e administrativa como também penal das pessoas físicas e, no caso em questão, a extensão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O artigo 173, §5º, também prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica em delitos econômicos, deixando irrefutável a opção do legislador constituinte pela responsabilização penal das pessoas jurídicas (PRADO, 2011).

No âmbito ambiental, após várias divergências doutrinárias – que não é foco desta discussão – foi ratificada na Lei n.º 9605/98 (Leis de Crimes Ambientais), em seu artigo 3º, o seguinte:

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.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (BRASIL, 1998).

A pessoa jurídica, ao ser responsabilizada, deve preencher os seguintes requisitos: ter personalidade própria, capaz para contrair direitos e deveres; e que sua atuação tenha intenção social, jurídica ou econômica, diferenciando-se da pessoa física, que possui atribuições pessoais e não coletivas. Ao exprimir sua vontade, ela o faz em nome do coletivo, de um consenso em prol do interesse da pessoa jurídica, caso dos empreendimentos econômicos, do lucro.

Conforme supracitado em seu §3º, a lei de Crimes Ambientais prescreve que a responsabilização da pessoa jurídica pelos delitos contra o meio ambiente, passa pelos pressupostos do cometimento por seus representantes legais, contratuais ou órgão colegiado em benefício e interesse da pessoa jurídica. Assim, resta evidente que a reponsabilidade penal, ao contrário da civil e administrativa, é subjetiva, podendo ocorrer a dupla imputação da pessoa jurídica e física (PRADO, 2011).

A Lei de Crimes Ambientais prevê em seus artigos 21, 23 e 24 as penas de multa, a restritiva de direitos, e de prestação de serviços à comunidade, assim como suas especificações, que podem ser aplicadas conjunta, isolada e alternadamente, tendo o caso concreto como o parâmetro de aplicação. Podendo ao final ocorrer à desconsideração da personalidade jurídica caso essa seja empecilho para os prejuízos causados ao meio ambiente.

Nesse sentido, pode-se inferir que a responsabilização da pessoa jurídica visa tão somente o caráter educativo, retributivo e preventivo de manter a sustentabilidade ambiental. Portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é mais uma ficção na realidade brasileira, sendo a cada dia eficiente na repressão dos

delitos ambientais e, no caso em questão, nos delitos ligados à extração mineral.

5. MINERAÇÃO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) contempla, em sua estrutura, dentre outros elementos da organização do Estado Brasileiro, os objetivos da República, dentre os quais se destaca o da garantia do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, além das diretrizes fundantes da ordem econômica, estabelece as bases para a garantia do progresso econômico e social, definindo bens e atividades de interesse nacional, atribuindo sua titularidade à União.

As substâncias minerais, tal como definidas pelo artigo 4º, do Decreto-Lei n.º 227/1967 (Código de Minas), são consideradas bens de domínio da União, nos termos do artigo 20, IX, da CF/88. A opção evidencia a relevância ao desenvolvimento nacional das atividades associadas à exploração mineral, cujos produtos viabilizam todas as cadeias de ações que tornam possíveis a sobrevivência da humanidade, conforme entendimento sustentado pela Advocacia Geral da União (2006).

No mesmo passo em que as atividades minerárias são contempladas pelo texto constitucional em razão da sua essencialidade, há o expresse reconhecimento no igual nível quanto à sua potencialidade degradadora do meio ambiente, a teor do disposto no artigo 225, § 3º, da CF/88.

Nesse aspecto, por se tratar de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, as atividades

associadas à mineração estão sujeitas ao estudo prévio de impacto ambiental, conforme hipótese constante no artigo 225, § 1º, IV, da CF/88. Essa específica previsão constitucional corresponde a uma das obrigações estabelecidas a fim de garantir a incolumidade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A CF/88, ao dispor dessa forma, recepcionou as previsões da já existente Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), estabelecida pela Lei Federal n.º 6.938/1981. Nesse sentido, o desenvolvimento de atividades potencialmente poluidoras encontra-se sujeito à avaliação de impactos ambientais, bem como ao licenciamento ambiental, assumidos pela referida lei como instrumentos da PNMA. A literatura, nesse aspecto, corrobora o entendimento segundo o qual o estudo de impacto “[...] se faz necessário para todas as atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, que, em graus diferenciados, possam causar o desequilíbrio ecológico” (FIORILLO; COSTA, 2012, p. 19).

Observa-se que, em função do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ordem jurídica autoriza o Poder Público a condicionar o exercício de qualquer atividade potencialmente poluidora à avaliação de impactos e ao licenciamento ambiental, no sentido de compatibilizar o desenvolvimento econômico e social, com a preservação da qualidade ambiental, bem como com o equilíbrio ecológico, conforme dicção do artigo 4º, I, da Lei Federal n.º 6.938/1981. Essa ação é designada pela ordem jurídica vigente como Poder de Polícia, o qual é definido pelo Código Tributário Nacional como:

[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos [Sic] (BRASIL, 1966, s.p.).

Seguindo-se o passo constitucional, além do controle sobre as atividades potencialmente poluidoras, a CF/88 estabelece a obrigação do minerador de reparar os danos causados ao meio ambiente, reforçando a natureza degradadora inerente à atividade minerária. Nesse sentido, a literatura aponta que, embora seja inevitável o dano decorrente das atividades minerárias, há o dever de repará-lo (FIORILLO; COSTA, 2012, p. 18).

Esse complexo de ações decorrentes da normatização constitucional sobre a matéria minerária e ambiental, em virtude da relevância, haveria de refletir dentro da escala jurídico-normativa brasileira, em graus diferenciados da responsabilização em virtude de possíveis transgressões. A PNMA já sinalizava nesse sentido, a teor do disposto no artigo 14 da Lei Federal nº 6.938/1981, que estabeleceu a trílice responsabilização, a depender da natureza, abrangência e gravidade da infração, podendo cumular-se nas esferas administrativa, cível e penal. Esse

modelo veio a ser recepcionado pela CF/88, de acordo com a previsão constante do artigo 225, § 3º.

A responsabilização cível por danos ao meio ambiente em decorrência da atividade minerária, além da regra geral, é objeto de disposição especial no sentido da recuperação do ambiente degradado. A matéria, nesse aspecto, também encontra respaldo legal no Código Civil, que dispõe sobre a reparação dos danos morais e materiais decorrentes de atos praticados em desacordo com a ordem vigente.

A responsabilização administrativa, por sua vez, tende a ser mais abrangente, englobando também fatos puníveis no âmbito penal e cível, podendo assumir aspectos diferenciados de acordo com as regras de cada ente federativo, tendo em vista a competência comum, atribuída pelo artigo 23 da CF/88. Em linhas gerais, tem-se como exemplos de condutas infracionais em âmbito administrativo aquelas descritas no capítulo VI, da Lei Federal n.º 9.605/1998.

Por sua vez, a responsabilização criminal – e em virtude da competência privativa da União, definida pelo artigo 22, I, da CF/88 – é disciplinada principalmente pela Lei Federal n.º 9.605/1998, em cujo capítulo V descreve os tipos infracionais considerados de maior gravidade, puníveis com penas privativas de liberdade, além de outras penalidades alternativas ou acessórias.

O empreendimento minerário, em tese, é potencial agente de qualquer dos crimes arrolados na Lei n.º 9.605/1998, tendo em vista que, além das figuras de risco abstrato, interferem no meio natural, podendo resultar em impactos sobre a fauna, flora, solo, ar

e recursos hídricos. O objeto do presente tópico, entretanto, tem como foco o licenciamento ambiental das atividades minerárias.

A princípio, a figura delitiva correspondente à ação minerária desprovida de licença ambiental, bem como de omissão de recuperar o ambiente degradado, é aquela prevista no artigo 55, da Lei Federal n.º 9.605/1998, que descreve múltiplas condutas relacionadas a figuras abstratamente descritas:

Art. 55. 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 (BRASIL, 1998, s.p.).

Inobstante, conforme mencionado, o minerador que pratica ato para o qual caiba autorização específica, ou promove qualquer dano sobre os recursos naturais, está sujeito a penalidades próprias, ainda que disponha de licença ambiental, sendo independentes as infrações apontadas como crime.

A figura descrita no artigo 55 da Lei Federal n.º 9.605/1998, apesar de descrever ações inadequadas, caracteriza-se como norma penal em branco, que depende de regulamento descritivo das atividades que se sujeitam ao licenciamento

ambiental. Desse modo, em virtude das competências definidas pela Lei Complementar Nacional n.º 140/2011, a figura criminal em comento dependerá de ato normativo emanado pelo ente competente para licenciar, a fim de que seja ele configurado no caso concreto.

Nesse sentido, conforme se abstrai do Código de Minas, a pesquisa mineral nem sempre depende de licença ambiental específica, salvo se representar potencial de impacto relevante sobre o meio. Assim, a exemplo da hipótese prevista no artigo 32 da Lei Federal n.º 11.428/2006, qualquer atividade minerária que implique a supressão de vegetação nativa em área de domínio da Mata Atlântica dependerá de prévio licenciamento ambiental, instruído de estudo de impacto ambiental, independentemente da caracterização da atividade.

A hipótese penal, portanto, está condicionada à existência de norma específica, devendo estar definida em lei ou regulamento, sendo também caracterizada como infração administrativa. Nesse contexto, passa-se ao tópico seguinte, ao qual adentramos no direito administrativo sancionador, a fim de melhor caracterizar essa modalidade de responsabilização ambiental.

6. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO FORMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL EM CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Analisar a conduta prescrita no artigo 55 da Lei n.º 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais) sob a ótica do direito administrativo sancionador não desmerece o papel do direito penal

na tutela do meio ambiente; pelo contrário, busca agilizar respostas efetivas e céleres para uma resposta a certos desvios que, no âmbito administrativo, produzirão um ajustamento mais rápido em crimes de menor potencial ofensivo, evitando que chegue a uma demanda muitas vezes irreparável ao âmbito penal.

Conforme Greco (2006), o direito penal faz uso do direito administrativo como complemento às suas normas penais, utilizando de suas expressões e conceitos, visando à completude da lei. Mas, a prática mostra que, em determinados delitos, principalmente os ambientais, o direito administrativo sancionador se mostra mais efetivo, visto que o direito penal, ainda na sua versão *ultima ratio*, repressiva, fragmentária, possui dificuldades em lidar com a proteção de bens supra individuais como o meio ambiente. Nesse sentido,

além das sérias dificuldades de legitimidade, da inadequação da estrutura do direito penal para lidar com questões ambientais e da despolitização, individualização e descontextualização de problemas cuja origem é precipuamente social, a insistência no uso do direito penal na esfera ambiental - com exceção de pouquíssimas hipóteses - também estorva o funcionamento de um sistema administrativo sancionador (COSTA, 2010, p. 184).

Historicamente, o direito administrativo sancionador tem seu marco na Europa na segunda metade do século XX com a separação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Seu intuito

era demarcar o poder do Estado, deixando à seara penal os ilícitos que demandassem maiores sanções, sendo o direito administrativo sancionador um nivelador de condutas, deixando a ele a tarefa residual (OLIVEIRA, 2012).

Esse cenário se modifica com a Segunda Guerra Mundial, a partir da necessidade de se criarem políticas de bem-estar social (*Welfare State*), o que reforça a necessidade do direito administrativo para normatizar certas regras de conduta. Segundo Oliveira (2012, p. 90), “o maior ou menor recurso ao Direito Administrativo, neste cenário, decorre de uma opção ideológica do Estado, mais ou menos intervencionista e protetor de bens jurídicos coletivos, que se instrumentalizam pela via das sanções administrativas”. Verifica-se, também, de acordo com a autora, uma restrição do papel do direito penal no período bélico, descriminalizando algumas condutas de menor potencial ofensivo por meio de regras criadas para o direito administrativo sancionador. Tais condutas marcam as legislações penais pós-guerra.

Nesse contexto, a teoria do Direito administrativo sancionador surge na Alemanha, inicialmente, como reação a hipertrofia do Direito penal acessório, sobretudo, no campo econômico, e em compasso com as tendências descriminalizadoras. Este processo, como veremos, faz parte do amplo movimento de descriminalização operado na década de setenta, sob os influxos da teoria penal garantista [...] (OLIVEIRA, 2012, p. 91).

Portanto, observa-se historicamente que há uma troca de funções entre o direito penal e o direito administrativo, de acordo com o interesse estatal. Em fins da década de 2010 se percebe uma interconexão e complementação entre ambos, não tirando a importância do direito penal na criminalização de condutas criminosas, mas, lado outro, utilizando das normas do direito administrativo sancionador como forma de reforço do direito penal e não sua descriminalização.

Realizadas as considerações sobre a interface histórica entre direito administrativo e direito penal, cumpre, nesse momento, refletir sobre a dinâmica do direito administrativo na tutela do meio ambiente.

Pelo fato de o Brasil ser um país de grandes riquezas minerárias, seu modelo de exportação acentuou a degradação ambiental, bem como suplantou normas administrativas de proteção. A CF/88 muda o perfil ambiental do Brasil. O discurso preservacionista transforma a conduta do Estado em relação ao extrativismo; não se tem a intenção de evitar o desenvolvimento, mas, sim, de garantir a solidariedade intergeracional. Para tanto, as responsabilizações penal, administrativa e civil passam a ser contempladas como forma de repressão, prevenção e reparação dos danos causados pela ação do homem sobre o meio ambiente.

Nesse intuito, o direito administrativo sancionador no que tange à tutela ambiental torna-se um instrumento legítimo de nivelamento de condutas de menor potencial ofensivo, como no caso em tela do presente artigo, no Estado Democrático de Direito.

Importante destacar que o direito administrativo sancionador não desmerece o papel do direito penal, mas é apenas um instrumento na luta pela defesa do meio ambiente, sendo, em alguns casos, suficiente para reprimir e corrigir práticas abusivas contra o meio ambiente, sendo a aplicação de sanções uma forma eficaz e preventiva na repressão dos crimes ambientais (COSTA, 2010). Portanto,

[...] cumpre ressaltar, mais uma vez, a importância de se desenvolver ou aperfeiçoar atuações, políticas e mecanismos não sancionatórios, voltados à prevenção de danos ambientais. E, nesse sentido, muito mais relevante do que reestruturar nosso sistema administrativo é proceder a uma ampla descriminalização, afastando-se as ilegitimidades e os efeitos contraproduzidos do direito penal ambiental e abrindo-se caminhos para novas formas de tratamento da questão (COSTA, 2010, p. 245).

A dependência do direito penal ao direito administrativo na Lei de Crimes Ambientais é evidente e inarredável. Portanto, fazer uso do direito administrativo sancionador em crimes de perigo abstrato e de menor potencial ofensivo pode ser tornar um instrumento não de enfraquecimento do direito penal, mas de efetividade de sua vertente preventiva diante de um bem que requer atitudes imediatas, favorecendo a celeridade e transparência no trato das questões ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço da tecnologia e a busca pelo progresso, ao mesmo passo em que são desenvolvidos inúmeros mecanismos propícios a contribuírem de forma positiva com a sociedade, esta também se torna refém dos reflexos de suas consequências, por muitas vezes desconhecidas.

Frente a esse cenário de riscos, em que a sociedade se encontra inserida, surgem o medo e a insegurança em relação ao novo, ao desconhecido. Assim a coletividade passa a buscar amparo no Estado, como fonte de possível mitigação e resolução de todos os males que possam incidir sobre ela.

O Estado, por sua vez, para a atender aos anseios da sociedade, dá causa à expansão tanto do Direito Penal como do poder punitivo, criando diversos tipos penais, considerados delitos de perigo abstrato, principalmente no tocante à proteção ambiental, condutas que, por si só, são definidas como ilícitas, independentemente de danos ou riscos que a sua concretização enseje com o resultado delas advindo.

Portanto, o Direito Penal exerce uma função simbólica, afastado dos riscos que ele deve tutelar para proteger os interesses da sociedade. Por isso, expande seu campo de atuação a condutas que sequer apresentam um bem jurídico a ser protegido, que poderia ser solucionado por outras vias que por vezes apresentar-se-iam até como mais efetivas, apenas com o intuito de atender aos anseios da sociedade, como se a criminalização dessas referidas condutas impedisse que elas se concretizassem na situação fática.

A Lei n.º 6905/98 (Lei de Crimes Ambientais), ao mesmo tempo em que apresenta seu conteúdo em consonância com o preceito constitucional do artigo 225, §3º, no que tange à atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica, expõe suas inúmeras imprecisões, o que fez da técnica da norma penal em branco necessária para a tutela penal ambiental. Isso porque, em face do bem jurídico supraindividual como o meio ambiente, as complementações administrativas são relevantes.

As lacunas legislativas presentes na Lei de Crimes Ambientais, embora órfãs de mais esclarecimentos, representam um avanço técnico em relação à proteção ambiental. A utilização do Direito Administrativo sancionador tem sido, em casos como o do artigo 55, o mais afeito, devido ao seu caráter muitas vezes preventivo diante de posturas contraproducentes em termos de promoção, proteção e recuperação do Direito Penal.

As normas referentes à proteção ambiental, dentre elas, as Leis de Crimes Ambientais, devem buscar o intento preventivo na seara penal, embora sua essência seja repressiva, pois em matéria ambiental a prevenção é mais eficaz que a punição.

Nesse sentido, em uma sociedade em constante mutação, negar a eficácia das normas penais em branco e do próprio Direito Administrativo sancionador é colocar em risco a própria dignidade humana por meio da negligência em relação à tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). Direitos minerários a onerar área objeto de criação de unidade de conservação [...]. Parecer jurídico PROGE n.º 145/2006-CCE-JMO, de 14 de julho de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 out. 2006. Disponível em: http://www.anm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/pareceres/pareceres-proge/parecer_proge_145_2006.pdf/view>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. 384p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo Abstrato não são de mera conduta**. Maio 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 252p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Lehyuji n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei n.º 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Lei n.º 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm>. Acesso em 30 jun. 2018.

_____. Lei Complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEUS, Jardel Sabino de. **Os direitos fundamentais, a sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada**. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista042/OS_DIREITOS_OS_FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; COSTA, Beatriz Souza. Tutela Jurídica dos Recursos Ambientais Minerais vinculada ao conceito democrático de Segurança Nacional. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 9, mar. 2013. Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/332/220>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de Risco, Direito Penal e Política Criminal. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7385/6515>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **O direito de intervenção e o direito administrativo sancionador**: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Faculdade de Direito (USP), São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

PAGLIUCA DOS SANTOS, Thiago Pedro. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; COELHO, Ariadne Eloise. Leis Penais em branco no direito penal ambiental: a (in) compatibilidade entre princípios constitucionais e o bem jurídico protegido. *In*: GUARANI, Fábio André; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Direito penal e Constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 141-159. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/Bm3F5yD3SfhQ2kA6.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

DOS REFLEXOS PENAIS DO TERMO DE AJUSTAMENTO
DE CONDUTA E DO TERMO DE COMPROMISSO
AMBIENTAL APÓS A RESOLUÇÃO N. 181 DO CNMP

OF THE PENAL REFLECTIONS OF THE TERM OF
ADJUSTMENT OF CONDUCT AND OF THE TERM OF
ENVIRONMENTAL COMMITMENT AFTER CNMP
RESOLUTION N. 181

Karina Freitas Chaves²⁶
Aflaton Castanheira Maluf²⁷

RESUMO: O objetivo do presente artigo consistiu em elaborar um raciocínio lógico-argumentativo consistente para se demonstrar a relevância da tese conclusiva, qual seja, a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e do Termo de Compromisso Ambiental é de acordo de não persecução penal caso o fato que ensejou a celebração do termo respectivo constitua crime previsto na Lei n. 9605\1998. Se houver o cumprimento integral do acordo firmado via TAC, TCA ou no próprio acordo de não persecução penal, cabe ao Ministério Público cumprir sua parte, isto é, a promoção de arquivamento da investigação criminal, caso exista, ou apenas se abster de interpor a ação penal em decorrência do cumprimento do TAC ou do TCA. Desde já, evidencia-se a árdua tarefa a que o presente trabalho se propõe, visto que este vai

²⁶ Promotora de Justiça no Estado do Maranhão e Mestranda em Direito da Escola Dom Hélder Câmara, na área de “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável”. Endereço para Lattes : <<http://lattes.cnpq.br/1985119868444181>>

²⁷ Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca – UNIFRAN- SP, Doutor em Função Social no Direito Constitucional pela FADISP-SP e Mestrando em Direito da Escola Dom Hélder Câmara, na área de “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável”. Endereço para Lattes : <<http://lattes.cnpq.br/4170730218073942>> .

de encontro às sólidas doutrina e jurisprudência acerca do tema. Foram utilizadas neste artigo as metodologias teórica, descritiva, exploratória e interdisciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Termo de Ajustamento de Conduta. Termo de Compromisso Ambiental. Acordo de não persecução penal. Cumprimento do acordo. Impossibilidade de persecução penal.

ABSTRACT: The objective of present article consisted in elaborate a logical-argumentative reasoning, consistent to determine the relevance of the conclusive thesis, that is, the legal nature of the Term of Adjustment of Environmental Conduct (TAC) and the Term of Environmental Commitment (TEC) of Non-Persecution Agreement Criminal Case the fact that of the term constitutes a crime provided for in Law no. 9605 \ 1998. If there is full compliance of agreement signed by TAC, TEC or according to the criminal law, public ministry will perform its action in archiving the criminal investigation. If it exists, or only refrain from bringing a criminal action as a result of compliance TAC or TCA. From now on, it is evident the arduous task that the present work is proposed, since it goes against the solid doctrine and jurisprudence on the subject. This article was used as theoretical, descriptive, exploratory and interdisciplinary methodologies.

KEYWORDS: Conduct adjustment Term. Term of Environmental Commitment. Agreement of non-prosecution. Compliance with the agreement. Impossibility of criminal prosecution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e o Termo de Compromisso Ambiental desoneram a persecução penal pelo Ministério Público e se houve

reflexo dos acordos citados na seara criminal após a edição do art. 18 da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Num primeiro momento apresentam-se os conceitos de TAC e TCA e a respectiva previsão legal dos institutos, assim como a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Demonstra-se que há duas correntes bem delineadas: uma que advoga que a realização e o cumprimento do TAC e do TCA impedem a persecução penal, variando apenas o fundamento entre os autores e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, e outra que afirma que a celebração do TAC ou do TCA não interfere no âmbito penal em razão da independência das esferas civil, administrativa e penal. Em seguida, propõe-se uma releitura dos reflexos penais do TAC e do TCA após a previsão do acordo de não persecução penal no nosso ordenamento.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal é explorado de forma sucinta, mas satisfatória para o objetivo deste trabalho. Além disso, demonstra-se sua mitigação em várias situações, sendo uma delas o novo instrumento processual penal: o acordo de não persecução.

Após, analisa-se o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, os requisitos previstos para a realização do acordo de não persecução penal e os casos que vedam sua aplicação. Defende-se que os atores judiciais devem estar atentos à teoria da aplicabilidade dos princípios e das regras para interpretar o novo instituto, visando a uma racionalidade comunicativa de todo o sistema jurídico.

Por fim, sustenta-se que a natureza do TAC ambiental e do TCA que tenha como objeto fato tipificado como crime na Lei n. 9605\1998 é de acordo de não persecução penal, portanto, é irrelevante doutrina e jurisprudência continuarem divergindo sobre o tema, haja vista que, se o acordo fora realizado e integralmente cumprido – seja via TAC, TCA ou acordo de não persecução penal –, há falta de interesse processual na deflagração da persecução penal. A presente pesquisa convida o acadêmico para uma reflexão a respeito dos instrumentos que já existem no nosso ordenamento jurídico (TAC e TCA) em conjunto com o novo instituto previsto no art. 18 da resolução supracitada.

Para desenvolver o presente trabalho, foi utilizada a metodologia teórico-jurídica exploratória, com técnica de pesquisa de fontes bibliográficas do Direito em geral. Para tanto, trabalha-se com a doutrina em suas variadas vertentes, passando pelo direito penal, pelo processo penal e pelo constitucional. O objetivo é construir um raciocínio lógico-argumentativo consistente a fim de demonstrar a conclusão a que o artigo se propõe: a natureza de acordo de não persecução penal do TAC e do TCA após o advento do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP.

1. DO REFLEXO PENAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E TERMO DE COMPROMISSO AMBIENTAL ANTES DO ART. 18 DA RESOLUÇÃO N. 181 DO CNMP: CONTROVÉRSIA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um instrumento com força de título executivo extrajudicial que visa adequar a conduta do infrator às exigências legais, além de, se necessário, reparar o dano causado e/ou cessar a atividade irregular. Pode ser celebrado, como dispõe o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7347/1985 (BRASIL, 1985), entre os órgãos públicos legitimados e as pessoas físicas ou jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, não havendo restrição para ser legitimado passivo no TAC.

Na seara ambiental, é comum a celebração do TAC por este ser um meio rápido e eficaz de reparar o dano e cessar uma atividade de risco iminente ao meio ambiente. Evita-se, assim, a propositura de Ação Civil Pública que, em geral, tarda na finalidade preventiva e reparadora do dano.

Preleciona Camila Gomes Delalibera sobre o TAC, em artigo publicado na *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, que:

Por meio da concordância implícita do causador da situação contrária ao direito, quanto à ilicitude de sua conduta, este assume obrigações com o fito de reparar integralmente o ilícito ou o dano, estabelecendo-se, em conjunto com o órgão

público legitimado à tomada do compromisso, as condições de tempo, modo e lugar para o adimplemento das prestações constantes do ajuste. (DELALIBERA, 2012, p. 75)

A Medida provisória 2.163-41\2001 (BRASIL, 2001) inseriu no ordenamento jurídico mais um instrumento para a proteção do meio ambiente, ao estabelecer no art. 79-A na Lei n. 9605\1998 (BRASIL, 1998) o Termo de Compromisso Ambiental (TCA) nos seguintes termos:

Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (BRASIL, 2001)

Há uma celeuma na doutrina e na jurisprudência sobre o TAC ou o TCA desonerarem ou não o Ministério Público de interpor ação penal caso a conduta praticada e o objeto do acordo constituam também um fato típico, ilícito e culpável.

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, em *Legislação especial criminal*, trazem uma detalhada pesquisa sobre a posição da doutrina em relação ao art. 79-A da Lei n. 9605\1998 e sustentam que o cumprimento integral do TAC ou do TCA “acarreta a falta de justa causa para a ação penal” (GOMES; SANCHES, 2016). Para Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 958), a celebração do TCA afeta o dolo ou a culpa e também pode servir de “obstáculo à propositura da ação penal, por falta de justa causa. Depende, pois, da análise do caso concreto”. Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto (2016) também entendem que falta justa causa para a ação penal. Já para Gilberto Passos de Freitas (2016), o acordo firmado é causa supralegal extintiva da punibilidade. O magistrado José Luiz de Moura Faleiro (2016) afirma que o acordo – seja através do TAC ou do TCA – é causa supralegal de exclusão da ilicitude. Diferentemente de José Roberto Marques (2016) que sustenta que “a reparação do dano, antes ou durante a ação penal, não acarreta a extinção da punibilidade nos delitos ambientais”.

Portanto, há na doutrina duas posições bem delineadas: uma advoga que o TAC ou o TCA impedem a ação penal, variando apenas o fundamento entre os autores; outra afirma que a celebração do TAC ou do TCA não interfere no âmbito penal em razão da independência das esferas civil, administrativa e penal.

Em relação à jurisprudência, esta também não é pacífica nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal (STF), no Habeas corpus n. 92.921/2008 (BRASIL, 2008), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu que, caso o ilícito permaneça após a realização do TAC, a punibilidade não estaria

extinta. A contrário sensu, por interpretação lógica, o cumprimento integral do TAC acarreta a extinção da punibilidade, inviabilizando a ação penal.

Para melhor visualização da tese adotada pelo STF no referido Habeas corpus, transcreve-se trecho do acórdão:

No que tange à alegação de dupla persecução relativamente aos mesmos fatos, anoto que, embora exista nos autos prova de que foi cumprido Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público Estadual, e assim, extinguiria, em tese, a punibilidade quanto a uma ou algumas das infrações, o Superior Tribunal de Justiça corretamente afirmou o seguinte:

“[...] ainda que o douto Promotor de Justiça tenha declarado que as condições impostas no Termo de Ajustamento de Conduta foram devidamente cumpridas (fls. 63-64), há indícios de que a empresa permaneceu emitindo resíduos poluentes acima dos níveis permitidos nesse meio tempo, conforme laudo pericial feito pelo Instituto de Criminalística (fls. 168-174).

[...]

Assim, não há de se falar em ausência de justa causa para a *persecutio criminis in iudicio*, pois ainda que o Termo de Ajustamento de Conduta tenha sido firmado pela empresa, há notícias de que ela permaneceu emitindo poluentes acima dos meios permitidos na natureza, o que é suficiente para caracterizar o suposto crime ambiental narrado na inicial acusatória”.

De fato, tratando-se de crime contra o meio ambiente, o Termo de Ajustamento de Conduta não pode consubstanciar em salvo-conduto para que uma empresa potencialmente poluente deixe de ser fiscalizada e responsabilizada no caso de reiteração da atividade ilícita.

Tratando-se de crime em tese praticado contra o meio ambiente, o Termo de Ajustamento de Conduta não pode significar um “bill de identidade” para que uma empresa poluente prossiga em suas atividades ilícitas. (BRASIL, 2008)

Percebe-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça atacada no Habeas corpus 92.921/2008 utiliza-se do mesmo fundamento do Supremo Tribunal Federal para não trancar a ação penal: o Termo de Ajustamento de Conduta fora assinado e cumprido, mas a empresa permaneceu emitindo poluentes, portanto, neste caso, há justa causa para a ação penal. No entanto, o STF já se manifestou em sentido contrário, afirmando que a assinatura do TCA não acarreta de plano a exclusão da tipicidade, portanto, seria viável a ação penal:

Habeas corpus – Crime contra o meio ambiente – Lei n. 9.605\1998 – Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental – Exclusão de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. O trancamento de ação penal em habeas corpus impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a

denúncia ofertada narra fatos que, mesmo em tese, constituem crime. Dessa forma, o fato de o paciente haver firmado “Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental” e noticiado processo administrativo em curso consubstanciam circunstâncias insuficientes para, de plano, excluir a tipicidade da conduta imputada ao réu. (BRASIL, 2008)

A jurisprudência do STJ é no sentido de que “a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta não impede a instauração da ação penal, pois esta ocorre em área de atuação diversa”. (GOMES; CUNHA, 2009, p. 961). No mesmo sentido e com o mesmo fundamento, o HC 82.911 declara:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ACEITAÇÃO DE SURSIS PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2009)

Em recente decisão, o STJ reiterou seu posicionamento em decisão monocrática do ministro Nefi Cordeiro (27- 0602017) no seguinte sentido: “A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal”.

Em que pesem os fundamentos sólidos da doutrina e da jurisprudência esposados acima, a recente previsão no ordenamento jurídico brasileiro do acordo de não persecução penal, previsto no art. 18 da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), permite uma releitura dos reflexos penais quando há celebração do TAC e do TCA. Para se refletir sobre o tema, necessário se faz um breve estudo sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

2. DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Julga-se desnecessário para este trabalho o estudo de todos os princípios que regem as espécies de ação penal, bem como o aprofundamento no estudo das ações distintas da ação penal pública incondicionada, quais sejam, ação penal pública condicionada a representação, ação penal privada exclusiva, ação penal privada subsidiária da pública e ação penal privada exclusiva ou personalíssima.

No tocante à ação penal pública incondicionada, diante de um fato típico, ilícito e culpável, exige-se do membro do Ministério Público a interposição da ação penal, não podendo este alegar independência funcional para se furtar do seu mister ou fazer juízo de oportunidade, pois impera o princípio da obrigatoriedade. Caso o representante do Ministério Público decida pelo arquivamento do inquérito policial ou notícia de fato e o juiz considere improcedentes as razões invocadas, este remeterá os autos para análise do Procurador geral, que, com base no art. 28 do Código de

Processo Penal (BRASIL, 1941), poderá oferecer a denúncia ou insistir no arquivamento, sendo o juiz, neste caso, obrigado a atender ao pedido. No entanto, adverte Mazzilli (2007) que “não se veja aí, porém, um dever cego e automático de agir: o Ministério Público tem liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente”.

Para Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc (2018, p. 73), “a moderna doutrina processual penal defende a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal”. Continuam os autores:

Nenhum texto constitucional não traz previsão expressa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que temos como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do *parquet* ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma livre conveniência justificada pela livre valoração do interesse público. (BARROS; ROMANIUC, 2018, p. 76)

As leis n^{os} 9099\1995 (BRASIL, 1995) e 10259\2001 (BRASIL, 2001), que regulamentam o Juizado Especial Criminal, ao criarem o instituto da transação penal, deixaram expressa no nosso ordenamento jurídico a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Sustenta Nucci (2016, p. 238) que “o princípio da obrigatoriedade regradada ou da discricionariedade regradada viabiliza ao Ministério Público, diante da presença dos requisitos legais, deixar de propor a

ação penal e oferecer ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”.

Barros e Romaniuc (2018) expõem vários casos de mitigação do princípio da obrigatoriedade citados por Emerson Garcia:

O sistema brasileiro tem autorizado a celebração de acordos, os quais podem redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão. Esses acordos, em qualquer caso, sempre estão condicionados à apreciação judicial. Vide Lei n. 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, arts. 7º e 8º, parágrafo único; Lei n. 9.807/1999, que trata da proteção às testemunhas, arts. 13 e 14; Lei n. 9.034/1995, revogada pela Lei n. 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); Lei n. 9.080/1995, que incluiu um § 2º no art. 25 da Lei n. 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei n. 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; Lei n. 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º); Lei n. 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41). Na sistemática dessas leis não há celebração de verdadeiro acordo, mas, sim, posterior avaliação, pelo juízo competente, da colaboração do réu para a elucidação dos fatos. Foi a Lei n. 12.850/2013, ao dispor sobre as organizações criminosas, que traçou os

contornos de um verdadeiro acordo, celebrado por ocasião da colaboração premiada. Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei n. 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei n. 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei n. 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade. Para contornar os possíveis vícios decorrentes da não participação do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, a Instituição tem sido chamada a firmá-lo em conjunto com o CADE. Nesse ajuste, que se aproxima do acordo de não-persecução penal a que se refere a Resolução CNMP n. 181/2017, a lei, repita-se, a lei, afastou a necessidade de homologação judicial para que o acordo produza efeitos na seara penal. Também não passa pela homologação judicial o acordo de leniência a que se refere o art. 16 da Lei n. 12.846/2013, passível de ser celebrado pelas pessoas jurídicas no plano administrativo e que reduz as sanções a serem aplicadas no plano judicial cível. (BARROS; ROMANIUC, 2018, p. 78)

Afrânio Silva Jardim (2011) discorda que haja mitigação do princípio da obrigatoriedade. No entanto, os fundamentos do renomado autor levam à mesma conclusão de quem defende a mitigação: o Ministério Público só poderá deixar de interpor ação

penal pública incondicionada diante de um fato típico, ilícito e culpável quando houver previsão legal:

Somos, entretanto, que a questão não está bem posta. Não há como reduzir a intensidade do dever de agir que recai sobre o Ministério Público. O princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial, sob pena de se desfigurar.

Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, em toda a sua plenitude como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda a sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador. Vale dizer, aqui não foi mitigado o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não incidência para hipóteses menos relevantes. (JARDIM, 2011, p. 50)

Ou seja, para Jardim (2011), quando o legislador permite a não interposição da ação penal mesmo quando o fato for típico, ilícito e culpável, adota-se o princípio da oportunidade. Nessas mesmas circunstâncias, a maioria da doutrina entende ser mitigação do princípio da obrigatoriedade. Na prática é apenas questão de nomenclatura, pois os fundamentos que desoneram o Ministério Público de intervir são os mesmos.

Para Américo Bedê Freire Júnior (2018), o princípio da obrigatoriedade da ação penal “está morto”. Sustenta o autor que:

Essa utopia bem intencionada que, além de esquecer a cifra oculta de crimes, provoca a impunidade de vários delitos por uma impossibilidade física quantitativa de atuação dos membros do Ministério Público, foi, durante muito tempo, uma ilusão que justificou ações penais infrutíferas do ponto de vista de política criminal. (FREIRE JÚNIOR, 2018, p. 301)

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal é um dos fundamentos da Resolução n. 181\2017. A finalidade deste novo olhar sobre a ação penal é que o Ministério Público se ocupe de crimes graves, estabelecendo um procedimento mais célere para infrações menores, como aponta Boschi (2010, p. 134):

A flexibilização do princípio da obrigatoriedade, ou ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, desde que observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelece uma política de persecução penal, daria melhores condições para a instituição priorizar a atividade na punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo tempo propiciaria o alívio das pautas judiciais em favor da otimização orçamentária, como propõe conhecido princípio de direito administrativo. Enfim, está aberta a discussão

e, para que ela seja fecundada, parece-nos que é preciso nos desapegarmos das fórmulas legais que a doutrina transformou em dogmas repassados aos alunos de direito desde os primeiros anos da faculdade, em nosso país.

Portanto, a Resolução n. 181\2017 do CNMP trouxe mais um instituto que mitiga a obrigatoriedade da ação penal e conseqüentemente cai por terra a discussão se o TAC ou o TCA desobrigam o Ministério Público a interpor a Ação Penal, como adiante demonstraremos.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DO TAC E DO TCA APÓS A PREVISÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO NOSSO ORDENAMENTO

O art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP prevê que:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público

como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (BRASIL, 2017)

Se o Ministério Público pode estabelecer qualquer condição no acordo de não persecução penal, “desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada”, como prevê o inciso V (BRASIL, 2017), caso seja celebrado e integralmente cumprido um TAC ou um TCA em que os fatos constituem crime ambiental, autoriza a resolução citada que o Ministério Público não interponha a ação penal. Independentemente do nome que se dê, se TAC, TCA ou até mesmo o próprio termo usado na resolução – acordo de não persecução penal –, após a entrada em vigor do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, a divergência que existe na doutrina e na jurisprudência, vale dizer, se a celebração do TAC ou do TCA desonera o Ministério

Público de acionar a esfera penal, perdeu o objeto. Pois, se a parte passiva cumpre o acordo, cabe ao Ministério Público cumprir sua função, ou seja, a promoção de arquivamento da investigação criminal, caso exista, ou apenas se abster de interpor a ação penal em decorrência do cumprimento do TAC ou do TCA. Não é necessária a existência de um Procedimento Investigatório Criminal para que se realize um acordo de não persecução penal, pois a forma não pode ser obstáculo para o cumprimento do fim, afinal, “o processo não é um fim em si mesmo, tem natureza instrumental, ou seja, seus objetivos transcendem às questões puramente formais” (GURGEL, *online*, 2017). Vale ressaltar que a falta de interesse processual para a ação penal independe do nome que se dê ao acordo cumprido.

Sobre o tema, doutrina Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2018, p. 44):

Porque a pretensão que eventualmente buscaria ver cumprida com a deflagração da ação penal já acabou sendo suficientemente satisfeita, com o cumprimento do acordo, razão pela qual há fundamento idôneo para o arquivamento do PIC (e do eventual IP a ele apensado). Em outras palavras, “as razões invocadas” (CPP, art. 28) pelo Ministério Público para o arquivamento da investigação serão precisamente a falta de interesse processual na deflagração da persecução penal.

Quanto aos requisitos para a realização do acordo de não persecução penal, note-se que todos os crimes previstos na Lei n. 9605\1998 têm pena mínima inferior a quatro anos, portanto, se

um TAC ou um TCA for realizado no âmbito civil ou administrativo e integralmente cumprido e o fato ensejador do acordo estiver previsto como crime na lei citada, a persecução penal não será autorizada, pois estaria o Ministério Público realizando dupla persecução relativamente aos mesmos fatos. Ademais, nenhum dos crimes previstos na Lei n. 9605\1998 tem como elemento do tipo violência ou grave ameaça a pessoa.

Em relação ao investigado ter que confessar formal e circunstancialmente a prática do crime, caso não esteja expresso no TAC ou no TCA, entende-se que há uma confissão implícita, pois nenhum acusado deixaria de fazê-la caso conhecesse o que prevê a resolução e de toda sorte, cabe ao Ministério Público zelar não pela acusação, mas por todo o ordenamento jurídico, inclusive e especialmente pelas garantias individuais indisponíveis, no caso, não impor ao cidadão uma persecução penal desnecessária, considerando que a finalidade para a proteção e o reparo ao meio ambiente fora alcançada com o cumprimento do TAC ou do TCA. Como sustenta Freire Júnior (2018, p. 304), “ao contrário do que se possa pensar, não se trata de um instituto apenas utilitarista em prol do MP, mas sim de uma norma mais benéfica a investigados que podem, através do acordo, evitar ostentar a condição de réu no processo penal”.

O § 1º do art. 18 prevê que não se admitirá o acordo de não persecução penal nos casos em que: for cabível a transação penal, nos termos da lei; o dano causado for superior a 20 salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §

2º, da Lei n. 9.099/1995; o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei n. 11.340/2006 (BRASIL, 2006); a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Os casos elencados pela resolução que não admitem, em tese, o acordo de não persecução penal devem ser interpretados de forma coerente com a finalidade do novo instituto: tornar o sistema penal mais eficiente e adequado com a “implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal” (CABRAL, 2018, p. 22).

Portanto, ressalta Cabral (2018, p. 22) que “a avaliação geral de quem trabalha no sistema de justiça criminal brasileiro é de que as coisas não vão nada bem”. O autor defende alternativas buscando soluções, pois, para ele, caso permaneça dessa forma, chegaremos “a um patamar praticamente intolerável”:

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o full trial, economizando-se tempo e recursos públicos e

lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.

É evidente que essa não é uma solução perfeita. Num mundo ideal, a melhor opção seria levar todos os casos a um juízo plenário. No entanto, temos que lidar com os problemas reais, de pessoas de carne e osso. (CABRAL, 2018, p. 22)

Por exemplo, o acordo de não persecução penal não pode possuir natureza subsidiária em relação ao instituto despenalizador da transação penal. Isso porque a aplicação automática da vedação de acordo em casos de transação penal, pode redundar na seguinte e esdrúxula situação: se os fatos que ensejaram o TAC e o TCA constituírem crime ambiental e este admitir transação penal, a persecução penal é obrigatória. No entanto, se não admitir transação penal, ou seja, crime mais grave, o acordo desonera a persecução penal. Toleram-se o acordo (defende-se neste estudo via TAC, TCA ou acordo de não persecução penal) para o crime mais grave e não para o menos grave.

Nessa esteira, os atores judiciais devem estar atentos à teoria da aplicabilidade dos princípios e das regras. No caso em tela, interpretar visando a uma racionalidade comunicativa os requisitos para aplicação do acordo de não persecução penal e os casos que vedam sua realização previstos na resolução. Vale dizer que “exige, na aplicação do Direito, uma garantia da coerência lógica interna do sistema jurídico” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 238).

Por todos os fundamentos expostos nesta pesquisa, defende-se que, após o advento do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, a natureza do TAC ambiental e do TCA que tenha como

objeto fato tipificado como crime na Lei n. 9605\1998 é de acordo de não persecução penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não raramente, os fatos causadores do dano ambiental ou as atividades ilícitas que fundamentam a realização do Termo de Ajustamento de Conduta ou o Termo de Compromisso Ambiental constituem também crimes previstos na Lei n. 9605\1998.

A presente pesquisa propôs-se a analisar se o membro do Ministério Público pode deixar de oferecer ação penal alegando que solucionou o problema em todas as esferas via TAC ou TCA, em conjunto com o novo instituto processual penal – acordo de não persecução penal –, previsto no art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP. Se, por um lado, há fundamentos sólidos na doutrina e na jurisprudência para embasar dois posicionamentos sobre o tema antes da resolução, um que advoga que o TAC ou o TCA impedem a ação penal, variando apenas o fundamento entre os autores, outro que afirma que a celebração do TAC ou do TCA não interfere no âmbito penal em razão da independência das esferas civil, administrativa e penal, após a previsão no nosso ordenamento jurídico do acordo de não persecução penal, a matéria não foi enfrentada pelos Tribunais Superiores, tampouco pela doutrina.

Um dos argumentos que nos levam à conclusão da pesquisa é a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Propõe-se que, após o integral cumprimento do acordo (seja via TAC, TCA ou termo de não persecução penal), não há justa causa para a ação penal, vale dizer, se a parte passiva cumpre o

acordo, cabe ao Ministério Público cumprir sua função, ou seja, a promoção de arquivamento da investigação criminal, caso exista, ou apenas se abster de interpor a ação penal em decorrência do cumprimento do TAC ou do TCA. Concluimos que, após o art. 18 da resolução supracitada, a natureza jurídica do TAC ambiental e do TCA é de acordo de não persecução penal.

Esperamos ter contribuído para a reflexão sobre o tema, cientes de que a matéria é nova no ordenamento, o que reforça a importância do debate acadêmico. A pesquisa acadêmica científica é o meio pelo qual se pode explicitar assuntos ainda pouco conhecidos e que exigem análise e prudência dos operadores do direito, independentemente do posicionamento jurídico que se adote.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodium, 2018.

BONACCORSI, Daniela Villani. A relevância das decisões administrativas nos crimes ambientais. Migalhas, out. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30834,101048-A+relevancia+das+decisoes+administrativas+nos+Crimes+Ambientais>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www2.camara.br/leg/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. [Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.259**, 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Medida provisória n. 2.163-41**, de 23 de agosto de 2001. Acrescenta dispositivo à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2163-41.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Resolução n. 181**, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 69.912-0**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJU, Brasília, 26 nov. 1993, Seção 1, p. 25.531/2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 86361**. Relator Ministro Menezes Direito, Brasília, v. 30, n. 353, 2008, p. 320-333. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2886361%2ENU ME%2E+OU+86361%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zpsvd8g>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 92.921-4**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2572048>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 82911**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 5 maio 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=82911&b=ACOR&p=true&l=10&i=8](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=82911&b=ACOR&p=true&l=10&i=8http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=82911&b=ACOR&p=true&l=10&i=8)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodium, 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodium, 2018.

DELALIBERA, Camila Gomes. Efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e reflexos penais. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 24, p. 75-100, jul-dez 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/MPMA/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/14_51_08_231_revista24Impressa_completa%20(1).pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodium, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). 2. ed. **Legislação especial criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GURGEL, Sergio Ricardo do Amaral. A natureza instrumental do processo. JusBrasil, ago. 2017. Disponível em: <<https://sragurgel.jusbrasil.com>>

.br/artigos/491638263/a-natureza-instrumental-do-processo>.
Acesso em: 16 jul. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: Princípio da
Obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. MP tem liberdade para identificar ou não
hipótese de agir. 2007. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp-liberdade_identificar_hipotese_agir>. Acesso em: 15 jul. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.