

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**CRIMES AMBIENTAIS: A ação penal e a necessidade de prévio exaurimento da discussão
administrativa sobre a conduta típica.**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Gustavo Kelly Alencar

Orientadora: Professora Doutora Amparo Sereno Rosado

Número do candidato: 20150303

Julho de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha filha Sofia, que só me dá alegrias.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Autónoma de Lisboa, e em especial aos meus professores, por mostrarem novas formas de aprendizado e por “abrirem nossa mente” para ver o direito sob novos e interessantíssimos aspectos, que nunca serão esquecidos.

À minha mãe, sempre paciente com meus repentes de humor.

À minha orientadora, Profª. Dra. Amparo Sereno Rosado, pela orientação precisa de como evoluir com o tema da forma correta.

Obrigado.

RESUMO

A mudança de paradigma do direito ambiental, ocorrida no final do século XX, em virtude de diversos desastres de consequências gravíssimas e amplitude transnacional e transfronteiriça, fez com que as formas de proteção deste direito fossem aperfeiçoadas e novas formas fossem idealizadas. E, nesse diapasão, a criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente adquiriu papel de destaque, mas não sem trazer consigo problemas de ordem jurídica e social.

Se de um lado procura-se proteger o meio ambiente, de outro não se pode permitir grandes e abusivos das liberdades individuais e coletivas, devendo ocorrer uma ponderação destinada a manter o equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais de todos.

O crime ambiental envolve duas vertentes. A de natureza penal, marcada por teorias e discussões de longa data, e a de natureza ambiental, também discutida da mesma forma. Todavia, sua combinação para atuação conjunta merece atenção e estudo, pois os aspectos ambiental e criminal não podem andar dissociados, sob pena de não se atingir o objetivo pretendido, qual seja, a tutela eficiente do ambiente e dos recursos naturais, a coibição da prática do crime ambiental, e a garantia dos direitos e garantias fundamentais do processo penal.

No presente trabalho estuda-se essa necessária e indissociável associação sob o ponto de vista do crime ambiental previsto em normas penais em branco, no Brasil e em Portugal, e os reflexos no processo penal e na tutela do ambiente quando, por razões técnico legais, ocorre a dissociação desta proteção, provocada pela multiplicidade de órgãos e procedimentos envolvidos, notadamente o Ministério Público e os órgãos administrativos competentes para o controle e fiscalização do ambiente e recursos naturais.

Palavras-chave: Crime Ambiental. Norma Penal em Branco. Ação Penal. Discussão Administrativa. Reflexos.

ABSTRACT

The end of the 20th century marked a significant paradigm shift in environmental law, mostly due to several accidents of grave consequences, with trans-national and cross-border implications around the world, that demanded an improvement of the already existent forms of legal protection as the conceiving of new and effective ways to protect this fundamental right. In this context, the criminalization of harmful practices to the environment has acquired a prominent role, but not without bringing also relevant legal and social problems.

If on the one hand it is sought to effectively protect the environment, on the other hand, it cannot be an excessive burden that results in abusive cutoffs and limitations of individual and general rights, and a balance must be taken to maintain the equilibrium between the fundamental rights and guarantees involved.

The environmental crime involves two aspects, one of a criminal nature, marked by principles and currents already discussed by law operators, and one of environmental nature, also discussed in the same way. However, their combination for joint action deserves special attention and study, since the environmental and criminal aspects cannot be dissociated, otherwise the objective will never be achieved, namely, the efficient protection of the environment and natural resources, the restriction of practice of environmental crime, and guaranteeing the fundamental rights and guarantees of criminal proceedings.

In this paper this necessary association is studied from the point of view of both the environmental crime foreseen in 'blank criminal law', that demands another judicial or extrajudicial rule to provide the broad definition of an environmental crime, and its reflexes in the criminal procedures involved, and also in the protection of the environment when, for technical and legal reasons, there is a dissociation and complete detachment of these proceedings, caused by the multiplicity of organs and procedures involved, notably the Public Prosecutor's Office and the administrative agencies responsible for the control and monitoring of the environment and natural resources.

Keywords: Environmental Crime. Blank Criminal Law. Criminal Proceeding. Administrative Proceeding. Reflexes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DOS ASPECTOS AMBIENTAIS	10
1.1. Do nascimento do Direito Ambiental no Brasil e em Portugal	10
1.2. Do caráter transnacional do Direito Ambiental	13
1.3. Da Responsabilidade Ambiental e suas Vertentes	18
1.4. Da Responsabilidade Ambiental em Portugal – período atual	21
CAPÍTULO II – DOS ASPECTOS PENAIIS GERAIS	24
2.1. Da Evolução do Direito Penal	24
2.2. Teoria do Crime	28
2.3. Dos Elementos do Crime.....	33
2.3.1. Da Ação ou Conduta	33
2.3.2. Da Tipicidade.....	34
2.3.3. Da Ilícitude.....	35
2.3.4. Da Culpabilidade.....	36
2.3.5. Da Punibilidade	38
2.3.6. Do Resultado como Elemento do Tipo.	39
2.4. Da lei penal incompleta.....	41
CAPÍTULO III. DOS CRIMES AMBIENTAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL	47
3.1. cenário Brasileiro. Evolução Legislativa.....	47
3.1.1. A lei de crimes ambientais de 1998.....	48
3.2. Cenário Português. Evolução Legislativa.	51
CAPÍTULO IV. DO DIREITO DE AÇÃO.....	54
4.1. Das teorias sobre o direito de ação	57
4.2. Da ação penal.....	62
CAPÍTULO V. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL E EM PORTUGAL	66
CAPÍTULO VI. DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS	69
6.1. A atuação do Ministério Público.....	69
6.2. Do exaurimento da discussão administrativa acerca dos elementos que complementam o tipo penal ambiental.....	73
CAPÍTULO VII. CONCLUSÃO	87
CAPÍTULO VIII. REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

O presente trabalho insere-se no programa do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas ministrado na Universidade Autónoma de Lisboa, e terá por objeto a análise da figura do crime ambiental previsto em normas penais do tipo aberto, especificamente nas chamadas normas penais em branco, e as particularidade que norteiam a ação penal a ser proposta pelo Ministério Público, no Brasil e em Portugal, para aplicar a norma penal ambiental ao caso concreto, punindo o agente e mantendo a ordem jurídica.

Hoje em dia o indivíduo tem inculido em si a noção de que todos temos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sustentável para as presentes e futuras gerações, direito esse de natureza transindividual que ultrapassa a esfera jurídica do indivíduo e afeta a toda a coletividade.

Logo, e mesmo que se tenha a noção de que o homem médio tem assente seu papel nesta coletividade, a norma ambiental é constantemente alterada com vias a adequar-se a movimentos sócio culturais, econômicos e outros. Nesse diapasão, visando acima de tudo manter a ordem jurídica ao mesmo tempo em que educa e convence o agente a não violá-la, ao mesmo tempo em que demonstra a todos a noção de responsabilidade inclusive por danos causados, o legislador houve por bem também criminalizar determinados condutas nocivas ao meio ambiente, dada a valoração que este bem da vida atingiu, principalmente na segunda metade do século XX, com acidentes transnacionais de proporções quase continentais.

Todavia, a par da legislação criada e constantemente alterada, verifica-se que se está diante de um ramo do direito eminentemente técnico, pautado por aspectos inclusive científicos, na forma de regulamentos e atos administrativos variados, emanados das autoridades competentes, e este viés técnico não pode passar a latere da responsabilização, sob pena de se violar outros bens da vida também protegido pelo ordenamento jurídico.

É uma questão de equilíbrio, de ponderação, de freios e contrapesos. Os princípios Constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis devem coexistir em sintonia, viabilizando a tutela dos direitos difusos e coletivos, com um mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas.

Assim, aqui se analisará a necessária dependência entre o direito ambiental e o direito penal, à luz da teoria do delito, dos elementos do crime envolvidos e dos tipos de crime, vis a vis

o direito de ação, o *jus puniendi* estatal e seu titular e as correntes doutrinárias e jurisprudenciais aplicáveis. A tecnicidade que envolve a conduta típica do delito penal ambiental não pode então ser afastada, pela simples aplicação das regras sobre persecução penal e legitimidade para a propositura da ação penal.

No primeiro capítulo será dado um apanhado geral do Direito Ambiental no Brasil e em Portugal, com destaque para a evolução legislativa e o caráter transfronteiriço desse direito, que demanda novos e eficazes instrumentos normativos.

No capítulo seguinte, analisar-se-á a evolução do direito penal em geral, com cuidado especial na análise das teorias envolvendo a pena, vem como dos elementos do delito, essenciais para o tema principal, construindo um modelo que justifique o capítulo seguinte, dos crimes ambientais no Brasil e em Portugal.

Neste capítulo, após uma breve explanação acerca da evolução legislativa do tema, passar-se-á a analisar o arcabouço jurídico atual sobre o tema, suas particularidades, em especial a própria materialidade do delito.

No capítulo quarto, analisar-se-á o direito de ação, assim considerado a possibilidade, inarredável dentro do estado democrático de direito, de se buscar a tutela jurisdicional na tutela dos direitos subjetivos, quando analisada sob o prisma da parte, e como instrumento para a manutenção da ordem jurídica, quando analisada sob o prisma do Estado.

No quinto capítulo discute-se o papel do Ministério Público, inclusive e principalmente enquanto titular do direito de ação penal, para, no capítulo sexto, finalmente se adentrar no tema principal, quando será analisado o tipo penal ambiental, sua complexidade diante dos aspectos técnicos que o cercam e que demandam pronunciamento por parte do órgão competente, e a necessária cautela por parte dos envolvidos para que, de um lado, possa ocorrer a adequada persecução criminal pela prática do crime ambiental, e ao simultaneamente se assegurando que a materialidade delituosa encontra-se incontroversa, vis a vis tais crimes possuem aspectos técnicos inafastáveis efetivamente afeitos à materialidade do próprio delito.

No mesmo capítulo reforça-se que esta tecnicidade e acessoriedade do direito administrativo ambiental não ocorre somente no Crime Ambiental, mas também nos crimes contra a ordem tributária, nos crimes contra a economia popular e outros. Assim, por se tratar de um tema recorrente, e que não mereceu, até o presente momento, atenção especial da doutrina, se faz necessária a análise desta interdependência.

Partindo-se da premissa de que, ainda que a própria Lei estabeleça que a ação penal nos crimes ambientais é pública e incondicionada, não há como sempre considerar independentes as esferas de responsabilidade, numa espécie de regra geral que não admite exceções, possibilitando a persecução penal e até mesmo a condenação, sem no entanto se ter a certeza jurídica de que houve, de fato, a infração, pois, por se tratar de um tipo penal aberto, é imperiosa a necessidade de manifestação do órgão ambiental competente, mas que atua de forma absolutamente desvinculada e independente dos órgãos responsáveis pela apuração, persecução e julgamento da infração de natureza penal.

Como se está diante de dois ramos do Direito precipuamente norteados pelos princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, o que dá ao intérprete e ao operador do Direito pouquíssimo ou nenhum espaço para integrações e acepções independentes, deve-se procurar a ponderação, de modo a evitar erros e excessos tanto por parte do titular da ação penal como por parte do suposto ofensor.

A combinação e ponderação destes aspectos envolvidos por certo possibilitará a satisfação de ambas as obrigações, ambiental e penal, de forma a ensejar a adequada aplicação da Lei, sem, no entanto, incorrer em afronta aos prefalados princípios e comandos, ou seja, de um lado o Estado satisfará seu *animus* de punir e de preservar o meio ambiente e de outro lado o sujeito passivo não terá nenhuma garantia fundamental violada.

No presente trabalho será analisada a necessária dependência, ainda que não prevista em lei, especificamente nos tipos penais contidos nas chamadas normas penais em branco, bem como nos considerados de tipicidade aberta, entre o crime ambiental e a prévia manifestação da autoridade competente quanto ao dano ambiental, ou melhor, quanto à conduta lesiva ao meio ambiente.

CAPÍTULO I – DOS ASPECTOS AMBIENTAIS

1.1. Do nascimento do Direito Ambiental no Brasil e em Portugal

A atual percepção da relação entre o ser humano e a natureza, cuja preservação é essencial para a qualidade de vida desta e das futuras gerações, trouxe uma nova postura relativamente à necessária proteção que este bem da vida deve ter. A proteção ao meio ambiente, com assento constitucional tanto no Brasil¹ como em Portugal², eleva este bem da vida ao patamar de um direito humano fundamental, merecedor de um regramento próprio e de medidas protetivas das mais amplas e eficazes. Não seria exagero dizer que esta premissa tende a se aplicar a quase senão a todos os ordenamentos jurídicos dos países nos cinco continentes, sejam eles signatários ou não de tratados e convenções internacionais, como se verá a seguir.

¹ Art. 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.

[...]

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

§ 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.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

[...]

BRASIL – CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

[Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

² Artigo 66.º

Ambiente e qualidade de vida

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

- Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
- Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
- Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
- Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
- Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
- Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
- Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
- Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

PORTUGAL - CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

Ainda que uma tutela constitucional do meio ambiente mais ampla somente tenha surgido no Brasil em 1988, a tutela dos recursos naturais é bem mais antiga, muito embora tenha se iniciado com objetivos meramente econômicos. Os indígenas, há longa data, já estipulavam regulamentações para a caça, sendo proibida a matança de animais durante a prenhez e a amamentação, como noticia João Bernardino Gonzaga, em sua obra “Direito Penal Indígena”, citado por Marcos Destefenni³. Independentemente de tal regulamentação possuir cunho eminentemente econômico, destinado à manutenção das espécies como fonte de alimento, vê-se desde então a preocupação com a sustentabilidade, assegurando o recurso para as futuras gerações.

Outrossim, relativamente a diplomas legislativos efetivos, os primeiros a vigorarem aqui foram as Ordenações Portuguesas, que continham disposições expressas vedando, por exemplo, o corte deliberado de árvores frutíferas (Ordenações Afonsinas, Livro V, título LVIII⁴), a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes, fios e quaisquer meios capazes de causar dor e sofrimento na morte destes animais (Ordenações Manuelinas⁵, Livro V, título LXXXVIII) e outros.

Por fim, ainda há as Ordenações Filipinas⁶, que, em que pese a crueldade das penas ali impostas, manifestamente desproporcionais às infrações cometidas, continham, também, disposições ambientais, tais como o primeiro conceito de poluição no ordenamento jurídico brasileiro (Livro V, título LXXXVIII, §7º), previsão de crimes contra a fauna e flora e outros, e hoje há, tanto no Brasil como em Portugal, farto conjunto legislativo cuidando do tema.

Tão amplo é o espectro de abrangência do Direito Ambiental que é facilmente constatada sua interdisciplinaridade em relação aos diversos outros ramos do direito, como bem afirma Milaré⁷:

³ DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. ISBN: 978588264350. p. 48

⁴ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Afonsinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>

⁵ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Manuelinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>

⁶ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Filipinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2015. ISBN 9788520361153. p. 87

[...] é o caso do direito constitucional (o meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, como princípio da ordem econômica e componente da ordem social, p.ex.), do direito administrativo (as autorizações, licenças ambientais e sanções administrativas, p.ex.), do direito civil (o regramento do direito ambiental, p.ex.) do processo civil (a ação civil pública ambiental, p.ex.), do direito tributário (os mecanismos tributários de proteção ao meio ambiente, p.ex.) e do direito penal (os crimes ambientais, p.ex.).

A responsabilidade pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado é um princípio afeito a todos, seja no exercício de atividades econômicas, seja no exercício de outros direitos, o que leva à noção de obrigação. Em estreita síntese, obrigação ambiental é a obrigação que todos têm perante o meio ambiente, obrigação esta que apresenta diversas vertentes, como se verá a seguir.

A Lei Federal Brasileira nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, criou a Política Nacional do Meio Ambiente⁸. Dentre os diversos institutos e princípios ali estipulados, destaca-se o princípio da responsabilidade, segundo o qual o dano ambiental será objeto de sanção jurídica, independentemente do dever de reparação. Este princípio foi consagrado pela Constituição de 1988, que no parágrafo único do artigo 225 estabelece que «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».

Em Portugal não é diferente. Há, por exemplo, a Lei de Bases do Ambiente⁹, que estabelece deveres, direitos, princípios e instrumentos destinados a efetivar a política de ambiente, de forma absolutamente semelhante à do Direito brasileiro, e o Decreto Lei n.º 214-G¹⁰, de 02 de Outubro de 2015, que estabelece regras processuais nos Tribunais Administrativos, fixando, entre outros, a competência, legitimidade e outros aspectos dos procedimentos tendentes à prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, incluindo o meio ambiente. A referida lei responsabiliza «todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização nos termos

⁸ PRESIDÊNCIA da República do Brasil – **Lei Federal do Brasil nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. [Em linha]. Brasília [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm

⁹ PORTUGAL – **Lei de Portugal nº 19, de 14 de Abril de 2014**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

¹⁰ PORTUGAL – **Decreto Lei de Portugal nº 214-G/2015, de 02 de Outubro de 2015**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2463&tabela=leis&so_miolo=

da lei», além do Decreto Lei nº 147/2008¹¹, que estabelece o regime jurídico da responsabilidade civil ambiental, aplicável «aos danos ambientais, bem como às ameaças iminentes desses danos, causados em resultado do exercício de uma qualquer actividade desenvolvida no âmbito de uma actividade económica, independentemente do seu carácter público ou privado, lucrativo ou não», inobstante a responsabilidade por crimes ambientais e pelo descumprimento da legislação.

Todavia, diversos acontecimentos históricos, ocorridos há longa data e infelizmente com gravidade, trouxeram à discussão a noção de que a responsabilidade ambiental ultrapassa as fronteiras entre os países, sendo na verdade uma questão transfronteiriça e transnacional.

1.2. Do carácter transnacional do Direito Ambiental

Como visto, a legislação ambiental é antiga, remontando aos tempos do Império, mas a ocorrência de eventos danosos ao meio ambiente que ultrapassaram a fronteira entre países trouxeram a necessidade de revisão do paradigma, inicialmente na forma de tratados bilaterais¹² e, futuramente, na forma de Convenções multilaterais. No decorrer do século XX, notadamente em sua segunda metade, uma série de acidentes ambientais de grandes proporções atestou a necessidade de um enrijecimento da legislação ambiental, inclusive transnacional. Sobre o tema, segue dois dos *leading cases*¹³ que marcam a evolução do Direito Ambiental Internacional na história. São eles o *Trail Smelter Case*¹⁴ e o *Lake Lanoux Arbitration Case*¹⁵:

Na década de 30 os Estados Unidos da América formalizaram uma reclamação contra o Canadá sobre a poluição causada pela fundição *Consolidated Mining And Smelting Co. of Canada*, localizada em Trail, British Columbia, naquele país, por poluir o ar, a água, florestas,

¹¹ PORTUGAL – Decreto Lei de Portugal nº 147, de 29 de julho de 2008. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&so_miolo=

¹² Podemos citar como exemplo o “Tratado de Águas de Fronteira”, assinado em 1909 entre os Estados Unidos da América e o Canadá, que estabelece os princípios e mecanismos para o uso e a manutenção da qualidade das águas na fronteira entre os dois países, visando resolver disputas pendentes e futuras. Na mesma data foi formada uma Comissão Internacional – *International Joint Commission – IJC* – por estes países destinada a apreciar questões ambientais transnacionais entre ambos. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1005&context=lawwater>. Tratado semelhante foi firmado em 1866 entre França e Espanha, regulando o uso de águas comuns. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e07.htm>

¹³ Importante decisão que cria o precedente para as que seguem

¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – *The Trail Smelter Case*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/> e <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/trail-smelter-case.php>

¹⁵ FRANÇA-ESPANHA – *The Lake Lanoux Arbitration Case*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.internationalwaterlaw.org/cases/othertribunals.html> e <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e07.htm>

plantações e o solo, notadamente no Estado de Washington, EUA, através de emissões de substâncias mais tarde identificadas como sendo derivados de chumbo e de zinco, e em 1941 foi proferida uma sentença arbitral condenando o Canadá pelo dano, sob o fundamento de que nem um país, nem tampouco um cidadão daquele país, pode utilizar seu próprio território de modo a causar dano a outro país.

Em 1950 a Espanha formalizou uma reclamação contra a França, sob o fundamento de que a França, que executava um projeto de desviar as águas de um rio que abastecia a Espanha, teria violado um tratado firmado anos antes. O Tribunal decidiu que o ato praticado pela França não violou o tratado firmado, mas reforçou que um país não pode unilateralmente promover seus interesses legítimos de modo a violar direitos de um país vizinho.

O cenário para o endurecimento da legislação ambiental internacional já se encontrava bem delineado, mas, ainda assim, o tema somente ganhou o destaque global merecido em 1972, com a Conferência de Estocolmo.

Em junho de 1972 a Organização das Nações Unidas, preocupada com o alarmante fato de que o ser humano utiliza e degrada os recursos naturais muito mais rapidamente do que o meio ambiente os reconstitui, bem como com a crescente poluição atmosférica gerada em grande parte pelo acelerado desenvolvimento econômico em todo o mundo, promoveu, em Estocolmo, Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano¹⁶, que foi considerada um marco na história do pensamento do século XX.

Neste evento o chamado Clube de Roma¹⁷ apresentou o chamado Relatório Meadows, que demonstrava, mediante modelos desenvolvidos em computador, o esgotamento a curtíssimo prazo dos recursos naturais frente às atividades humanas. Um grupo de pesquisadores liderados por *Dennis L. Meadows* encomendou um relatório elaborado por um grupo de cientistas do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) (Instituto de tecnologia de Massachusetts) abordando temas relacionados ao meio ambiente e aos recursos naturais, propondo o chamado desenvolvimento sustentável, que pode ser caracterizado como sendo a utilização dos recursos naturais de forma eficiente, assegurando sua existência para as gerações futuras, sob o sólido

¹⁶UNEP – *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/523249>

¹⁷ Uma organização não governamental criada em 1968 que reúne pensadores, cientistas, economistas, empresários, servidores públicos de alto nível e ex-chefes de estado unidos pelo interesse comum de promover uma melhor compreensão dos desafios globais que a humanidade enfrenta e propor soluções para estes, incluindo, mas não se

fundamento de que os recursos naturais no Planeta Terra são finitos. O referido relatório conclui prevendo um colapso iminente se uma modificação nas atitudes do ser humano não ocorrer imediatamente.

O produto principal desta conferência foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano¹⁸, que estabelece 26 (vinte e seis) princípios, que passariam a nortear todo o Direito Ambiental Internacional. Em estreita síntese, releva destacar os princípios da Dignidade da Pessoa Humana (Princípios 1 e 8), pelo qual o meio ambiente preservado é um direito do Homem; o Desenvolvimento Sustentável (Princípios 2, 3, 4 e 5), que prevê a proteção do ambiente para as presentes e futuras gerações, ponderando o desenvolvimento da economia com a preservação dos recursos naturais, valorizando a utilização de fontes renováveis de energia; o Combate à pobreza e educação ambiental (Princípios 9, 10 e 19), do qual decorre uma necessidade absoluta de instruir a população sobre as questões ambientais; a Participação comum, porém diferenciada (Princípio 23), pelo qual se de um lado há corresponsabilidade entre todos, há, por outro lado, de se observar o grau de desenvolvimento dos países, quando do estabelecimento de medidas ambientais a nível global; a Efetividade das normas jurídicas (Princípio 17), pelo qual os países devem, no plano interno, estabelecer instituições e normas capazes de implementar as decisões internacionais, e a importantíssima Cooperação (Princípios 24 e 25), através do estabelecimento de acordos multilaterais entre os países em prol das questões ambientais. A doutrina de Silvia Jaquenod de ZsÖgÖn¹⁹ orienta de forma simples, mas completa: “A tutela do ambiente é tutela, sobretudo, da vida e aqui, em primeiro lugar, de vida do Homem na plenitude da sua personalidade. Esta tutela deve orientar-se ao aspeto preventivo mais do que ao repressivo”.

Assim, em que pese a gravidade dos fatos narrados em 1972, a efetiva implementação dos princípios e normas idealizados se deu de forma absolutamente tímida ou até mesmo inexistente, não evitando uma dezena de desastres ambientais não naturais de imensa gravidade, como, por

limitando a analisar o impacto do uso indiscriminado dos recursos naturais em âmbito mundial. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.clubofrome.org/>

¹⁸ BRASIL. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKFwj_wLsfQAhXLEJAKHZp6CKwQFgg5MAU&url=http%3A%2F%2Fwww.mma.gov.br%2Festruturas%2Fagenda21%2Farquivos%2Festocolmo.doc&usq=AFQjCNHY9l_IAWFL46yIAr7rxl6GeiPA7Q&bvm=bv.139782543,d.Y2I

¹⁹ ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991. ISBN: 84-88030-10-X. p. 224-226.

exemplo, o derramamento de óleo pelo navio Amoco Cádiz, em 1978, que atingiu Holanda, Inglaterra e França²⁰; o vazamento de gás tóxico de uma fábrica de pesticidas em Bhopal – Índia, em 1984, que matou 20.000 pessoas, deixando muitas outras cegas, considerado o pior desastre químico da história²¹; o acidente nuclear na usina de Chernobyl, na Ucrânia – URSS, liberando material radioativo nos países vizinhos²²; a contaminação por mercúrio do Rio Reno na Suíça em 1986 por uma empresa química, matando a fauna aquática²³; o derramamento de óleo cru em alto mar no Alaska – EUA, pelo navio Exxon Valdez, em 1989, que, dentre outras espécies, vitimou bilhões de ovos de salmão²⁴ e outros não menos graves.

Diante do alarmante cenário, a Organização das Nações Unidas retomou com força o tema, e em 1987 foi elaborado o documento denominado “Nosso Futuro Comum” ou Relatório Brundtland²⁵, no qual diversos especialistas opinaram sobre população, energia, agricultura, comércio, saúde, pesca, urbanismo, ecossistemas e mudanças institucionais. Entre outros, o relatório critica o «modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, e que ressaltam os riscos do uso excessivo dos recursos naturais sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas», apontando para a «incompatibilidade entre desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo, trazendo à tona mais uma vez a necessidade de uma nova relação “ser humano-meio ambiente”. Ao mesmo tempo, esse modelo não sugere a estagnação do crescimento econômico, mas sim essa conciliação com as questões ambientais e sociais». Não há mais espaço para simples determinações locais e nacionais. É necessário um arcabouço transnacional, que obrigue as nações, como um todo, a cooperar na prevenção e proteção do meio ambiente.

À luz então dos indicadores do relatório e inclusive dos novos desastres ocorridos, em 1992 foi realizada no Rio de Janeiro, Brasil, a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio

²⁰ INGLATERRA. 1978: *Tanker Amoco Cadiz splits in two*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/24/newsid_2531000/2531211.stm

²¹ BRASIL. Bhopal, Índia O pior desastre químico da história 1984-2002. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf

²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Chernobyl Accident 1986*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/chernobyl-accident.aspx>

²³ ALEMANHA. 1986: *Catástrofe ecológica no Reno*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dw.com/pt-br/1986-cat%C3%A1strofe-ecol%C3%B3gica-no-reno/a-666757>

²⁴ INGLATERRA. 1989: *Exxon Valdez Creates Oil Slick Disaster*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/24/newsid_4231000/4231971.stm

²⁵ BRASIL. RELATÓRIO BRUNDTLAND “NOSSO FUTURO COMUM” – definição e princípios. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

Ambiente e Desenvolvimento, ou Cimeira (Cúpula) da Terra, que, discutindo as conclusões do relatório, apontou como padrões de produção e consumo estão em níveis insustentáveis; como a pobreza afeta a poluição e a saúde humana; mostrou que a cooperação técnica e científica internacional, objetivando ajudar financeiramente os países subdesenvolvidos, pode baixar os índices de degradação ecológica; ressaltou-se o direito soberano dos Estados sobre os seus recursos naturais, devendo estes, contudo, preservar qualquer tipo de dano ambiental sobre o seu e os demais países vizinhos, concluindo pela reafirmação e/ou ampliação dos princípios estabelecidos em Estocolmo e, por fim, adotou duas convenções multilaterais: 1) Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e 2) Convenção sobre Diversidade Biológica.

Consolida-se então a necessidade imperiosa de cooperação entre os estados, normatizada através de documentos de alcance transnacional, cujo escopo é atingir o compliance entre aqueles que se pretende regular. Hoje, por exemplo, como norma transnacional, menciona-se, no âmbito da União Europeia, a Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²⁶, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

Todavia, a instituição pura e simples de normas cogentes/impositivas entre os diversos estados envolvidos acabaria por gerar conflitos, notadamente atinentes à sua soberania. Tal cenário ensejou a utilização de um outro tipo de norma, que veio a ser conhecida como *soft law*.

Não há definições universalmente aceitas de *soft* e *hard law*. Contudo, *hard law* é tradicionalmente considerado pela doutrina como o direito normatizado, imponível, vinculante, em que as normas derivadas deste direito são obrigatórias e cujo conteúdo deixa pouca margem para negociação ou repactuação de cláusulas; é a possibilidade de exigir de alguém determinada conduta, comissiva ou omissiva: fazer ou deixar de fazer. Não há grandes divergências que alterem significativamente a definição. Outrossim, a *soft law*, por sua vez, admite diversos entendimentos.

Soft law, também chamada de quase direito, consiste num conjunto de regras sobre determinado tema cujo valor normativo é limitado e que não é coercitiva e juridicamente

<http://www.inbs.com.br/ead/Arquivos%20Cursos/SANeMeT/RELAT%23U00d3RIO%20BRUNDTLAND%20%23U201cNOSSO%20FUTURO%20COMUM%23U201d.pdf>

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. **DIRECTIVA 2004/35/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de Abril de 2004 relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.** [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:pt:PDF>

imponível. O Professor Doutor Miguel Santos Neves, em obra publicada sobre Direito Ambiental Internacional, afirma que:

A soft law corresponde a um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem carácter vinculativo e a cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas. A sua adopção tem natureza voluntária e concretiza-se numa combinação de “*peer pressure*” e “*benchmarking*”, assente no efeito de demonstração de boas práticas eficazes na solução de problemas concretos, cuja violação é sancionada com sanções não jurídicas mas em muitos casos extremamente eficazes em termos de pressão sobre os destinatários para conformação com o standard normativo. [...]

A adoção de diplomas de *soft law*, que muito embora não possuíssem a coercitividade e imperatividade características das normas objetivas de *hard law*, fossem ainda assim norteadoras da conduta dos envolvidos, devendo ser seguidos por aqueles que os adotassem, pôs fim às discussões acerca de eventuais violações à soberania, ao mesmo tempo em que incutiu a noção de responsabilidade, tão necessária no contexto do direito ambiental transnacional.

1.3. Da Responsabilidade Ambiental e suas Vertentes

Restando então delineada a responsabilidade ambiental como sendo uma questão transfronteiriça e transnacional, e que ultrapassa a esfera cível, constituindo, em alguns casos, crime, veja-se as diversas vertentes daquela.

A expressão obrigação se origina do latim *Obligatio, Obligationis*, as quais significam o ato de obrigar, ou a circunstância de se estar obrigado a um dever, de dar, fazer, ou de não fazer alguma coisa. Pode-se dizer então que é o elo jurídico, oriundo não só da lei, mas de diversas fontes, que vincula uma parte a outra, com um objeto específico.

O direito das obrigações então consiste em um conjunto normativo que tem por objetivo disciplinar as relações jurídicas estabelecidas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo de uma obrigação, determinando o que cada sujeito da obrigação jurídica estará obrigado a prestar, um em proveito do outro, com objetos dos mais variados, tais como direitos de crédito, pessoais ou obrigacionais.

A expressão obrigação, então, encerra diversas acepções dentro do ordenamento jurídico, geralmente afeitas ao ramo do direito ao qual pertencem, mas sempre no sentido de dever ou

prestação. Sua análise não é recente; os Romanos há muito já nos davam pelo menos dois significados para o conceito de obrigação, como mostra César Fiuza²⁷:

a) o primeiro classificando-a como um direito de garantia sobre a pessoa do obrigado, como um vínculo de direito pelo qual temos que efetuar alguma prestação em favor de terceiro, conforme Justiniano fez nas Institutas, Livro III, Título XVIII, proêmio: “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*.”

b) a segunda classificação é atribuída a Paulus, que em seu Digesto, Livro XLIV, 7, frag. 3º, a obrigação está vinculada não à pessoa do obrigado, mas à prestação que deva ser adimplida; a sujeição aqui não se limita à pessoa do devedor, mas à responsabilidade patrimonial existente: “*Obligatio substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum – aut servitutem nostram – faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.”

Estas acepções ainda subsistem, verificadas nas obrigações pessoais, e naquelas ligadas aos direitos reais. De qualquer sorte, em ambas se verifica os mesmos quatro componentes estruturais: um vínculo jurídico-fático – uma relação jurídica; um sujeito ativo; um sujeito passivo e o respectivo objeto.

O direito ambiental, por sua vez, incorporando o conceito tradicional já utilizado por outros ramos do direito, os aperfeiçoou, com a diferença de que na relação jurídica ambiental sempre existirá uma mesma fonte, que é a norma legal ambiental. Por tal, a obrigação ambiental não pode nascer tampouco se modificar por outra forma, consoante a Constituição e a legislação infraconstitucional. É um vínculo jurídico segundo o qual determinada pessoa, o sujeito ativo, pode exigir de outra, o sujeito passivo, determinada conduta, consubstanciada numa prestação de dar, fazer ou não-fazer.

Assim, em sendo uma obrigação que decorre da lei, deve-se então aplicar o critério regulado pelo binômio SE-ENTÃO: se realizada a conduta prescrita na norma, ou a norma é válida e a consequência normativa deve ser aplicada, ou a norma não é válida e esta consequência deve ser afastada²⁸.

Em estreita síntese, obrigação ambiental é a obrigação que todos têm perante o meio ambiente, obrigação esta que apresenta diversas vertentes, como se verá a seguir.

No Brasil a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, criou a Política Nacional do Meio Ambiente. Dentre os diversos institutos e princípios ali estipulados, destaca-se o princípio da

²⁷ FIUZA, César, *Direito Processual na História*, Ed. Mandamentos, 2002. ISBN: 8587054678. p. 56

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Ed. Malheiros, 2ª Ed., 2003. ISBN 8574206202. p. 31

responsabilidade, segundo o qual o dano ambiental será objeto de sanção jurídica, independentemente do dever de reparação. Este princípio foi consagrado pela Constituição de 1988, em seu artigo 225º parágrafo terceiro, que estabelece que “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”.

É vasta a amplitude deste princípio, que se apresenta sob três aspectos: administrativo, civil e penal, e buscamos na doutrina apontamentos sobre os mesmos:

A responsabilização administrativa de um infrator da legislação ambiental é feita pelo Poder Público, sendo esta atitude fruto da supremacia do interesse público sobre o privado, destacando-se nesse ponto a necessidade de o transgressor ser responsabilizado pelo custo social do Estado na proteção do meio ambiente.²⁹

A responsabilidade civil pressupõe prejuízo a terceiro, ensejando pedido de reparação do dano, consistente na recomposição do *status quo ante* (represtinação ou obrigação de fazer) ou numa importância em dinheiro (indenização ou obrigação de dar).³⁰

(...) se o meio ambiente é constitucionalmente assegurado, se a natureza é, científica e socialmente, percebida como a base da qual depende nossa civilização, se não há divergência sobre a relevância e a conveniência de proteger os ecossistemas de maneira eficaz, então nada mais necessário e legítimo do que a criminalização das condutas anti-ambientais. Os bens jurídicos mais importantes merecem a tutela da extrema *ratio*.³¹

Por todos, citamos mais uma vez Marcelo Abelha Rodrigues:

Assim, para verificar a natureza da sanção importa saber não o resultado da antijuridicidade, mas sim qual o bem precipuamente tutelado pela sanção a ser aplicada. Na sanção civil pretende-se a reparação do dano criado pela antijuridicidade (pelo Poder Judiciário). Numa visão clássica, a sanção penal aplica-se o *jus puniendi* do Estado para a conduta tipificada como crime (pelo Poder Judiciário); na sanção administrativa a aplicação pela Administração refere-se ao fato objetivo de infração à norma de conduta, sem se pretender possuir, como na penal, um caráter punitivo pelo ato praticado.³²

Resta inequívoca então a tríplice natureza da responsabilidade e da obrigação de todos para com o meio ambiente, indo desde a obediência civil (estrito cumprimento da lei), à não

²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos de Direito Ambiental – parte geral*, São Paulo: RT. ISBN: 8520327133. p. 274

³⁰ MILARÉ, Edis, *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudencial, glossário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004 ISBN: 8520324010

³¹ BENJAMIM, Antônio Herman V., *Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral*, in *Direito Ambiental em Evolução* 2, org. Vladimir P. Freitas, Curitiba, Juruá, 2000, ISBN: 857394605-9. p. 29

³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental – parte geral*. São Paulo: RT. ISBN: 8520327133. p. 266;267

causação de dano e o dever de repará-lo e, por fim, a abstenção da prática das condutas criminalizadas.

Por fim, reiteramos tanto a independência destas três vertentes, que serão aferidas em separado, dado que os elementos que as configuram são distintos, como também sua cumulatividade, consoante expressa disposição constitucional no parágrafo terceiro do artigo 225º, anteriormente transcrito.

1.4. Da Responsabilidade Ambiental em Portugal – período atual

Até um passado recente a preocupação sobre a defesa do Ambiente residia principalmente na responsabilização do dano causado ao ser humano e a outros bens, ficando num segundo plano a questão da reparação do ambiente propriamente dito.

Todavia, com o passar dos anos e diante dos diversos desastres ecológicos ocorridos nos cinco continentes, criando significativos riscos para a biodiversidade, as atuais e futuras gerações e à saúde humana em todo o planeta, houve uma mudança de paradigma, pois tornou-se imperativo prevenir, evitar e também responsabilizar os causadores pelos estragos causados, obrigando-os a reparar o ambiente.

E foi justamente nesta perspectiva que a União Europeia implantou a Diretiva nº2004/35/CE³³, de 21 de abril de 1991, com a finalidade de responsabilizar direta e objetivamente o operador, e subjetivamente, todos aqueles direta ou indiretamente envolvidos, sempre que agirem de forma omissa ou negligente, por lesão de espécies e habitats protegidos, bem como na ameaça iminente de dano³⁴. A par da Diretiva mencionada, tem-se também o Tratado CE, no art.º 175º nº1³⁵, que dá aos Estados Membros a possibilidade de adotarem medidas mais reforçadas de proteção do ambiente, inclusive de cunho econômico e securitário, visando assegurar o cumprimento de medidas tendentes a prevenir e reparar eventuais danos ambientais.

Portugal, internalizando a Diretiva nº 2004/35/CE, a transpôs para seu próprio ordenamento jurídico, através do Decreto-Lei nº 147, de 29 de julho de 2008, que aprova o

³³ Objeto de duas alterações, pela Diretiva nº2006/21/CE e Diretiva nº2009/31/CE. Esta última introduz uma categoria nova no seu anexo III, em que o operador fica sujeito ao regime de responsabilidade objetiva e obrigatoriedade de possuir garantia financeira.

³⁴ V. art.º 3º, nº 1 da Diretiva.

Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais (RJRA)³⁶, com o objetivo principal de aplicabilidade deste princípio primordial da política ambiental, de que “quem polui-paga”.

Veja-se de seu preâmbulo:

Assim, estabelece-se, por um lado, um regime de responsabilidade civil subjectiva e objectiva nos termos do qual os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental. Por outro, fixa-se um regime de responsabilidade administrativa destinado a reparar os danos causados ao ambiente perante toda a colectividade, transpondo desta forma para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva. A Administração assume, nesse contexto, a tarefa de garantir a tutela dos bens ambientais afectados, superando as dificuldades que podem advir da afectação de um universo alargado de lesados. Procura-se também superar as apontadas dificuldades dos regimes de responsabilidade ambiental consagrando um regime de responsabilidade solidária, tanto entre participantes quanto entre as pessoas colectivas e os respectivos directores, gerentes ou administradores, e norteados a demonstração do nexo de causalidade para a preponderância de critérios de verossimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada. Por último, impõe-se ainda a um conjunto de operadores a obrigação de constituírem garantias financeiras que lhes permita assumir a responsabilidade ambiental inerente à actividade que desenvolvem. A implementação dessa obrigação pressupõe, contudo, que o mercado financeiro esteja em condições de fornecer as soluções adequadas aos operadores, pelo que, sem prejuízo de poderem (e deverem, numa lógica cautelar) constituir desde já esses mecanismos, a sua obrigatoriedade só é exigível a partir de 1 de Janeiro de 2010.”

Pelo ali exposto, qualquer um, independentemente da atividade que exerça, está proibido de poluir, e, caso o faça, será responsabilizado financeiramente e será obrigado a reparar o dano tanto quanto necessário. O RJRA apresenta então um conjunto normativo impositivo que concilia as medidas de prevenção, reparação e de responsabilização já desenvolvidos na Lei de Bases do Ambiente.

Estes dois dispositivos, juntamente com a Lei da Participação Procedimental e da Ação Popular³⁷ consagraram a importância da participação de todos enquanto protetores do ambiente, atribuindo legitimidade a particulares, entre outros.

³⁵ Atual art.º 191º do Tratado da União Europeia. UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF

³⁶ PORTUGAL. DL n.º 147/2008, de 29 de Julho - **REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&

Em Portugal é grande o arcabouço jurídico ambiental, como pode ser visto no quadro sinótico compilado por Pedro Baila Antunes, integrante do artigo “Evolução do Direito e da política do Ambiente Internacional, comunitário e nacional”³⁸, disponível na internet, que elenca trinta e oito dispositivos legais de natureza ambiental.

³⁷ PORTUGAL. Lei n° 83/95, de 31 de Agosto - DIREITO DE PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL E DE ACÇÃO POPULAR. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=

³⁸ Antunes, Pedro Baila. *Evolução do Direito e da política do Ambiente Internacional, comunitário e nacional*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.ipv.pt/millenium/ect7_pba.htm

CAPÍTULO II – DOS ASPECTOS PENAIS GERAIS

Se o Direito surgiu como decorrência da vida em sociedade, na forma de regras de conduta mínimas que deviam ser seguidas a fim de possibilitar a vida em comum, simultaneamente os estudiosos verificaram que destas regras, ou, mais especificamente, dos bens da vida à estas vinculados, alguns tinham maior importância do que outros, razão pela qual a estes foi dado um tratamento diferenciado, com o objetivo tanto de evitar sua violação como de punir de forma proporcional os que porventura dessem causa à esta violação. De fato, dentre os bens e interesses tutelados pelo direito objetivo, existem alguns cuja violação ultrapassa os limites individuais, afetando de forma significativa a própria coletividade.

O direito à vida, à honra e à integridade física são alguns exemplos destes bens e interesses. A par de normas, por exemplo, de direito civil, tributário e outros, tais bens, e muitos outros, são também tutelados por outras normas, de caráter penal. A violação de norma desta natureza atenta para os bens de maior valoração que possua o homem, e, por isso mesmo, sua ocorrência carece de aplicação de sanção específica, diferenciada, e isto tem sua razão de ser.

Não basta apenas o nascimento para a plena satisfação do homem. Há mais do que isso, seja na vida individualmente considerada, seja na vida organizada em sociedade, dentro de um Estado de Direito. Para a satisfação plena do ideal social o homem possui determinadas necessidades, e estas são amparadas pelo direito, que, prevendo quais seriam, as tutela e protege.

2.1. Da Evolução do Direito Penal

O Estado, através do poder legislativo, edita as normas de natureza penal que, de forma abstrata, prevê as condutas que, caso verificadas, acarretarão a aplicação de uma sanção de natureza penal. Ao fazê-lo, surge para ele (o Estado), o chamado *jus puniendi* – direito de punir – em abstrato, e para o particular, surge o dever de se abster de praticar a (s) conduta (s) prevista (s) naquelas normas.

Quando alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, o referido *jus puniendi* sai do plano abstrato e passa a ser concreto, transformando-se no dever do Estado de infligir a pena ao autor da conduta proibitiva. Dessa forma, o Estado pode exigir que o direito do autor da conduta de conservar sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o direito à liberdade pela aplicação da pena.

Assim, o direito penal é um dos meios formais de controle do Estado, que especificamente visa proteger os bens da vida mais valiosos para o homem. É o direito penal de suma importância para a preservação da ordem social e política, ou seja, para que se mantenha a integridade do Estado Democrático de Direito; outrossim, o direito penal é sem dúvida o mais gravoso dos meios formais de controle estatal, tanto pela sua origem, tutelando os bens mais valiosos e cuja lesão acarreta mais prejuízos, como pelo seu consequente, dadas as penas/sanções decorrentes de aplicação da norma ao caso concreto.

Que se pondere, porém, a necessidade de gradação entre a efetividade deste controle e uma necessária limitação deste, a fim de que não haja uma desproporcionalidade entre a causa e seu consequente, e é esta proporcionalidade justamente o ponto de maior preocupação do estudioso do Direito Penal. Definitivamente afastadas as pretéritas formas de sanção, de tal forma desmedidas que se assemelham à barbárie, é de se instituir um sistema que, ao mesmo tempo em que puna o agente, garanta a inviolabilidade do ordenamento, mas, ao fazê-lo, não configure manifesta afronta aos princípios que fundamentam a própria validade deste sistema. Assim, na evolução do direito penal, um marco histórico foi o Iluminismo³⁹.

Iniciado ao final do Século XVIII, na Europa, neste período houve a, por assim dizer, humanização do direito penal, com a valorização da pessoa humana e desenvolvimento da concepção legalista para o aspecto penal. Luiz Flávio Gomes, em sua obra *Direito Penal – Parte Geral*, assim dispõe:

Particularmente significativa neste período foi a obra de um “precursor”, Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, *Dos delitos e das Penas*, de 1764; obra de grande difusão na época, que representa o manifesto crítico (o ponto de partida) da orientação liberal no Direito Penal, foi seu grito de guerra, assim como seu programa tático. Beccaria criticou a irracionalidade, a arbitrariedade e a crueldade das leis penais e processuais do Século XVIII.

Partindo da idéia do contrato social (Rousseau) Beccaria propugnou pelo princípio da legalidade dos delitos (legalidade criminal) e das penas (legalidade penal), pela conveniência de uma política de prevenção do crime, assim como pela teoria utilitarista do castigo estatal (que deveria visar e evitar futuros crimes). Clamou pela proporcionalidade da reprimenda e dizia que a

³⁹ Iluminismo. Movimento intelectual do século XVIII, caracterizado pela centralidade da ciência e da racionalidade crítica no questionamento filosófico, o que implica recusa a todas as formas de dogmatismo, especialmente o das doutrinas políticas e religiosas tradicionais. Filosofia das Luzes, Ilustração, Esclarecimento, Século das Luzes. HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. BRASIL: Objetiva. ISBN: 8573029633. Verbetes: Ilustração e Iluminismo.

pena certa, rápida e proporcional ao delito é mais eficaz que a pena severa, cruel (mais vale a certeza da punição que a cominação de penas exageradas, mas que nunca ou quase nunca são cumpridas).⁴⁰,”

Hoje então temos várias correntes político-criminais, com delineamentos e valores distintos, dando diferentes tratamentos à pena propriamente dita. As correntes absolutistas, como a corrente retribucionista e a neo retribucionista, baseiam-se na função retributiva da pena, servindo como argumento autorizador da atuação estatal, eminentemente punitivo. A sanção tem a função de conter os desvios, ou seja, combater o mal com o mal. Cezar Roberto Bittencourt explica em seu Tratado de Direito Penal⁴¹ que muito embora Immanuel Kant e Georg Wilhem Fiedrich Hegel tenham sido os principais defensores desta teoria absolutista da pena, é preciso destacar também Francesco Carrara, Edmund Mezger, Hans Welzel, H. H. Jescheck, entre outros.

Tal corrente atribui um caráter predominantemente totalitário às políticas criminais, funcionando como meio efetivo de opressão, manutenção da ordem e dominação social. Um bom exemplo dessa doutrina é encontrada na política de tolerância zero⁴² implantada na cidade de Nova York, antes dominada pelo crime, pelo então prefeito Rudolf Giuliani.

Baseada na teoria das janelas quebradas, desenvolvida por James Q. Wilson e George Kelling em 1982, pela qual uma comunidade caracterizada por desleixo e desordem, simbolizados pelas mencionadas janelas quebradas, seria propícia para a prática de crimes mais violentos e graves, em Nova York a repressão total a pequenos delitos teria um efeito inibidor de delitos mais graves.

Em 1982 a revista *The Atlantic Monthly*⁴³ publicou uma teoria elaborada pelos estudiosos americanos James Wilson e George Kelling, denominada de Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory), que parte da premissa de que existe uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade. Tal teoria é baseada num experimento realizado anos antes por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, envolvendo um automóvel deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto, California, e outro deixado no Bronx, Nova York. No

⁴⁰ GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Introdução*, São Paulo: Ed. RT, 2ª Ed., 2003, ISBN 8520324223. p. 28-29

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. ISBN: 9788502041943. p. 118-119

⁴² Sobre o assunto: MANRÍQUEZ, Alfredo Rene Uribe. *Tolerancia cero: El nacimiento de la tolerancia cero -- Algunas observaciones acerca de las ventanas rotas -- Assuntos de polis*. Revista Brasileira de Estudos Criminais. V. 14 n. 63. São Paulo: Editora RT, nov/dez. 2006. ISSN: 1415-5400. p. 24

Bronx o veículo foi depenado em 30 minutos e em Palo Alto o carro permaneceu intacto por uma semana. Porém, após o pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente vandalizado em poucas horas.

Nesse sentido, caso uma janela de um prédio esteja quebrada e não seja imediatamente consertada, todos pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade, e, por conta disso, logo outras janelas serão quebradas. Em outras palavras, as pequenas desordens dão origem a crimes mais graves e violentos.

A ideologia da repressão, fundamentada no incremento da criminalidade, passa a justificar a criminalização de pequenos delitos, como a quebra de uma janela, visando assim combater e evitar a grande e violenta criminalidade. Essa tese, desenvolvida principalmente nos Estados Unidos, vem conquistando partidários no mundo todo, muito embora haja fortes evidências de que a mesma seria falha, como já constatou a doutrina:

o espantoso aumento do número de encarcerados não correspondeu a nenhuma alteração relevante na incidência criminal, estabilizada nos anos noventa graças ao pleno emprego e a uma redução demográfica da população jovem, deixando em aberto o real objetivo desse encarceramento massivo.⁴⁴

Um passo adiante da corrente retribucionista, a chamada corrente neo retribucionista se baseia na eficácia de um sistema penal regido por princípios inarredáveis e absolutamente eficazes, que faz a prevenção do delito advir não somente da severidade abstrata da sanção, mas sim, pelo senso da certeza de sua execução quando necessário. Os neo retribucionistas defendem que a sanção penal, além de punir, tem uma tarefa a mais, qual seja, a manutenção da ordem jurídica. Com essa premissa, o aumento da criminalidade ou a possível impunidade de algum delito representaria o fracasso do sistema. Para defendê-la, a resposta é o incremento do sistema através do enrijecimento do braço armado do estado, assim considerada a autoridade policial, estabelecimentos prisionais e legislação criminal.

Tal corrente recebe fortes críticas, mas é dela que se extraem atuais exemplos do chamado direito penal extravagante, como o direito penal tributário, penal ambiental e outros.

Outra corrente denomina-se abolicionista radical, segundo a qual deve-se pôr fim ao direito penal e à sanção como meios de controle formal, substituindo-os por métodos mais

⁴³ WILSON, James Q., KELLING, George L. **Broken Windows**. in *The Atlantic*. March 1982. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.theatlantic.com/ideastour/archive/windows.html>

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. ISBN 8571064180. p. 632.

informais de controle. O abolicionismo defende, de forma radical, a supressão do sistema, confiando o tratamento do delito e suas consequências a outras formas de controle social (informal). Dentre as correntes abolicionistas, sua vertente mais radical pugna a eliminação de todo o sistema penal, Poder Judiciário, Ministério Público, autoridade policial, bem como de qualquer controle formal, fulcrado em outros ramos do direito, sob o fundamento de que o controle estatal produz mais efeitos negativos que positivos. Já outras correntes, menos radicais, defendem tão somente a minimização das penas, privativas de liberdade, principalmente, mantendo-se, todavia, o sistema penal. Zaffaroni⁴⁵ menciona como abolicionistas Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Michel Foucault e Nils Christie.

Por fim, a corrente da intervenção mínima propugna uma abolição mais tênue do direito penal, através não da exclusão total, mas da descriminalização, desjudicialização e descarcerização gradativas, ou seja, reconhece a utilidade do sistema penal mas considera mais adequada a utilização de outros métodos menos formais. Nilo Batista⁴⁶, Fernando Capez⁴⁷, Cezar Roberto Bittencourt⁴⁸ e Cleber Masson⁴⁹ são defensores desta corrente.

Esta última parece mais correta e atual, sem o radicalismo das demais, ao contrário, ponderando todos os valores que compõem o sistema como um todo, interdependente que é.

2.2. Teoria do Crime

Da mesma forma que o Direito Penal teve sua essência e finalidade discutidos, com a função da pena também assumindo grande relevância, o delito, elemento nuclear do direito penal, também é objeto de análise pela doutrina, havendo diversas teorias bastante discutidas até os dias de hoje.

Como o delito, em qualquer de suas modalidades, depende necessariamente de uma conduta, seu estudo se baseou justamente na análise deste elemento, e sua consideração em torno dos diversos aspectos do sistema jurídico como um todo.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN 8571060320. p. 98.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. ISBN 8571060231. p. 85

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502114272. p. 38

⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 8502031082. pp. 11, 12 e 39

⁴⁹ MASSON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2014. ISBN 9788530961343. p. 102

O Direito penal, como não podia deixar de ser, é permeado por diversos princípios, sendo, entretanto, o princípio da legalidade estrita aquele que mais se verifica presente, juntamente com o princípio da tipicidade cerrada.

Especificamente quanto ao princípio da legalidade, verificamos quatro subprincípios que se complementam entre si. Inicialmente, quanto à existência abstrata do crime e da sanção pela sua ocorrência, temos a legalidade criminal, prevista no artigo 1º do Código Penal Brasileiro⁵⁰ e Artigo 1º do Código Penal Português⁵¹, segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina, e a legalidade penal, prevista na parte final dos mesmos dispositivos, que preveem que não há pena sem prévia cominação legal. De longa data vem a expressão latina que o descreve: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Artigo 1.º - Princípio da legalidade

1 – Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.

2 – A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento.

3 – Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde.

Quanto à sua aplicação e execução no caso concreto, verificamos mais dois: o primeiro na forma do princípio da legalidade jurisdicional ou processual, corolário do devido processo legal, segundo o qual não haverá processo sem lei, ou seja, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil, e nos artigos 20º e 32º, entre outros, da Constituição da República Portuguesa⁵², cujo equivalente latino, também muito antigo, é: *nemo damnetur nisi per legale iudicium*:

⁵⁰ BRASIL – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm

⁵¹ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁵² PORTUGAL - CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Artigo 20.º - (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

Artigo 32.º - (Garantias de processo criminal)

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.
4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento.
7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.
8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.
9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Por fim, temos a legalidade quanto à aplicabilidade efetiva da sanção, através do princípio da legalidade executiva, prevista na Lei de Execuções Penais⁵³, artigo 2º, e na própria

⁵³ BRASIL –Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

Constituição da República Portuguesa, nos itens 4. E 9. Do artigo 32º acima transcrito, e, novamente, sua origem vem do latim antigo: *nulla executio sine lege*:

Artigo 2º da Lei de Execuções Penais: A jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Temos então a estreita vinculação entre o delito e a lei, e dentro deste aspecto analisaremos os elementos do crime, sempre lembrando que há outros fatores além do formalismo da Lei, que incidem proativamente na formação do delito punível, justamente por conta deste formalismo, que é o reflexo do sentimento estatal de criminalizar as condutas que afetem os bens jurídicos de maior valor.

Diversas são as teorias que pretendem adequar a incriminação ao ideal estatal de controle e preservação das garantias e direitos individuais. Daí as citadas teorias desdobram e analisam o tipo e suas consequências no mundo concreto.

Inicialmente temos a chamada teoria causalista, que pode ser verificada no ordenamento jurídico pátrio até meados dos anos 70, segundo a qual o delito era composto por dois elementos: um objetivo, verificado pela ocorrência do fato típico e antijurídico – subsumido à norma e oposto à mesma; e um elemento subjetivo, a culpabilidade, que é o vínculo do agente com o fato praticado (o dolo e a culpa).

A seguir, em resposta ao causalismo, excessivamente apegado ao positivismo jurídico, surge a corrente Neokantista, que impõe noções filosóficas a este (positivismo), reduzindo o excessivo caráter formal do causalismo, em detrimento de elementos intrínsecos ao fato, como os aspectos sociais. A noção de ação e omissão é deixada de lado, sendo substituída pela noção de “conduta” e de “comportamento humano”.

Reagindo ao subjetivismo Neokantiano, surge a teoria finalista do delito, cujos pilares fundamentais são a natureza final da ação humana e a possibilidade de comportamento diverso. O método é substituído pelo objeto, e a culpabilidade passa a ser considerada como elemento do tipo.

Por fim, na chamada Teoria Constitucional do Delito, este é decomposto em diversos elementos, que, reunidos, formam o arcabouço configurativo do instituto, que são a tipicidade material, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade.

Juntos, formarão os requisitos do fato punível. Aqui não mais nos atemos à mera realização formal da conduta descrita em lei, mas a outros elementos necessários à sua caracterização.

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro⁵⁴ faz a seguinte definição de crime:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Veja-se em verdade que o que a lei acima fez foi simplesmente distinguir crime de contravenção, ficando a cargo da doutrina nacional fazer a conceituação de crime propriamente dita. Assim, há na doutrina conceitos de crime sob três diferentes pontos de vista: conceito material, conceito formal e conceito analítico.

De acordo com o conceito material, crime é a lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Segundo o conceito formal, é a conduta abstrata descrita no tipo. Quanto ao conceito analítico, há dois entendimentos: enquanto alguns afirmam que crime é fato típico, antijurídico e culpável (teoria tripartida) e outros entendem que crime é fato típico e antijurídico, enquanto a culpabilidade figura como pressuposto para a aplicação da pena (teoria bipartida).

Em Portugal, o Código Penal⁵⁵ e o Código Processo Penal⁵⁶, no seu primeiro artigo, vem definir de forma formal indireta e direta respetivamente o termo crime, afirmando que é «o facto descrito e declarado passível de pena por lei»⁵⁷, ou, de forma mais específica «conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais»⁵⁸.

⁵⁴ BRASIL – Decreto Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm

⁵⁵ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁵⁶ PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

⁵⁷ Art. 1º, nº1 CP

⁵⁸ Art. 1º, nº1 CPP

Apesar das definições legais acima apresentadas, a exemplo da legislação brasileira a legislação portuguesa deixa de atribuir um conceito material ao crime propriamente dito⁵⁹, cabendo novamente à doutrina fazê-lo. Outrossim, mesmo sem uma noção material específica, e independentemente da classificação do elemento como elemento do crime, pressuposto da pena ou outro, para que um fato concreto possa ser qualificado como crime e o agente seja responsabilizado, cinco são os elementos a serem analisados: ação ou conduta (em sentido amplo), tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade⁶⁰. Tais elementos são cumulativos, ou seja, a inexistência de algum desclassifica o fato como crime e impede a responsabilização.

2.3. Dos Elementos do Crime

2.3.1. Da Ação ou Conduta

A ação, ou conduta, é o núcleo do conceito de crime, bem como de todo o direito penal, sendo a partir dela que todo e qualquer estudo se inicia e se encerra. As condutas podem ser jurídicas, independentes da vontade humana, ou voluntárias, dependentes da vontade humana e dominadas pelo elemento volitivo, ou seja, pela vontade, podendo ainda ser comissivos ou omissivos, legais ou ilegais.

Para o presente estudo importa apenas o ato ilícito voluntário, ou seja, um comportamento humano⁶¹. Todo fato punível é, antes de tudo, uma ação em sentido amplo (positiva – fazer ou negativa – deixar de fazer⁶²), que se tornará relevante sob o ponto de vista penal quando apresentar os atributos da contrariedade à lei e da tipicidade. Se não existe conduta, ou se esta não se apresenta como ilícita e típica, não há crime.

Além disso, a ação, em sentido amplo, gera uma lesão, seja ela de natureza formal, pela violação à norma e, por conseguinte, ao bem jurídico por ela tutelado, e/ou material, pela lesão a outra pessoa ou a outro bem da vida. Desta premissa depreende-se que de todos os crimes

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723221084. pp.106 ss.

⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Ariel, 1994. ISBN 9788434415478. pp.219 e ss.; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal, Volume I*, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724001234. pp.199 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723221084. p.237.

⁶¹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal, Volume I*, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724001234. p.234.

⁶² SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Noções de Direito Penal, 5.ª Ed. Atualizada*. Porto: Rei dos Livros, 2016. ISBN: 9789898823151. pp. 64 ss.

decorrem lesões formais, mas nem de todos decorrem lesões materiais, como por exemplo os chamados crimes de perigo.

2.3.2. Da Tipicidade

De acordo com o princípio da legalidade⁶³, um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico penal, crime é tudo o que a lei penal tipifica como tal. Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal⁶⁴.

O conceito de tipo é corolário natural do princípio da legalidade, segundo o qual não pode a lei classificar genericamente os delitos, devendo descrevê-los minuciosamente, delimitando, em termos absolutamente precisos, o que o ordenamento entende por fato criminoso. Veja-se a definição de Luiz Vicente Cernicchiaro:

Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso. Em outras palavras, a garantia há que ser real, efetiva. Uma lei genérica, amplamente genérica, seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado, efetivamente, o direito de liberdade. Qualquer conduta que conduzisse àquele resultado estaria incluída no rol das infrações penais. Inviável, por exemplo, o tipo que descrevesse: ‘ofender a honra de alguém’ – Pena de ‘tanto a tanto’. O tipo exerce função de garantia. A tipicidade (relação entre o tipo e a conduta) resulta do princípio da reserva legal. Logicamente, o tipo há de ser preciso para que a ação seja bem identificada⁶⁵

O tipo de crime pode conter elementos descritivos e elementos normativos⁶⁶. Os primeiros correspondem à conduta propriamente dita, A ação realizada pelo agressor, enquanto que os elementos normativos complementam os primeiros, correspondendo a ideias, bens, pessoas etc., verificando-se o tipo quando da presença de ambos.

Para além dos elementos, o tipo de crime também pode ser classificado quanto à sua forma. Num primeiro plano pode-se ter crimes de tipo aberto, quando a descrição da norma deixa ao intérprete a possibilidade de completar o tipo, e que será objeto de um capítulo à parte no

⁶³ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português*, Volume II, 2ª Ed. Lisboa: Verbo, 2005. ISBN 9722219022. p. 22; SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Noções de Direito Penal*, 5.ª Ed. *Atualizada*. Porto: Rei dos Livros, 2016. ISBN: 9789898823151. pp. 18 ss

⁶⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Volume I, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724001234. pp. 273 e ss.

⁶⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1995. ISBN 8520313205. p. 14

presente trabalho, e num segundo plano pode-se ter crimes de tipo fechado, que constituem a grande maioria dos delitos previstos no Código Penal, onde apenas é necessário constatar que a conduta se adequa à norma.

Assim, temos o conceito de tipo e sua necessária correlação com a Lei, e, por conseguinte, com a existência e verificação do delito. A tipicidade legal ou formal deu lugar à tipicidade material, que é composta por: a) a realização da conduta prescrita em lei, que é a mera subsunção do fato a norma; a seguir, para os chamados crimes materiais, temos b) a realização do resultado naturalístico; c) o nexo de causalidade entre estes; d) a imputação objetiva da conduta, ou seja, a criação de um risco proibido relevante, e) a produção de um resultado jurídico relevante, e por fim e) a imputação objetiva deste resultado.

O ponto nuclear do conceito de tipo reside no último item, que consiste no nexo existente entre o resultado atingido, que necessariamente deve estar no âmbito de abrangência da norma, e o risco proibido criado pela conduta praticada. Isto é decorrência justamente da observância dos princípios, direitos e garantias fundamentais contidos no ordenamento jurídico.

2.3.3. Da Ilicitude

Depois de se ter analisado a tipicidade da conduta, ou seja, a adequação da ação ao tipo penal, se faz necessário conferir sua ilicitude, também denominada de antijuridicidade ou ilegalidade.⁶⁷ Analisar a licitude da conduta é verificar se tal conduta típica é contrária ao Direito, logo, ilícita, e, portanto, constitui um injusto. Portanto, o termo ilicitude é tratado como sendo a divergência ou oposição entre a conduta e o ordenamento jurídico como um todo, que levará à lesão de um bem jurídico, ou, noutros termos, a negação/violação de certos valores jurídico-criminais. Como já foi mencionado, a tipicidade distingue-se da ilicitude porquanto aquela é uma violação à norma penal, e esta ao ordenamento jurídico como um todo.

Uma conduta receberá a qualificação de ilícita quando se encaixar nos elementos do tipo, nos pressupostos de imputação, e na confrontação com as normas permissivas. Noutras palavras, a tipicidade implica um desvalor social do ato e a ilicitude um desvalor social do resultado.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 269 ss; SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português, Volume II, 2ª Ed.* Lisboa: Verbo, 2005. ISBN 9722219022. p. 24; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I. 2ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723215236. pp. 288 ss.

⁶⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, 4ª ed. reimp.* Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724042053. p. 87.

2.3.4. Da Culpabilidade

O Código Penal Português prevê, em seu art. 13º, que «só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos em lei, com negligência». Assim, conclui-se que a punição só terá lugar quando houver voluntariedade do agente, no sentido de praticar uma conduta reprovável pelo ordenamento jurídico. Na lei, na doutrina e na Jurisprudência a culpabilidade é pressuposto e fundamento indeclinável da responsabilidade penal, e a culpabilidade como integrante do conceito do crime deve ser analisada tanto no momento da ocorrência do facto como também no momento da aplicação da pena.

A culpa, em sentido amplo, pode-se dar por dolo ou negligência (*culpa stricto sensu*), conforme artigos 13º, 14º e 15º do Código Penal Português⁶⁸. Verifica-se o dolo quando o resultado do facto ilícito é previsto e desejado pelo agente, e a negligência verifica-se quando o resultado do facto ilícito era previsível, mas não desejado, pelo agente. Em termos legais o CP vem definir no seu art.14.º a acção dolosa como a acção que é praticada por quem, «representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar», e a acção negligente no art.15.º como aquela praticada por quem «por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz»⁶⁹:

Artigo 13.º - Dolo e negligência

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.”

Artigo 14.º - Dolo

1 – Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 – Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 – Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.

Artigo 15.º - Negligência

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou

b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

⁶⁸ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

O dolo, em sentido estrito, é composto por um elemento intelectual ou cognitivo, no sentido de se saber que a conduta a ser praticada constitui crime, e por um elemento volitivo, que consiste na vontade do agente em praticar o ato. Quanto ao elemento volitivo são encontradas três formas, todas previstas no Código Penal Português: o dolo direto, o necessário e o eventual.

O dolo direto está previsto no nº1 do artigo 14º do Código Penal, correspondendo à efetiva intenção: o agente prevê e tem como fim a realização do fato criminoso, ou seja, o objetivo do agente é de fato a conduta típica; o dolo necessário está previsto no nº.2 do mesmo artigo, restando caracterizado quando o agente sabe que sua conduta caracterizará um fato tipificado como crime, mas ainda assim o pratica; e, por fim, o dolo eventual, caracterizado quando o agente não deseja atingir o fim mas este acaba ocorrendo; o agente previu o resultado como consequência possível da sua conduta, mas não se absteve de praticá-la, conformando-se com a produção do resultado.

Já a negligência é caracterizada pela ausência do dever de cuidado, do dever de diligência, que sobre todos recai, no sentido da adoção de comportamentos adequados e necessários para que o fato típico não ocorra.

Em termos de negligência também é a ação ou a omissão que caracteriza a prática ilícita do agente, sendo que o que a diferencia do dolo é a diligência, ou melhor, a falta dela. Nos crimes por negligência a culpa reside na falta de concentração, na distração, no dever de cuidado que levaram ao resultado tipificado e que podia ser evitado tendo em conta a sua previsibilidade, contudo, tal não quer dizer que o agente quis, de fato, praticar o ato ilícito.

A definição legal da negligência está prevista no caput do artigo 15.º do Código Penal, e suas alíneas conceituam a chamada negligência consciente e a inconsciente.

A negligência consciente, prevista na alínea a), é verificada quando o agente admite como possível a realização de um resultado típico, mas está confiante de que o resultado não será atingido, não tomando assim as devidas precauções para o evitar. A negligência inconsciente, prevista na alínea b), por sua vez, é verificada quando o agente sequer prevê o alcance da conduta praticada⁷⁰.

⁶⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal, Volume I, reimpressão*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724001234. pp.367 ss.

⁷⁰ SILVA, Fernando. *Direito penal especial: os crimes contra as pessoas: crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*. 3ª ed. rev., atualiz. e aum. Lisboa: Quid Juris, 2011. ISBN 9789727245635. p. 147.

A par da negligência consciente e inconsciente, a doutrina e a legislação ainda apontam duas outras categorias, quais sejam, a negligência simples⁷¹, que é aquela relacionada à conduta exigível ao homem médio⁷², e a negligência grosseira, prevista no artigo 137.º n.º2., a qual consiste numa violação grave do dever de cuidado, agravando o desvalor do agente relativamente ao fato e ao resultado obtido com a conduta.

2.3.5. Da Punibilidade

Tal elemento constitui uma categoria bastante controvertida na dogmática jurídico-penal, podendo ser definida, de forma simplista, como sendo a possibilidade jurídica de impor a sanção. O Professor Germano Marques da Silva entende que punibilidade não é um elemento constitutivo do crime, mas sim sua consequência, condicionada pelas assim chamadas condições de punibilidade⁷³. Já o Professor Jorge de Figueiredo Dias é um dos que defendem a punibilidade como elemento do crime, sustentando que, nos dias atuais é impossível dissociar a punibilidade do conceito de crime, pois a finalidade do Direito Penal está ligada à função ressocializadora e preventiva da pena. Se o legislador entendeu que o agente em determinados casos é isento de pena, é porque esta não atenderia à dignidade penal⁷⁴.

A sanção penal é a resposta penal justa, útil, necessária e socialmente adequada dada àquele que pratica a conduta contrária ao direito descrita na norma penal. Logo, não se trata de

⁷¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código penal português: anotado e comentado: legislação complementar, 16ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 105.

⁷² “VIII - Melhor analisando o requisito da compreensibilidade da emoção, dir-se-á que o mesmo consiste no entendimento, compreensibilidade e perceptibilidade da emoção, no sentido de que esta só será relevante quando aceitável. Esta aferição deve ser avaliada em função de um padrão de homem médio, colocado nas condições do agente, com as suas características, o seu grau de cultura e formação, sem perder de vista o agente em concreto; a partir da imagem do homem médio (diligente, fiel ao direito, bom chefe de família) tentar-se-á apurar se, colocado perante o facto desencadeador da emoção, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar em que o agente se encontrava, se conseguiria ou não libertar da emoção violenta que dele se apoderou, sem esquecer que o que se pretende apurar não é se o homem médio também mataria a vítima ou se reagia em termos idênticos (o que interessa averiguar é se a emoção é ou não compreensível), mas sim se o homem médio não deixaria de ser sensível àquela situação, sem se conseguir libertar da emoção, para se compreender se é menos exigível ao agente que não mate naquelas circunstâncias.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo 05P3789. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954ff0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3624e2fc43ea0aae8025722a0048bf60?OpenDocument>

⁷³ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português, Volume II, 2ª Ed.* Lisboa: Verbo, 2005. ISBN 9722219022. pp. 41-42.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I. 2ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723215236. p. 280.

uma mera consequência do crime. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos⁷⁵, que, mesmo não incluindo a punibilidade no conceito de crime, defende que as condições objetivas de punibilidade e os fundamentos excludentes de pena são características que pertencem ao fato, de modo que seu autor pode decidir realizar ou não realizar a ação típica conforme sua existência ou inexistência.

2.3.6. Do Resultado como Elemento do Tipo.

Pode-se então tentar definir de modo simplista crime como um ato que ofenda ou ameace um bem ou interesse jurídico fundamental para a coexistência da vida em sociedade, e que, como tal, é protegido pelo Estado através pela cominação de uma pena aplicada àquele que o lesar. Mas, como foi observado pela identificação dos seus elementos constitutivos, a construção analítica do crime é muito mais complexa. É certo que, como bem acentua Rogério Greco⁷⁶, «o crime é um todo unitário e indivisível», e que «ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí a sua importância», e as diversas teorias acerca do delito corroboram a complexidade do tema.

A par do estudo até então apresentado, outro aspecto também merece análise, que é a classificação do delito quanto ao resultado. É incontroverso que todo crime possui um resultado, que pode ou não ser concreto, que pode até se confundir com a própria conduta do agente, mas que, indiscutivelmente, sempre deverá afetar o bem jurídico tutelado, pois, caso não o faça, o fato não coincidiria com o tipo penal supostamente violado e, portanto, não caracterizaria crime.

Este resultado pode ser de duas naturezas, uma caracterizada por uma modificação sensível do mundo exterior, concreta e naturalmente comprovável, como por exemplo a morte, para o crime de homicídio⁷⁷, que é denominada resultado naturalístico, e a outra, denominada resultado jurídico ou normativo, que é a modificação gerada no mundo jurídico, na forma de dano

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN: 8573876271. p. 267.

⁷⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 11ª ed. Niterói: Impetus, 2009. ISBN 9788576263258. pp.144-145

⁷⁷ Artigo 121 do Código Penal Brasileiro e 131º do Código Penal Português. BRASIL – **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm e PORTUGAL – **Decreto Lei nº 48, de 15**

efetivo ou potencial, ferindo determinado interesse tutelado por uma norma penal, mas sem produção de efeitos externos propriamente ditos, ou seja, sem resultados concretos, como a invasão de um domicílio, o porte ilegal de arma de fogo e outros, que nada causam sob o aspecto naturalístico mas provocam um resultado jurídico.

Os crimes que apresentam este resultado naturalístico são denominados crimes materiais, ou seja, para sua caracterização, o que importa, portanto, é o resultado naturalístico, tendo tanto o Brasil⁷⁸ como Portugal⁷⁹ adotado esta teoria e denominação. Já os crimes que não dependem deste resultado, ou aqueles em que sequer este resultado pode ser atingido, são denominados crimes de atividade, se dividindo em crimes formais e crimes de mera conduta. Veja-se que os crimes materiais apresentam um resultado naturalístico e um resultado jurídico, mas a recíproca não é verdadeira; os crimes de atividade possuem resultado jurídico, mas não possuem resultado naturalístico.

Nos crimes materiais, o resultado naturalístico descrito no tipo é indispensável para a consumação, ou seja, integram o tipo a conduta e seu reflexo, com o nexo de causalidade entre eles. Sua consumação está inteiramente subordinada à ocorrência deste resultado naturalístico como consequência da conduta praticada.

Já nos crimes formais há a previsão de um resultado finalístico, mas a consumação do delito ocorre antes mesmo deste resultado e sequer dele depende para que o delito reste como caracterizado e consumado, como por exemplo na extorsão mediante sequestro⁸⁰ do Código Penal Brasileiro e Rapto do Código Penal Português⁸¹.

de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁷⁸ JESUS, Damásio de. *Direito Penal. 1º Volume – Parte Geral. 25ª ed.* São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN 8502003844. p. 210

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed, 2ª reimpr.* Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 9789723221084. p. 306

⁸⁰ “Extorsão mediante sequestro

Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

[...]” BRASIL – **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm

⁸¹ Código Penal Português

“Artigo 161.º

Rapto

1 - Quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de:

a) Submeter a vítima a extorsão;

Veja-se a doutrina de Manoel Pedro Pimentel⁸², acompanhando a majoritária doutrina:

crime material é aquele em que a descrição feita no preceito típico da norma inclui, como elemento essencial do fato típico, a produção de determinado resultado. É o crime de dano por excelência. O efeito lesivo deve-se concretizar em uma exteriorização destacada da ação.

[...]

crimes formais são aqueles em que o dano ou perigo constitutivos do crime se tornam realidade com o desencadear da conduta. O resultado que a lei considera relevante para a perfeição da figura delituosa já se completa com a própria conduta.

Por fim, há os chamados crimes de mera conduta, em que o resultado naturalístico não é posterior à conduta tampouco coincidente com esta. É simplesmente inexistente, por impossível até. Damásio de Jesus os distingue com absoluta propriedade:

Distinguem-se os crimes formais dos de mera conduta. Estes são sem resultado; aqueles possuem resultado, mas o legislador antecipa a sua consumação à sua produção. No crime de mera conduta o legislador só descreve o comportamento do agente. Exs.: violação do domicílio (art. 150), desobediência (art. 330) e reingresso de estrangeiro expulso (art. 338). No crime formal o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para consumação. Exs.: crimes contra a honra, ameaça, divulgação de segredo, violação de segredo profissional etc. No crime material o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. Exs.: homicídio, infanticídio, aborto, participação em suicídio, lesão corporal, furto, roubo etc.⁸³

Logo, todos os crimes, material, formal e de mera conduta, devem apresentar resultado jurídico, pois não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, pelo menos em tese e de forma abstrata, tem-se, no presente trabalho, por configurado o delito. Resta agora, então, estudá-lo no ramo que efetivamente interessa, incluído dentro do chamado Direito Penal Especial ou Extravagante, o dos Crimes Ambientais.

2.4. Da lei penal incompleta

O Direito Penal descreve, através de suas leis, condutas ilícitas, às quais vincula determinada sanção. A lei prevê condutas específicas, criando os delitos e atribuindo ao Estado o poder dever de aplicar as sanções cabíveis em caso de violação. De fato, como o Direito Penal é

[...]”PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁸² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de Mera Conduta*. 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. CCDIR 341.5232. p.62-63

regido, acima de tudo, pelo princípio da legalidade, a lei penal deve ser específica e não genérica ao criar as prefaladas condutas, que, praticadas, constituem crime.

Todavia, há normas penais que nascem incompletas, propositadamente, necessitando ser complementadas ou por outras normas, ou por uma valoração realizada pelo Juízo. Os crimes culposos são um bom exemplo desta última hipótese, pois dependerá do Juízo, ao apreciar as circunstâncias do caso, caracterizar o delito como tendo sido realizado de forma culposa e não dolosa. Neste caso, diz-se que se trata de uma norma penal do tipo aberto, ou seja, que admite esta valoração. Nos tipos abertos, como visto, o complemento decorre do próprio operador do direito. O dispositivo reúne todos os elementos do tipo, mas a complementação é do operador, no caso, o juízo.

Nas normas ditas incompletas o comando incriminador traduz somente parte do que se deseja proibir. As normas incompletas são gênero, que possuem pelo menos três espécies, como atesta Luiz Flavio Gomes⁸⁴:

Lei penal incompleta é um gênero em Direito Penal que compreende várias espécies: a lei penal em branco, a lei penal que faz referência a outra lei quanto à sanção penal (ex.: Lei 2.889/56, que cuida do genocídio), lei que usa requisitos normativos (exigindo do juiz um juízo de valor – ex.: CP, art. 219, mulher *honesto*) etc. Mas a espécie mais expressiva de lei penal incompleta é indiscutivelmente a lei penal em branco, que depende de um comportamento normativo para a exata compreensão do delito. (*grifos do original*)

Para o presente estudo o que interessa é o segundo tipo, de normas penais que necessitam ser complementadas por outras normas, de natureza penal ou não, hierarquicamente iguais ou não. A este tipo de norma penal incompleta dá-se o nome de lei penal em branco. Nesses casos, a norma, ainda que possua sanção determinada, possui uma proibição meramente genérica, devendo ser completada por outra norma, que pode ser até mesmo de natureza administrativa, infralegal. São normas cujo conteúdo é indeterminado, devendo, para possuir exequibilidade, ser complementada por outras normas jurídicas. Os dados descritivos formais do delito encontram-se em pelo menos dois diplomas normativos distintos. Enquanto que o legislador fornece a definição essencial do delito, a norma complementar a explicita. Assim, necessária será sua complementação, para que se possa caracterizar a ocorrência da conduta delituosa. A doutrina

⁸³ JESUS, Damásio de. *Direito Penal. 1º Volume – Parte Geral. 25ª ed.* São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN 8502003844. p. 191

⁸⁴ GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Introdução. 2ª ed.* São Paulo: RT, 2003. ISBN 8520324223. p. 145

assim conceitua o instituto, como se vê no magistério do brasileiro Luiz Régis Prado⁸⁵ e do português Rui Patrício⁸⁶, respectivamente. Acrescenta-se que o doutrinador português, na obra citada, elenca vasta bibliografia e jurisprudência sobre o tema, razão pela qual transcreve-se integralmente sua conclusão sobre o tema.

[...] A lei ou norma penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para sua integração ou complementação. Essa afirmação significa dizer que o preceito, hipótese legal (preceito ou prótase) é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser preenchida colmatada ou determinada por ato outro normativo (legislativo ou administrativo) em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal. [...].

4. Conclusões

- a) Adoptamos um conceito abrangente de norma penal em branco, nele incluindo todos os casos de cisão entre a norma que contém a ameaça penal e a norma de comportamento, ou seja, todos os casos em que a determinação dos pressupostos de aplicação da norma sancionatória penal seja feita, total ou parcialmente, por outra instância normativa (pertencente ou não ao ordenamento penal, e de nível inferior ou não).
- b) Em nosso juízo, os conceitos de norma penal em branco e de tipo aberto não são estranhos entre si, constituindo a norma penal em branco um caso de tipo aberto, ou seja, um tipo que não descreve de modo completo o comportamento proibido, transferindo para o intérprete o encargo de o completar, dentro dos limites e indicações nele próprio contidos.
- c) Entendemos que não é de formular juízos genéricos relativamente à questão (às questões) das normas penais em branco, antes cabendo analisar cada caso, sem prejuízo, porém, da possibilidade e da conveniência de serem fixados critérios orientadores para aquela análise.
- d) Aderimos ao entendimento segundo o qual a Constituição não obriga a que conste do mesmo preceito legal a definição da conduta proibida e a pena que lhe corresponda, pelo que, vista por este lado, a norma penal em branco no enfermará de inconstitucionalidade.
- e) Todavia, se do ponto de vista mencionado na conclusão anterior, a cisão que caracteriza a norma penal é em branco no levanta problemas, já não será assim se chamarmos à colação o princípio da legalidade criminal, quer na sua vertente que exige reserva de lei, quer na sua vertente que exige lege certa.
- f) Efectivamente, exigindo o princípio constitucional da legalidade criminal que a definição dos crimes e das penas seja objecto de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, haverá casos de normas penais em branco em que a definição do crime ou parte dela constará de uma fonte normativa não sujeita àquela reserva.
- g) E certo também que o entendimento acabado de expor imporá, além do mais, um esforço acrescido no sentido de, em cada caso, determinar com rigor os elementos do acto constitutivo da punibilidade, isto, os elementos essenciais para a compreensão

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. V.1. 9ª ed.* São Paulo: RT, 2010. ISBN 9788520336137. p. 183-184.

⁸⁶ PATRÍCIO, Rui. Norma penal em branco – Um comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.4.2001, Revista do Ministério Público nº 88, Ano 22, Out./Dez 2001, pp. 67 e ss. PORTUGAL. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em <http://rmp.smmp.pt/ermp/88/index.html#p=66>

da conduta proibida e/ou para o controlo democrático da incriminação, os quais devem ser totalmente cobertos pela reserva de lei, no nosso modo de ver.

h) De outro passo, deve ter-se em conta que, algumas vezes, a norma penal em branco não assegura as necessárias clareza, previsão e determinabilidade, impostas pelo princípio constitucional da legalidade criminal, não só por via da cisão entre a norma de ameaça ou sancionatória e a norma de comportamento, mas também por via do uso de previsões genéricas e/ou vagas.

i) O que, bem vistas as coisas, também pode redundar em atentado ao princípio da culpa, pois, nesses casos, não encontramos orientação suficiente dos destinatários da norma relativamente às condutas que são proibidas – pelo menos, nos casos em que o agente “médio” precise de conhecer a proibição legal para aceder à consciência da ilicitude da sua conduta.

j) Existe importante jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca da problemática (do feixe de problemas) da norma penal em branco, com destaque para o Acórdão N° 299/1992, de 29 de Setembro de 1992, o Acórdão N° 427/1995, de 6 de Julho de 1995, e o Acórdão N° 534/1998, de 7 de Agosto de 1998.

l) Do conjunto daqueles arestos, julgamos que se deve destacar – porventura como fio condutor dos critérios orientadores que referimos na precedente conclusão c) – a ideia afirmada no Acórdão N° 427/1995 segundo a qual a remissão, em matéria penal, admissível quando feita para instância normativa que não estabeleça nenhum critério autónomo de ilicitude, apenas concretizando o critério legal através da aplicação de conhecimentos técnicos, ou seja, quando a norma incriminadora remissiva não deixe a descoberto nenhum elemento essencial para a compreensão da conduta proibida e/ou para o controlo democrático da incriminação.

Via de regra a cisão entre a norma de comportamento e a norma de sanção⁸⁷, encontradas numa lei penal em branco, se dá de forma que a lei penal preveja esta última, deixando a norma de comportamento ser complementada por outra. Todavia, a doutrina⁸⁸ identifica o fenómeno que chama de normas penais em branco invertidas, ao revés ou às avessas, ou hipóteses de remissão inversa, que são aquelas em que o conteúdo a ser complementado não é a norma de comportamento, mas a norma de sanção, ou em que a prática da conduta prevista numa determinada norma implica na aplicação de uma norma de carácter penal. Um bom exemplo no direito brasileiro é o crime de genocídio, previsto na Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956⁸⁹, para o qual se aplicam penas previstas no código penal brasileiro⁹⁰ e no direito português o

⁸⁷ PATRICIO, Rui. Norma penal em branco – Um comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.4.2001, Revista do Ministério Público n° 88, Ano 22, Out./Dez 2001, pp. 67 e ss. PORTUGAL. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em <http://rmp.smppt.pt/ermp/88/index.html#p=66>

⁸⁹ BRASIL – Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956. Define o crime de genocídio. [Em linha]. Brasília. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm

⁹⁰ BRASIL – Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

Código de Justiça Militar⁹¹ que se reporta ao Código Penal Português⁹². Postas estas colocações, deve-se analisar a motivação que leva o legislador a criar normais penais em branco,

Tendo em vista a complexa natureza e constante mutabilidade dos valores a serem tutelados pelo direito e em especial pelo direito penal, que visa precipuamente alcançar a sociedade, de forma plena, além da existência, em alguns casos, de aspectos técnicos, regulatórios, e, no caso do direito penal ambiental, ecológicos, a serem apreciados quando da tipificação da conduta, além das constantes mudanças e inovações tecnológicas, econômicas, científicas e sociais, haverá casos em que a norma penal se apresentará propositadamente de forma incompleta, necessitando buscar sua complementação em outras normas, com o objetivo de tornar o direito fluido de modo a não se tornar ultrapassado, ainda mais diante das formalidades inerentes ao processo de criação e alteração das leis. Luís Roberto Gomes, ao discorrer sobre os crimes de pesca, defende que:

Essa técnica é particularmente importante nos delitos de pesca, considerando que os tipos de injusto dependem de complementação obtida principalmente de normas administrativas emanadas da Administração Pública Pesqueira, na forma do que se denomina acessoriedade administrativa. É absolutamente inviável pretender-se que o tipo penal esgote a descrição de todos os elementos da conduta típica, considerada a dinamicidade e a mutabilidade próprias dos fatores ambientais que influem sobre os recursos naturais protegidos.⁹³

Vale citar alguns exemplos, tais como as listas de substâncias entorpecentes, tabelas de preços, níveis de poluição, demarcação de áreas ambientalmente protegidas, lista de atividades potencialmente poluidoras, e muitos outros.

No direito penal ambiental podemos mencionar o artigo 56º, ambos da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998⁹⁴, no Brasil, e o número 1. Do artigo 279º do Código Penal Português⁹⁵. Em

⁹¹ PORTUGAL – Lei nº 100, de 15 de novembro de 2003. Código de Justiça Militar. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=120&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&

⁹² PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁹³ GOMES, Luis Roberto. Crimes de Pesca no Direito Brasileiro in *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. ISBN 788520339848. pp. 637 – 685. BRASIL. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

<http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Crimes%20de%20pesca%20no%20Direito%20brasileiro.pdf> e disponível na forma escrita em https://www.livrariart.com.br/colecao-doutrinas-essenciais-direito-ambiental-9788520339848/p?gclid=Cj0KCQjwYHpbRC4ARIsAI-3GkGQICgFR_ikz8mfUkDgQRqzFizLuVl-Nn7-b-4LVoLy3PQoZpqRjCsaAlwEEALw_wcB

⁹⁴ BRASIL – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm

ambos os casos caberá ao órgão competente a fixação dos níveis de poluição aceitáveis, além de estabelecer quais produtos e substâncias são tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana, sendo que no mencionado artigo 56 inclusive há a expressa previsão de atenção a exigências contidas em outros diplomas legais:

Art. 56º. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.

Artigo 279.º - Poluição

1 – Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições, provocar poluição sonora ou poluir o ar, a água, o solo, ou por qualquer forma degradar as qualidades destes componentes ambientais, causando danos substanciais, é punido com pena de prisão até 5 anos. [...]

A bem da verdade, face à tecnicidade do direito ambiental, não raro será necessária a manifestação do órgão competente para se estabelecer os parâmetros de controle dos delitos ambientais. Outrossim, isto gera severas críticas por parte da doutrina⁹⁵, eis que, segundo esta técnica legislativa, não é a norma penal que fixa o fato incriminador, mas sim, a norma adjetiva, de outra natureza.

O estudo deste tipo de norma é imprescindível ao presente estudo, pois se, em determinado caso concreto, ocorrer uma discussão administrativa acerca da violação à norma adjetiva à norma penal, não haveria materialidade delituosa apta a permitir o prosseguimento a ação penal pela prática do crime ambiental supostamente praticado.

⁹⁵ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

⁹⁶ Ver, por todos, Antunes, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. ISBN 8573870966. p. 433

CAPÍTULO III. DOS CRIMES AMBIENTAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Como já dito no presente trabalho, relativamente a diplomas legislativos efetivos, os primeiros a vigorarem aqui foram as Ordenações Portuguesas, que continham disposições expressas vedando, por exemplo, o corte deliberado de árvores frutíferas (Ordenações Afonsinas, Livro V, título LVIII⁹⁷), a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes, fios e quaisquer meios capazes de causar dor e sofrimento na morte destes animais (Ordenações Manuelinas Livro V, título LXXXVIII⁹⁸) e outros.

Por fim, temos ainda as Ordenações Filipinas⁹⁹, que, em que pese a crueldade das penas ali impostas, manifestamente desproporcionais às infrações cometidas, continham, também, disposições ligadas ao meio ambiente, ainda que, como já dito no presente trabalho, mais por razões econômicas e de subsistência do que como protetiva, em caráter geral, do meio ambiente, tais como o primeiro conceito de poluição no ordenamento jurídico brasileiro (Livro V, título LXXXVIII, § 7º), previsão de crimes contra a fauna e flora e outros.

3.1. Cenário Brasileiro. Evolução Legislativa

Ainda que no Brasil a tutela constitucional do meio ambiente tenha surgido somente em 1988, a tutela penal dos recursos naturais é bem mais antiga. Os indígenas, há longa data, já estipulavam regulamentações para a caça, sendo proibida a matança de animais durante a prenhez e a amamentação, como noticia João Bernardino Gonzaga, em sua obra “Direito Penal Indígena”, citado por Marcos Destefenni¹⁰⁰. Como já dito no presente trabalho, é certo que tais regras possuem cunho econômico e de subsistência, sem uma preocupação maior com a proteção ao meio ambiente, mas ainda assim, não se pode negar que havia uma preocupação com a preservação do rebanho para as futuras gerações, o que é um preceito do direito ambiental moderno.

⁹⁷ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Afonsinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/pagini.htm>

⁹⁸ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Manuelinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/>

⁹⁹ PORTUGAL – **ORDENAÇÕES Filipinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

¹⁰⁰ DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. ISBN: 978588264350 p. 48

Também merece registro a influência do Direito Holandês no Direito Penal brasileiro, quando da dominação deste país sobre o Brasil, eis que estes determinaram a proibição do corte do cajueiro, determinaram cuidado com a poluição de águas, proibiram a caça em larga escala, determinaram a conservação de determinadas espécies e outros, como noticia Ann Helen Wainer¹⁰¹.

Após a independência, em 1830 é editado o primeiro Código Penal do Brasil, que não contém disposições de ordem penal à exceção do artigo 178º, que prevê o crime de destruição ou danificação de construções, monumentos e bens públicos.

O Código Penal de 1890 vai mais além, pois, além de aperfeiçoar a disposição do artigo 179º do Código anterior, passa a prever o crime de corromper ou conspurcar a água potável de uso comum ou particular, tornando-a impossível de beber ou nociva à saúde. Em 1932 ocorre a consolidação das leis penais, realizada pelo Desembargador Vicente Piragibe, até que em 1940 é editado o Código Penal que vige até hoje (Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), já contendo diversas disposições sobre os crimes ambientais, tais como os crimes de dano contidos nos artigos 163º a 167º, os crimes contra a saúde pública dos artigos 267º a 285º, e outros.

Também merecem destaque as diversas leis penais especiais de proteção a determinados recursos naturais, tais como o Código Florestal de 1934, aprovado pelo Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, o Código Florestal aprovado pela Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, o Código de Caça, como era chamada a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, o Código de Pesca, aprovado pelo Decreto Lei nº 221, de 1967, e muitas outras mais, cuidando de aspectos específicos como a fauna, a flora, o uso de agrotóxicos, entre outros.

3.1.1. A lei de crimes ambientais de 1998

Originariamente o projeto de lei nº 1.164, de 11 de junho de 1991¹⁰², contendo apenas nove artigos, enviado pelo Executivo ao Congresso destinava-se a sistematizar as diversas disposições do direito administrativo e penal ambiental no Brasil, mas, após grande discussão sobre a necessidade de se condensar a legislação esparsa então vigente no país, como mencionado

¹⁰¹ WAINER, Ann Helen, Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do direito ambiental, in *Revista de Direito Ambiental*, n. 0, São Paulo: RT. ISSN 8574360619. p. 164

¹⁰² BRASIL – **Projeto de Lei nº 1.164, de 11 de junho de 1991**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=188347> e https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6831FCEA8D21AD3C617B572E67B5D7C6.proposicoesWebExterno2?codteor=1141179&filename=Dossie+-PL+1164/1991

no item anterior, alteração no valor das penas pecuniárias, acréscimo e supressão de penalidades, gradação destas penalidades, competência dos órgãos envolvidos, tipificação de delitos, apresentação de dezenas de emendas e, por fim, de um projeto de lei substitutivo, num processo legislativo que durou sete anos, optou-se por consolidar as disposições sobre direito penal ambiental. Assim, em foi promulgada, com oitenta e dois artigos, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei 9.605, também chamada de Lei de Crimes Ambientais¹⁰³.

Além de consolidar diversos tipos penais até então esparsos no ordenamento jurídico, a Lei em questão ainda estabelece diversas e relevantes disposições, tais como a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Artigo 3º), a sistemática para aplicação e as diversas modalidades de penas (Artigos 6º a 24) e outros.

Diversos são os tipos penais previstos nos artigos 29º a 69º-A da Lei, havendo crimes formais, materiais, de mera conduta, dispositivos penais completos, normas penais em branco, tipos penais abertos e outros.

Para o presente estudo, importantes são os delitos constituídos por normas penais em branco, que bem servem para exemplificar a teoria aqui defendida. Veja-se alguns deles:

Art. 48º. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 54º. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

¹⁰³ BRASIL – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm

Art. 56º. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;

II – manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento.

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.

§ 3º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 60º. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

Art. 63º. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Como proceder-se com a persecução penal dos crimes acima, sem que se tenha a certeza de que, de fato, o dano foi causado numa área de floresta, se houve armazenamento ou transporte de substância tóxica ou perigosa, se os níveis de poluição causados estão além do permitido em regulamento, se determinado estabelecimento é potencialmente poluidor, ou se houve de fato alteração em estrutura ambientalmente protegida, se tais circunstâncias ainda estão sendo discutidas administrativamente diante dos órgãos competentes para o controle e fiscalização ambientais ?

Em conclusão, vê-se valoroso mérito da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, mas, como se vê nas próprias razões de veto¹⁰⁴ da lei em questão, a mesma frustrou a tentativa de se unificar as disposições penais ambientais, posto que diversos recursos naturais continuaram sendo tratados por outros dispositivos legais :

¹⁰⁴ BRASIL – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. Razões de Veto. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-veto-19463-pl.html>

Não obstante a intenção do legislador, o projeto não alcançou a abrangência que se lhe pretendeu imprimir, pois não incluiu todas as condutas que são hoje punidas por nocivas ao meio ambiente. Como exemplo, cite-se : o crime de difusão de doença ou praga, contido no art. 259 do Código Penal ; a proibição da pesca de cetáceos (baleias, golfinhos, etc...) nas águas jurisdicionais brasileiras, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, ou a contravenção prevista na alínea « m » do art. 26 da Lei nº 4.771/65 (soltar animais ou não tomar precauções para que o animal de sua propriedade não penetre em florestas sujeitas a regime especial).

3.2. Cenário Português. Evolução Legislativa.

A par da legislação mais antiga já mencionada no presente trabalho, naquilo que pertine à legislação penal ambiental em Portugal, antes da Reforma Penal de 1995, que alterou o Código Penal de 1982¹⁰⁵, a normatização ambiental era tratada pelo Direito Administrativo e pelo Direito de Mera Ordenação Social¹⁰⁶, cuja pena cominada era a coima, e por crimes de perigo que de alguma forma pudessem representar os danos ambientais sofridos¹⁰⁷. Assim, apenas com mencionada reforma em 1995 surgiram as primeiras tipificações autônomas relativas à tutela penal do ambiente.

O direito de mera ordenação social nasceu da necessidade de se transformar condutas que poderiam ser facilmente criminalizadas em ilícitos contra ordenacionais, transportando-os para a esfera da responsabilidade administrativa, com a aplicação de sanções desta natureza. Pretendeu-se criar um novo ramo do direito administrativo, de natureza sancionatória, distinto do direito penal. Sobre o tema, veja-se Eduardo Correia, citado por Adriano Farias Puerari em sua dissertação de mestrado¹⁰⁸, apresentada na Universidade de Coimbra, que traça um modelo envolvendo o Direito Português e o Brasileiro.

¹⁰⁵ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão anterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=leis&so_miolo=

¹⁰⁶ PORTUGAL – Decreto Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982. Institui os ilícitos de mera ordenação social. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=166A0006&nid=166&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=

¹⁰⁷ Ver PEDRO MAIA GARCIA MARQUES, «Direito penal do ambiente: Necessidade social ou fuga para a frente?», in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIII, 1999, Tomo 2. ISSN: 0871-0336. p. 165

¹⁰⁸ CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 49.º, 1973, p. 263 e ss *apud* PUERARI, Adriano Farias. *O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41678/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Adriano%20Puerari.pdf>

O Direito de Mera Ordenação Social surgiu no ordenamento jurídico português através do Decreto Lei n.º 232, de 24 de julho de 1979¹⁰⁹, inspirado no regime alemão e associado a um movimento de descriminalização motivado pela crescente intervenção penal na sociedade.

O mencionado regime foi idealizado para coexistir com o Direito Penal, de forma autónoma e com natureza distinta, fundamentado em diferentes ideias e diferentes princípios, destinado a manter o papel do Direito Penal em seu papel original de punir as ofensas intoleráveis aos valores e interesses fundamentais da convivência humana.

Posteriormente ao Decreto Lei n.º 232/79 mencionado, sobreveio Decreto Lei n.º 433, de 27 de outubro de 1982, que institui o ilícito de mera ordenação social e que vige até hoje. Especificamente para as contra ordenações ambientais, vige a Lei n.º 50, de 29 de agosto de 2006¹¹⁰, que institui a Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais – LQCOA, pela qual se pretendeu aprovar um quadro sancionatório pensado e adequado às especificidades do Direito do ambiente e aos princípios específicos que o enformam em particular em matéria de ilícito de mera ordenação social :

Artigo 1.º

Âmbito

1 – A presente lei estabelece o regime aplicável às contraordenações ambientais e do ordenamento do território.

2 – Constitui contraordenação ambiental todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o qual se comine uma coima.

3 – Para efeitos do número anterior, considera-se como legislação e regulamentação ambiental toda a que diga respeito às componentes ambientais naturais e humanas, tal como enumeradas na Lei de Bases do Ambiente.

4 – Constitui contraordenação do ordenamento do território a violação dos planos municipais e intermunicipais e das medidas preventivas, como tal previstas no título V da parte I.

5 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, a violação dos regulamentos de gestão dos programas especiais constitui a prática de uma contraordenação ambiental, como tal previstas nos respetivos regimes legais especiais.

Atualmente, o Código Penal Português contém diversos dispositivos elencando os tipos penais ligados ao ambiente. Há o crime de danos contra a natureza (Art.º 278.º), o crime de

¹⁰⁹ PORTUGAL – Decreto Lei n.º 232, de 24 de julho de 1979. Institui o ilícito de mera ordenação social. [Em linha]. [Consult. 9 Jul. 2019]. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/382233/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=ASC&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&print_preview=print-preview&perPage=100

poluição (Art.º 279.º), o crime de poluição com perigo comum como agravante do artigo anterior (Art.º 280.º), crime de perigo relativo a animais ou vegetais (Art.º 281.º) e outros.

Dentre os diversos tipos penais constantes do Código Penal Português verifica-se tipos completos e normas penais em branco, onde a acessoriedade do direito administrativo, que complementar as prefaladas normas, serão de importante valia para o presente estudo.

¹¹⁰ PORTUGAL – Lei nº 50, de 29 de agosto de 2006. Lei Quadro das Contra-Ordnações Ambientais. [Em linha]. [Consult. 9 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1356&tabela=leis

CAPÍTULO IV. DO DIREITO DE AÇÃO

A norma, válida e vigente, deve possuir eficácia, ou seja, deve concretizar seu comando normativo, sendo operacional no mundo dos fatos¹¹¹.

Entretanto, tal eficácia é, segundo alguns Autores, uma eficácia eminentemente social, que é identificada por Miguel Reale como o: “(...) cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ”reconhecimento” (Anerkennung) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento”¹¹²

Ao lado desta, a norma também necessita da chamada eficácia jurídica, que cuida da sua imperatividade, da noção de que a norma não só é um mero preceito moral, um conselho ou lição. As normas existem como comandos inafastáveis, dentro dos limites de seu teor objetivo, e não só devem, mas têm que ser aplicadas, ou seja, devem ter efetividade¹¹³.

Visando o atingimento desta efetividade, o ponto de partida é a própria interpretação da norma, que deve ser, principalmente quanto às disposições constitucionais, sempre em prestígio do Princípio da Máxima Efetividade, o que, no dizer de Canotilho, significa:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)¹¹⁴

Outrossim, de pouco ou nada vale a instituição de direitos e garantias destinados a preservar os ideais políticos de determinado Estado democrático de direito, interpretá-los corretamente, se paralelamente também não são instituídos meios para assegurar esta máxima efetividade e garantia de aplicação. Abandonada e principalmente vedada a possibilidade do auto exercício das próprias razões, a existência de uma atividade estatal destinada a proteger os direitos subjetivos é imprescindível para a consecução do ideal de Estado, de forma que o Poder Judiciário tem em sua função precípua fundamental importância para tal.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio e Janeiro: Renovar, 2003. ISBN: 8571473536. p. 84

¹¹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 8502036610. p. 114.

¹¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. ISBN: 8520301649. p. 68

Com absoluta propriedade, o eterno mestre Piero Calamandrei¹¹⁵ afirma que com a Jurisdição o Estado defende sua autoridade de legislador.¹¹⁶

Assim, o Direito de Ação existe como elemento essencial da nação politicamente organizada, como instrumento para a preservação da paz social e garantia dos direitos individuais e coletivos.

A Jurisdição surge como atividade estatal, pública e privativa, distinta da atividade legislativa e administrativa e amparada pelo princípio da inevitabilidade: inobtida a composição voluntária, seja por resistência dos envolvidos, seja por vedação legal, caberá ao Estado, e somente a este, pôr fim ao conflito.

Via de regra, o titular de um direito, mesmo que esteja em manifesto prejuízo, não pode ser obrigado a buscar a proteção estatal através da tutela jurisdicional. Tal se dá por força da própria essência dos direitos e faculdades, pois na medida em que se atribui compulsoriedade a estes, estar-se-á inegavelmente contradizendo sua natureza.

A noção de disponibilidade e não obrigatoriedade encontra diversos fundamentos para sua existência, de forma que podemos elencar dois, mais significativos. O primeiro é o fato de que uma das características da atividade jurisdicional é a chamada substitutividade, segundo a qual aquele que busca a tutela jurisdicional de um direito subjetivo está sujeito a um provimento desfavorável, e terá que se conformar com o mesmo. Sua vontade e a vontade do demandado serão substituídas pela vontade do Estado, soberana e definitiva.

O segundo argumento é o de que o interesse do indivíduo em ver solucionado determinado conflito de interesses pode ter menor importância do que as consequências decorrentes da instauração de uma lide perante o Poder Judiciário. Assim, prefere o mesmo restar inerte do que provocar a jurisdição.

Outrossim, a regra da não-obrigatoriedade e disponibilidade comporta exceções, como por exemplo, quando o interesse público envolvido supera o interesse do particular, momento em que nasce a figura da indisponibilidade do direito, assim conceituada por Rui Portanova:

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9724021076. pp. 245-246

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. ISBN 8586310808. p. 175.

¹¹⁶ Tradução livre do autor “el Estado defiende com la jurisdiccion su autoridad de legislador”

Em situações cada vez mais frequentes (em face da publicização do processo), apesar de os direitos estarem sob domínio e na esfera do interesse do particular, prevalece o interesse da sociedade sobre o direito do indivíduo, diz-se então, direitos indisponíveis. O cidadão, apesar de possuir o domínio sobre o direito, não pode livremente dispor, usá-lo ou não usá-lo. De regra, são públicos os direitos de interesse e utilidade geral, social ou universal. Por igual, direitos que se referem às bases econômica, política ou organizacional da vida em sua finalidade social são indisponíveis. Em verdade, não existe uma norma, um rol ou uma situação clara e isenta de confusão do que venham a ser direitos disponíveis ou indisponíveis, do que seja e quando seja de interesse público ou privado. A indisponibilidade não discrimina. A indisponibilidade e o interesse público prevalente sobre determinado direito vão surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador. Tanto pode ser indisponível o direito privado como o direito público.¹¹⁷

Eis a razão de ser da indisponibilidade. Entretanto, perguntamos: é possível falar-se em direito obrigatório? A resposta nos é dada pelo Professor Frederico Marques, que afirma que: “[...]o direito subjetivo público pode, além de representar um dever, ser o título para o exercício de uma função, como acontece, por exemplo, com o direito de votar¹¹⁸”.

Fato é que, pelo menos no Brasil, o voto é universal, um direito de todos, e, uma vez verificadas as condições para seu exercício, é este obrigatório, vinculando todos os que preencherem estas ditas condições. É a expressão do binômio poder-dever em toda a sua magnitude. Poder no sentido semântico da palavra, no sentido de faculdade, de “capacidade de realizar”; dever como atribuição, como determinação positivamente imposta pela lei.

Tais acepções decorrem das diversas teorias doutrinárias sobre o direito de ação, formuladas pela doutrina para compreender o objeto de estudos, e se alteram no tempo. Não pertence ao escopo do presente trabalho a análise pormenorizada de cada uma delas, mas será feita uma retrospectiva de seus pontos de destaque, a fim de que se conheça melhor a evolução dogmática do instituto.

Dentre as diversas teorias acerca do conceito de ação, pode-se extrair algumas ideias, a serem desenvolvidas melhor a seguir tais como: o direito material violado em exercício; o exercício do direito abstrato de agir; a relação jurídica processual; o direito a uma sentença de mérito; o direito a uma sentença justa; o julgamento procedente do pedido, dentre outros.

¹¹⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. ISBN 8573482680. p. 116

¹¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. 1. Campinas: Millenium, 2009. ISBN 9788576251811. p. 10

4.1. Das teorias sobre o direito de ação

Inicialmente, a contextualização da ação no direito processual a tinha como excessivamente ligada ao próprio direito material, provavelmente por partir do conceito da *actio romana*, a qual, segundo Celso, seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*actio aliud non est quam jus quod sibi debeat in iudicio persequendi*). Dessa forma, a teoria imanentista ou civilista entendia que a ação «aparecia como simples aspecto ou momento do direito subjetivo material, não sendo compreensível nem admissível desligada ou independente dele»¹¹⁹. Nota-se uma visão privatística da ação, pois inerente – ou imanente – ao direito subjetivo material.

Tal teoria sempre foi criticada na medida em que ela não explicaria os casos em que há sentença de improcedência, isto é, o direito material não é reconhecido¹²⁰, caso em que não se poderia dizer que houve ação. Tal fenômeno decorre da aparente confusão entre dois planos distintos: o do direito material supostamente violado e o do direito à tutela jurisdicional.

O reconhecimento da autonomia do direito de ação em relação ao direito material se deu a partir do conhecido embate¹²¹ entre os estudiosos Bernhard Windscheid e Theodor Muther, acerca da *actio romana* e sua eventual correspondência (ou não) à ação (*klage*) no contexto alemão da segunda metade do século XIX. O assim chamado embate foi mais complementar do que antagônico, resultando na conclusão de que a pretensão de direito material era manifestamente distinta do direito de ação, sendo, portanto, um direito público subjetivo, mas distinto do direito que se visa proteger, muito embora tenha como pressuposto, pelo menos hipotético, a existência desse direito e sua eventual violação¹²². A partir desta autonomia, duas teorias passaram a explicar a natureza da ação autônoma; a teoria concreta e a teoria abstrata.

¹¹⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. ISBN 9788577619245. p. 18. Nessa esteira, esclarece o autor na página seguinte: “A ação estaria contida no direito subjetivo material, como se for a, numa representação gráfica, um círculo inscrito no círculo de maior raio, representativo do direito substancial.”

¹²⁰ Nesse sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. V. 1. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 8520318223; p. 94.

¹²¹ “Bernhard Windscheid destacou a ação como um direito ao provimento do juiz, independentemente de seu direito subjetivo material, enquanto Theodor Muther foi quem primeiro introduziu a ideia de que a ação seria um direito subjetivo público do autor perante o Estado (e não contra o réu).” In JÚDICE, Mônica Pimenta. *Uma análise pragmática do conceito de ação no direito processual civil contemporâneo*. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer; DELFINO, Lúcio; et al. (Coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN: 9788520353608. p. 344

¹²² Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 9788502022171. p. 182.

O alemão Adolf Wach¹²³, precursor da teoria concreta, entendeu a ação como sendo um direito autônomo fundamentado em um direito subjetivo material dirigido contra o Estado e contra a parte ré. Para o primeiro, havia o dever de atuar, e para o segundo, a sujeição. Tratava-se, portanto, de uma relação jurídico-material discutida entre as partes e uma relação jurídico-processual desenvolvida entre o indivíduo e o Estado, como sujeito passivo devedor da tutela jurisdicional. Todavia, persistia a ideia de que o direito de ação estava condicionado à existência de um direito material violado ou de um interesse protegido, recaindo na mesma situação da corrente imanentista. Há, portanto, manifesta falha ao vincular o destino da relação jurídica processual ao da relação jurídica material, pois sob esta ótica somente teria havido o exercício da ação se a tutela jurisdicional invocada fosse concedida.

Destarte, foi a teoria concreta a primeira a se referir a condições para o provimento de mérito, sendo elas a existência do direito violado ou ameaçado, a vinculação do titular do direito de ação com o direito em discussão e o interesse do autor no bem ligado ao seu direito.

Esta teoria também teve como adepto o italiano Giuseppe Chiovenda¹²⁴, que entende ser a ação um direito potestativo, ou seja, não um direito subjetivo público em face do Estado, mas um poder que «dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição»¹²⁵.

Fato é que, apesar de Wach e Chiovenda considerarem autônoma a ação em relação ao direito subjetivo violado, acabam condicionando a existência do direito de ação à procedência do direito material, e é justamente isso que gera as principais críticas a esta corrente, pois deixam sem explicação uma ação julgada improcedente e todos os atos processuais nela praticados até a sentença. Aliás, a própria acepção de “procedência da ação” é controversa, pois procedente é o pedido e não a ação.

Para tentar resolver o problema surge a teoria abstrata, cunhada por Heinrich Degenkolb (Alemanha) e Alexander Plósz (Hungria), citados por Marco Aurélio Nunes da Silveira¹²⁶, pela qual o direito de ação seria incondicionado contra o Estado e se traduziria no direito a uma

¹²³ Cf. COSTA, Susana Henriques da. Condições da ação. São Paulo: Quartier Latin, 2005. ISBN: 8576740419. p. 29.

¹²⁴ Sobre o conceito de ação para Chiovenda, consultar no original: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. CDDir 341.460945

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 9788539200566. p. 273.

¹²⁶ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação como elemento da trilogia fundamental do direito processual penal: a urgente necessidade de novos enfoques teóricos – uma crítica histórico-jurídica*. [Em linha]. Brasília. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/4843/3271/>

decisão, favorável ou não. «O direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido ut civis, abstraindo-se da existência ou inexistência de qualquer direito material»¹²⁷.

Todavia, mesmo esta teoria teve críticas, principalmente por haver uma suposta confusão entre o direito de ação e o direito de petição, além do afastamento da função instrumental do processo. Evoluindo com a teoria abstrativista, o italiano Enrico Tulio Liebman¹²⁸ apresentou uma teoria intermediária, que veio a ser denominada teoria eclética. Liebman sustentou que o direito de ação estaria ligado à jurisdição, de modo que nos casos em que não há apreciação do mérito não há ação, nem tampouco jurisdição. Em outras palavras, a ação seria o direito à sentença de mérito.

É uma posição eclética, pois embora a ação seja abstrata quanto ao resultado, fazendo-se presente tanto na decisão de procedência como de improcedência, teria um lado concreto ao só ocorrer diante da observância de certos requisitos, as nomeadas condições da ação, cuja ausência inviabilizaria o exame do mérito.

Por conseguinte, para o autor italiano, a análise das condições da ação pelo juiz não implicaria em jurisdição e nem, consequentemente, na existência de ação, sob o argumento de que « [...] recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar: são atividades que por si próprias nada tem de jurisdicionado e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição».

Não obstante já se falar em condições da ação desde a teoria concreta, a doutrina eclética dá um especial destaque a elas. Inicialmente, Liebman teria pontuado três condições: o interesse de agir (interesse do autor para obter o provimento desejado), a legitimação para agir (pertinência da ação àquele que a propõe e contra quem se propõe) e a possibilidade jurídica do pedido (pedido não vedado ou previsto em lei).

E a atividade jurisdicional será realizada mediante provocação do interessado, através do exercício de um direito subjetivo existente em nosso ordenamento, constitucionalmente garantido, autônomo do direito subjetivo cuja violação ensejou seu exercício, incondicionado quanto à sua existência (mas condicionado quanto a seu exercício), abstrato quanto ao seu resultado e público, por ter por destinatário o Estado.

¹²⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. ISBN 9788577619245. p. 20.

¹²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 2ª ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1968.

O assim denominado Direito de Ação possui diversas teorias acerca de sua natureza, mas a acima descrita, de ser o mesmo um direito subjetivo, autônomo, público, incondicionado e abstrato, é a predominante.

Eduardo J. Couture¹²⁹ conceitua direito de ação como sendo:

(...) a ação vem a ser, pois, em última essência, o substitutivo civilizado da vingança. Na atual configuração, este substitutivo civilizado da vingança consiste em um poder jurídico de apelar para o tribunal, pedindo algo contrário aos interesses do demandado. A circunstância de ser essa pretensão fundada ou infundada, é coisa diferente. Durante o litígio, dissemos, reina a incerteza. Só a decisão lhe põe termo.

Em síntese, direito de ação é nada mais do que o direito a jurisdição. É o direito à proteção dos direitos subjetivos, prestado pelo Estado mediante a atuação do Poder Judiciário.

Assim o é com o direito civil, com o direito penal e outros, consoante o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁰ e Artigos 20º e 52º da Constituição da República Portuguesa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Artigo 52.º - Direito de petição e direito de ação popular

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o

¹²⁹ COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 8530903250. p.13

¹³⁰ BRASIL – **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respetiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas coletivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Este direito, incondicional quanto à sua existência, apresenta, entretanto, condições para seu exercício, a fim de evitar seu abuso, que inevitavelmente ensejaria seu enfraquecimento.

A primeira destas condições é a legitimidade das partes, ou pertinência subjetiva da lide, segundo a qual o Autor, quem efetivamente exerce o direito de ação, deva ser aquele a quem a lei assegura o referido direito, de invocar a tutela jurisdicional; e o réu, aquele contra o qual o Autor pode pretender algo, aquele que efetivamente pode contestar a pretensão autoral.

Outra condição para o exercício do direito de ação é o chamado interesse de agir, ou interesse processual. É o próprio *animus* de se recorrer ao Poder Judiciário; de se requerer a tutela jurisdicional destinada a prevenir ou fazer cessar lesão ou ameaça a direito. Aqui há que se verificar não só a utilidade da tutela pretendida, mas a possibilidade e adequação de sua atuação à situação de vida proposta.

Havia uma terceira condição para o exercício do direito de ação, que é a possibilidade jurídica do pedido, mas hodiernamente entende-se estar ela inserida no interesse processual, não constituindo mais uma categoria própria de condição para o exercício do direito de ação¹³¹. Em todo caso, a pretensão do autor deve necessariamente estar amparada pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, num país onde não há previsão para o divórcio, pleitear-se tal é manifesta impossibilidade jurídica do pedido, como também o é, já em nosso ordenamento, pleitear-se cobrança de dívida de jogo, prisão de devedor de aluguéis e outros.

¹³¹ Por todos, veja-se Dinamarco: “É notório que a possibilidade jurídica como condição da ação foi uma proposta muito bem sucedida de Liebman, formulada em famosa aula inaugural (Turim, 1949). Apesar das muitas dúvidas que a doutrina brasileira lançou sobre a pertinência dessa condição, o Código de Processo Civil a incluiu ao lado das outras duas (art. 267, inc. VI) – mas logo em seguida o autor da tese renunciou a ela e passou a incluir no requisito de interesse de agir os exemplos antes apontados como casos de impossibilidade jurídica. Como também é notório, Liebman o fez quando a lei italiana passou a admitir o divórcio, sendo este o exemplo mais expressivo de

Logo, a proteção estatal dos direitos subjetivos e a possibilidade de sua utilização sem obstaculização de qualquer natureza é de vital importância, tão essencial quanto a própria existência dos direitos e garantias individuais e coletivas.

4.2. Da ação penal

No passado não era o Estado o titular da função de fazer justiça diante da prática de um crime, sendo outras as formas de se resolver os conflitos de interesses desta natureza. Em verdade, sequer havia Estado, assim considerada a nação politicamente organizada, soberana, com independência e autoridade sobre as pessoas, razão pela qual «quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão»¹³², o que era feito através do exercício das próprias razões, outorgando-se ao ofendido ou a um terceiro o julgamento e a imposição de uma pena.

Entretanto, a retribuição, além de ser um modo individual e desregrado de solucionar um conflito, gerava sanções desproporcionais ao mal causado. Além disso, ainda havia a possibilidade de o ofensor possui mais poder ou força do que o ofendido, hipótese em que nada era feito e prevalecia a impunidade.

Reconhecendo a precariedade deste modelo, o Estado percebeu a necessidade e o interesse na intervenção direta do sistema punitivo e puxou para si essa tarefa, assumindo o direito exclusivo do direito de punir.

O poder de punir do Estado é então exercido exclusivamente através da jurisdição penal, privativa do Poder Judiciário, mas provocado pela promoção da ação penal, de atribuição privativa do Ministério Público, o que deixa o juiz equidistante dos interesses das partes e gera a dupla personalidade do Estado no processo penal, segundo Auri Lopes Jr.¹³³:

impossibilidade jurídica que vinha sendo utilizada em seus escritos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 8574205532. p. 302

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 9788539200566. p. 21

¹³³ LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN 8573876247. p. 25

Essa evolução levou o Estado a aceitar no processo penal uma soberania mitigada, pois deve submeter ao debate público sua pretensão acusatória e poder punitivo. Enquanto dura o processo, dura a incerteza, até que se pronuncie a sentença. Por isso, a personalidade do Estado, que aparece monolítica dentro do direito público interno (constitucional e administrativo), uma vez dentro do processo penal parece dividir-se e modelar-se distintamente, segundo os diferentes papéis que exerce: de juiz, na atividade jurisdicional, e como titular da função punitiva; e de Ministério Público na atividade encaminhada à perseguição dos delitos (como titular da pretensão acusatória)

A ação penal é conceituada por Afrânio da Silva Jardim¹³⁴ como sendo: “um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processual penal”.

Em Portugal é definida como sendo a ação que é exercida pelo Ministério Público, agindo em nome do Estado, visando apurar a responsabilidade criminal do agente pelo crime. Para Manuel Monteiro Guedes Valente¹³⁵, o exercício da ação penal apresenta-se como uma das funções mais relevantes do Ministério Público, que, de modo isento, baseando-se nos princípios da separação de funções, da legalidade, da objetividade, da imparcialidade da autonomia, deverá investigar os fatos que lhe são apresentados ou de que tem conhecimento, de forma que lhe permitam deduzir uma acusação fundamentada ou arquivar o inquérito. O Autor português conclui defendendo que «o exercício da ação penal, depende de uma excelente e profícua investigação criminal que deve estar isenta de quaisquer traços arbitrários, para que se efetue uma real defesa da legalidade, e se garanta a segurança interna e os direitos dos cidadãos».

As condições para seu exercício identificam-se com aquelas genericamente verificadas para o exercício do direito de ação, acrescidas da chamada justa causa e da originalidade.

Justa causa pode ser considerada como sendo um suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Citando novamente o Ilmo. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Afrânio da Silva Jardim:

¹³⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. ISBN 8530908996. p. 91

¹³⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal. Tomo I. 3ª ed.* Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 9789724042077 pp. 119-123

[...]um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal arrimo nos é fornecido pelo inquérito ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal (arts. 12º, 39º, §5º, e 46º, §1º, do Cód. Proc. Penal).¹³⁶

Já originalidade tem pertinência à atuação de determinados sujeitos, como o próprio lesado, em provocar o Estado para exercer o *jus puniendi*. Tal provocação é necessária para que se inicie a ação penal, quando o próprio tipo penal assim especifique. O *jus puniendi* permanece sendo do Estado, mas este é provocado pela parte, que possui o *jus accusationis*. São casos específicos a ação penal pública condicionada, a ação pena privada, a ação penal privada personalíssima e outros. Para efeito do crime ambiental, tais figuras são irrelevantes. Nos crimes ambientais a Ação penal é pública incondicionada, e isso será de relevância para o tema aqui discutido.

Preenchidas as referidas condições para seu exercício, se de um lado o direito de ação civil é disponível para seu titular, podendo ou não ser exercido, no direito penal e processual penal ocorre o inverso. A ação penal é indisponível, salvo expressas exceções legais, que não serão objeto de estudo no presente trabalho.

O Poder Judiciário reafirma, na sentença penal, a vontade do legislador, e, nesse prisma, a atuação do Ministério Público é fundamental para assegurar o exercício da jurisdição e, por conseguinte, da autoridade da lei. Verificadas as condições citadas, deve a mesma ser proposta, sem apreciação de conveniência ou oportunidade. Explica-se:

Identificamos dois momentos para as normas que configuram um poder-dever: se por um lado nasce um direito subjetivo exercitável, pelo outro surge a obrigação do seu exercício. Este poder-dever decorre da própria essência da norma, ou seja, do bem jurídico por ela tutelado.

O exercício do direito subjetivo ao exercício da ação penal, sob o prisma deste binômio fato-valor, está intimamente ligado ao interesse tutelado pela norma, na medida em que de um lado há o chamado *jus puniendi* do Estado, não autoaplicável, que visa tutelar os bens da vida mais importantes, consagrados nas normas de direito penal material, e de outro lado há o interesse do Estado em punir aqueles que violarem as referidas normas penais.

¹³⁶ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. ISBN 8530908996. p. 93

A regra então para a ação penal é a da obrigatoriedade-indisponibilidade, pelo menos na chamada ação penal pública, aplicável à grande maioria das infrações penais, inclusive às infrações objeto de estudo no presente trabalho.

A doutrina hoje discute sobre a legalidade e a oportunidade da atuação do Ministério Público na promoção da ação penal¹³⁷, o que inclusive é objeto para outro trabalho e que não será objeto de discussão aqui, mas é correto afirmar que a legalidade é sinônimo da obrigatoriedade, e ambos decorrem da consequência do Estado ter assumido o monopólio do *jus puniendi*, pois não faria o menor sentido se o Estado assumir o ofício de apurar o delito e de aplicar e executar a pena, inibindo a reação privada do ofendido, e não exercê-lo mesmo à vista dos elementos necessários e suficientes para tal.

Do exposto concluímos que se o legislador houve por bem incriminar a conduta, normatizando-a por força da relevância pública e social dos bens por ela tutelados, sua eficácia deve ser garantida como dever e não mera faculdade, sendo vedado a terceiros exercerem juízo de valor, exercitando ou não o direito à ação penal.

¹³⁷ Cf. JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1998. ISBN 8530906837. p. 44.; TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade – Manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724012681 p. 48 e outros.

CAPÍTULO V. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL E EM PORTUGAL

O Ministério Público é definido, pela Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁸, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis:

“Art. 127º O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Este órgão abrange o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e o Ministério Público Estadual, conforme Artigo 128º da Constituição em questão. Ao lado das disposições Constitucionais, há dispositivos que cuidam da instituição, de suas diretrizes, prerrogativas e deveres, que são a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625¹³⁹, de 12 de fevereiro de 1993, a Lei Complementar nº 75¹⁴⁰, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, e as Leis Orgânicas do Ministério Público nos Estados brasileiros.

Em Portugal, é certo afirmar que as sucessivas reformas da Constituição da República Portuguesa, em 1982, 1989, 1992 e 1997, foram sucessivamente trazendo também uma nova perspectiva ao Ministério Público, tanto quanto às suas atribuições como também quanto à sua própria estrutura.

¹³⁸ BRASIL – CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

¹³⁹ BRASIL – Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm

¹⁴⁰ BRASIL – Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm

A exemplo do Brasil, a Constituição Portuguesa prevê as funções do órgão, em especial as atribuições de o exercício da ação penal, a defesa da legalidade democrática e a representação do Estado¹⁴¹:

Artigo 219.º - (Funções e estatuto)

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.
2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.
3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares.
4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.
5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República.

O órgão é regido por um Estatuto, instituído pela Lei nº 47¹⁴², de 15 de outubro de 1986, e é composto pela Procuradoria-Geral da República, procuradorias-gerais distritais e procuradorias da República.

Diante destas disposições, pode-se dizer que «através do Ministério Público, o Estado assumiu a titularidade da persecutio criminis in iudicio, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada»¹⁴³.

O MP não integra nenhum dos três poderes, nem no Brasil nem em Portugal, mas atua em conjunto com estes, provocando as suas atuações, fiscalizando as suas atividades e controlando as suas funções. Considerado parte integrante e indissociável de um estado democrático de direito, na medida em que, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, a ele incumbe «a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis» e segundo a Constituição da República Portuguesa, ao informar como atribuição do órgão «defender a legalidade democrática».

¹⁴¹ PORTUGAL - **CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

¹⁴² PORTUGAL - Lei nº 47, de 15 de outubro de 1986. Estatuto do Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=6&tabela=leis

¹⁴³ JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1998. ISBN 8530906837. p. 25

É, portanto, um órgão de soberania, o que, no dizer de Canotilho, «é aquele previsto na Constituição, detentor de parcela da soberania estatal e integrante da configuração do governo, de modo que sua supressão ou alteração implica na mutilação da estrutura do próprio Estado. Por seu turno, não basta a mera alusão ao órgão no texto constitucional, para defini-lo como constitucional soberano, só o sendo, aquele que possui suas competências, auto-organização interna, relações de interdependência e status de autonomia, controle e ausência de subordinação em relação aos demais poderes, previstas na lei fundamental»¹⁴⁴.

Trata-se, então, de instituição dotada de ampla autonomia e independência em relação aos três poderes constituídos, e que executa atividades típicas do exercício da soberania estatal, como a provocação à realização da jurisdição penal através da promoção privativa da ação penal pública. Processualmente falando, é inegável a importância do Ministério Público como substituto das partes, legitimado extraordinário para pleitear direitos de terceiros, determinados ou indeterminados, em busca de um objetivo maior e mais importante, que é o interesse público.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9724021076. p. 522.

CAPÍTULO VI. DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS

6.1. A atuação do Ministério Público

Especificamente quanto à ação penal, que é o que interessa para o presente trabalho, o artigo 129º, I da Constituição da República Federativa do Brasil prevê que é privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, na forma da Lei. O parágrafo primeiro do artigo 100º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro e o artigo 24 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, repetem a disposição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;¹⁴⁵

Art. 100 – A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.¹⁴⁶

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.¹⁴⁷

Em Portugal, da mesma forma, o artigo 48º do Código de Processo Penal Português: “Artigo 48.º - Legitimidade: O Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal, com as restrições constantes dos artigos 49.º a 52.º”¹⁴⁸

Assim, o Ministério Público encontra-se constitucionalmente imbuído da função de, diante dos elementos que pelo menos em tese configurem infração à Lei Penal, oferecer denúncia dando início à ação penal. Já foi dito no presente trabalho que há discussões acerca desta obrigatoriedade, e quanto à atuação do Ministério Público neste aspecto cabem algumas considerações suplementares.

Reunidos os pressupostos legais para a propositura da ação, descabe análise meritória, ou seja, apreciação da conveniência e oportunidade por parte deste órgão para dar prosseguimento

¹⁴⁵ BRASIL – CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

¹⁴⁶ BRASIL – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

¹⁴⁷ BRASIL – Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

¹⁴⁸ PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

ao trâmite da ação penal, mesmo porque seria um manifesto contrassenso atribuir ao órgão uma determinação legal privativa e expressa e simultaneamente permitir que haja discricionariedade em seu exercício.

Em que pese a aplicação ponderada dos princípios, em detrimento do caráter absolutista¹⁴⁹ das normas em geral, aqui já se demonstrou que a obrigatoriedade é corolário da legalidade, ou seja, a legalidade somente é ponderada em casos estritamente específicos, o que inexistente na hipótese.

Não restando presentes os elementos legais, deve o Ministério Público, por óbvio, não dar prosseguimento à ação penal, determinando o arquivamento da denúncia. No sentido oposto, se a Lei determina sua obrigatoriedade, e se restam verificados os elementos legais para a sua existência, é de se dar seguimento à ação penal.

Todavia, não se trata de transformar o Ministério Público em entidade autômata, que simplesmente exerça função administrativa e judicial sem discricionariedade alguma, mas aqui sua atuação deve sempre estar pautada pela legalidade, pela obrigatoriedade da ação, pelo princípio do devido processo legal e demais princípios aplicáveis.

Vale dizer que é tênue a linha que delimita a atuação discricionária em aferir os elementos legais e exercer juízo de valor acerca da hipótese, pois o próprio texto da lei que determina a obrigatoriedade da ação penal delimita esta linha e fornece o caminho a ser seguido. O artigo 28º do Código de Processo Penal Brasileiro assim prevê:

Artigo 28º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões apresentadas, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

No Direito Português o Ministério Público pode, ele mesmo, determinar o arquivamento do inquérito policial, conforma artigo 277º do Código de Processo Penal:

Artigo 277.º

Arquivamento do inquérito

1 – O Ministério Público procede, por despacho, ao arquivamento do inquérito, logo que tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN 8574206202

2 – O inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes.

3 – O despacho de arquivamento é comunicado ao arguido, ao assistente, ao denunciante com faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indemnização civil nos termos do artigo 75.º, bem como ao respectivo defensor ou advogado.

4 – As comunicações a que se refere o número anterior efectuem-se:

a) Por notificação mediante contacto pessoal ou via postal registada ao assistente e ao arguido, excepto se estes tiverem indicado um local determinado para efeitos de notificação por via postal simples, nos termos dos n.os 5 e 6 do artigo 145.º, do n.º 2 e da alínea c) do n.º 3 do artigo 196.º, e não tenham entretanto indicado uma outra, através de requerimento entregue ou remetido por via postal registada à secretaria onde os autos se encontrarem a correr nesse momento;

b) Por editais, se o arguido não tiver defensor nomeado ou advogado constituído e não for possível a sua notificação mediante contacto pessoal, via postal registada ou simples, nos termos previstos na alínea anterior;

c) Por notificação mediante via postal simples ao denunciante com a faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indemnização civil;

d) Por notificação mediante via postal simples sempre que o inquérito não correr contra pessoa determinada.

5 – Nos casos previstos no n.º 1, sempre que se verificar que existiu por parte de quem denunciou ou exerceu um alegado direito de queixa, uma utilização abusiva do processo, o tribunal condena-o no pagamento de uma soma entre 6 UC e 20 UC sem prejuízo do apuramento de responsabilidade penal.¹⁵⁰

Concluímos então que no caso da ação penal pública cabe ao Ministério Público exercer parcial discricionariedade de natureza pré processual, ao apreciar os elementos fáticos disponíveis, opinando pela denúncia ou pelo arquivamento, no Brasil remetendo o caso para decisão do Poder Judiciário, em Portugal sem esta necessidade. Assim, a discricionariedade é afeta não ao exercício da ação penal, mas sim à condenação propriamente dita.

Ultrapassada tormentosa questão, cabe apreciar outro aspecto da atuação do Ministério Público. Quais os elementos necessários para que o Ministério Público forme seu convencimento e dê início à ação penal?

A ação penal tem por origem precípua a realização do chamado inquérito policial, assim considerado o procedimento administrativo preparatório da ação penal, realizado pela polícia judiciária, destinado à apuração de uma ação penal e sua autoria. No caso dos crimes ambientais, o próprio órgão administrativo competente remeterá, ao Ministério Público, as informações necessárias à persecução penal. Outrossim, também pode o Ministério Público ser provocado por terceiros, independentemente do órgão competente e da polícia judiciária.

¹⁵⁰ PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

O inquérito policial tem o seu valor, mas de modo algum é absoluto, podendo o Ministério Público tomar conhecimento da infração através de quaisquer outros elementos, pelo menos em tese suficientes para a propositura da ação penal, como expressamente prevê o artigo 27º do Código de Processo Penal Brasileiro e Artigo 244º do Código de Processo Penal Português:

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.¹⁵¹

Artigo 244.º

Denúncia facultativa

Qualquer pessoa que tiver notícia de um crime pode denunciá-lo ao Ministério Público, a outra autoridade judiciária ou aos órgãos de polícia criminal, salvo se o procedimento respectivo depender de queixa ou de acusação particular.¹⁵²

Assim, temos que, em qualquer caso, venham as informações pelo inquérito policial ou por outra fonte, deve o Ministério Público efetuar, em observância ao princípio do devido processo legal, o procedimento de início da ação penal, seja para condenar, seja para requisitar o arquivamento do inquérito ou da fonte referida.

E o escopo do presente trabalho depende justamente de qualificarmos estes outros elementos, que aqui estarão vinculados a outro ramo do direito material, mas igualmente afeitos a outros órgãos do Estado.

Tal função, a exemplo da função jurisdicional, que é privativa do Poder Judiciário, é privativa do referido órgão, não podendo a satisfação do *jus puniendi* e do *jus accusationis* serem satisfeitas de outro modo.

Verifica-se então que, a exemplo da grande maioria dos crimes, seja no Direito Penal Comum ou no Especial, a atuação do Ministério Público independe de requisito ou autorização, bastando-lhe tão-somente o conhecimento acerca da infração.

Entretanto, de um lado temos o aspecto ambiental, adstrito ao órgão ou aos órgãos ambientais, e de outro o Penal, adstrito à atuação do Ministério Público. Pela regra geral da independência das esferas, uma não depende da existência ou da prévia apreciação da questão por outra esfera que não aquela.

¹⁵¹ BRASIL – Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Contudo, tendo em vista que diversos tipos penais ambientais são efetivamente normas penais em branco, dependendo da complementação por outros diplomas legais e infralegais, a apuração de eventuais condutas também restará, pelo menos em tese, afetada pela necessidade de observância dos aspectos formais que as permeiam.

Logo, defendemos que, nos casos em que a aplicação da norma dita adjetiva esteja sendo objeto de discussão na esfera administrativa, como por exemplo, se o nível de poluição supostamente emitida estiver sendo objeto de perícia ou análise, ou, em outras palavras, se houver a possibilidade de ser reconsiderada a existência de poluição pelo próprio órgão ambiental, entendemos que só poderá a ação penal ter seu curso após o esaurimento da discussão administrativa.

6.2. Do esaurimento da discussão administrativa acerca dos elementos que complementam o tipo penal ambiental

Há muito não se discute sobre eventual hermetismo dos diversos ramos do Direito. Ao contrário, é tranquilo o entendimento de que estes se permeiam, se integram e coexistem num regime de complementariedade e acessoriedade. Outrossim, como já visto no presente trabalho, quando essa complementariedade envolve o Direito Penal, um direito legalista por excelência, inicia-se discussões¹⁵³. Nesse diapasão, um tema que até a presente data se mostra bastante controverso é o relativo aos Crimes Ambientais previstos em normas do tipo aberto, complementadas por dispositivos infralegais, notadamente advindos dos órgãos ambientais competentes.

Veja-se como exemplo os crimes previstos nos artigos 29º, 51º e 54º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998¹⁵⁴, e Artigo 278º do Código Penal Português¹⁵⁵:

¹⁵² PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

¹⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral. 11ª ed.* Niterói: Impetus, 2009. ISBN 9788576263258; MEDEIROS, Ariadny Mayara Chaves; MORAIS, George de Castro. *Da Inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas*. Revista da ESMARN, v.8, nº 1. Jan/Junio 2008. Rio Grande do Norte: ESMARN. ISSN Impresso 18093280. ISSN Eletrônico 21771758. p. 31- 46. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/20/7

¹⁵⁴ BRASIL – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm

¹⁵⁵ PORTUGAL – Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão anterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=leis&so_miolo=

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:”

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:”

Artigo 278.º

Danos contra a natureza

1 – Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:

a) Eliminar, destruir ou capturar exemplares de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens ou eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo;

b) Destruir ou deteriorar significativamente habitat natural protegido ou habitat natural não protegido causando a este perdas em espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens ou em número significativo; ou

c) Afectar gravemente recursos do subsolo;

é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 – Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições, comercializar ou detiver para comercialização exemplar de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 – Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições, possuir ou detiver exemplar de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, vivo ou morto, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

4 – A conduta referida no número anterior não é punível quando:

a) A quantidade de exemplares detidos não for significativa; e

b) O impacto sobre a conservação das espécies em causa não for significativo.

5 – Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 360 dias.

6 – Se as condutas referidas nos n.os 2 e 3 forem praticadas por negligência, o agente é punido com pena de multa até 240 dias.

Nota-se claramente que nos artigos 29º e 51º do Código Penal Brasileiro dois tipos penais completos, com duas condutas de fácil identificação; já no artigo 54º do Código Penal Brasileiro e 278º do Código Penal Português há condutas que, para serem tipificadas, dependerão necessariamente da aferição de critérios técnicos, a ser efetuada pelos órgãos competentes.

No artigo 54º, para que o crime se tipifique, deve ser constatado pelos órgãos competentes que a poluição causada atingiu níveis que já resultaram ou que possam resultar em danos à saúde humana, que provoque a morte de animais ou a destruição da flora. Mas como saber qual o nível de poluição que pode resultar em dano, morte ou destruição? Ora, só o órgão competente poderá fixar o parâmetro segundo o qual a conduta será analisada.

Já no artigo 278º do Código Penal Português a redação expressa remete a outras disposições legais, a disposições regulamentares e a obrigações administrativas, que, novamente, deverão ser informadas por outra fonte, legal e/ou infralegal.

Trata-se notadamente de tipos penais do tipo aberto, segundo os quais a existência do ilícito penal dependerá da violação a parâmetros instituídos pelos órgãos competentes. Logo, caso haja um questionamento perante o órgão administrativo, especificamente quanto aos critérios por ele instituídos e as particularidades do caso concreto, a apuração do ilícito penal ficará, por óbvio, prejudicada.

Nos exemplos dados, caberá ao órgão competente estabelecer os níveis de poluição aceitáveis, e o rol de produtos tóxicos, perigosos ou nocivos, bem como as exigências para a sua posse, armazenamento, etc. Sem tais disposições, os tipos previstos na norma são manifestamente inócuos. Mas, e se o sujeito passivo a quem é imputada a conduta estiver discutindo perante os órgãos competentes se houve ou não a violação das normas ambientais aplicáveis?

Este é o ponto principal do presente trabalho.

Nesse caso, só há que se falar em violação à norma adjetiva após a realização do procedimento contraditório tendente a aferir a violação ao dispositivo legal ou infralegal ambiental, pois, pela estrutura do delito, é elemento essencial do tipo o descumprimento a disposições técnico ambientais.

Logo, pelo menos em tese verifica-se que, para que se pudesse configurar o crime ambiental, nas hipóteses em que o tipo dependesse da aferição de um comando contido em outra norma, seria necessário que, inicialmente, se apurasse os elementos ambientais da questão, para que, a seguir, se apurasse seus reflexos penais.

Mas isso é uma exceção, pois a regra vigente tanto no ordenamento brasileiro como no português é a da independência das esferas, ou seja, a apuração do ilícito penal independe da apuração do ilícito de outras naturezas, e vice versa. Veja-se os artigos 37º, §4º e 225º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵⁶:

¹⁵⁶ BRASIL – **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Art. 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.

Ressalte-se que inexistente dispositivo que vincule o prosseguimento da ação penal ao exaurimento da discussão administrativa sobre a norma adjetiva, ainda que este seja elemento integrante do próprio tipo penal. Todavia, ainda que seja a posição minoritária, e que não haja dispositivo legal que vincule as discussões, entendemos que não poderá a ação penal ter seu curso, pois, até que se finde a discussão perante o órgão, não poderá o sujeito passivo ser punido pela prática de um delito que ainda não se sabe se foi cometido – e que não se fale em ampla defesa no processo penal, pois a questão é técnica e fugirá ao escopo de discussão do processo penal.

A questão deve ser aprofundada.

6.3. Da norma adjetiva do tipo penal

Nem no Brasil nem tampouco em Portugal existe dispositivo legal que determine o sobrestamento ou que impeça o início da ação penal por crime ambiental antes do exaurimento da discussão na esfera administrativa, a exemplo e por analogia do que ocorre no crime contra a ordem tributária no Brasil, em que há a expressa previsão de início da ação penal somente após o fim da discussão acerca do crédito tributário, quando este se torna definitivamente constituído:

Artigo 83º da Lei nº 9.430/96, de 27 de dezembro de 1996 – Artigo 83º, onde consta: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ BRASIL – Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal e dá outras providências. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm

Caso houvesse dispositivo semelhante aplicável ao crime ambiental, o presente trabalho restaria esvaziado de discussões. Todavia, não há dispositivo semelhante aplicável ao crime ambiental, muito embora haja manifesta relação de prejudicialidade entre o descumprimento da norma adjetiva, uma lei ou regulamento ambiental, e a tipificação do crime ambiental nas normas penais ambientais em branco. Para o presente trabalho então, e isto será comprovado a seguir, entende-se que a norma adjetiva do tipo é elementar ao próprio delito, mas que a ela deve ser dado o mesmo tratamento dado às chamadas questões prejudiciais, no caso, heterogêneas.

Tanto a legislação portuguesa como a brasileira possuem disposições que, muito embora não sejam vinculantes, podem ser aplicadas à hipótese, como se vê do artigo 7º do Código de Processo Penal Português¹⁵⁸ e 92º e 93º do Código de Processo Penal Brasileiro¹⁵⁹:

Artigo 7.º

Suficiência do processo penal

1 - O processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa.

2 - Quando, para se conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal, pode o tribunal suspender o processo para que se decida esta questão no tribunal competente.

3 - A suspensão pode ser requerida, após a acusação ou o requerimento para abertura da instrução, pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, ou ser ordenada oficiosamente pelo tribunal. A suspensão não pode, porém, prejudicar a realização de diligências urgentes de prova.

4 - O tribunal marca o prazo da suspensão, que pode ser prorrogado até um ano se a demora na decisão não for imputável ao assistente ou ao arguido. O Ministério Público pode sempre intervir no processo não penal para promover o seu rápido andamento e informar o tribunal penal. Esgotado o prazo sem que a questão prejudicial tenha sido resolvida, ou se a acção não tiver sido proposta no prazo máximo de um mês, a questão é decidida no processo penal.

DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da acção penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de acção pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a acção civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e

¹⁵⁸ PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

¹⁵⁹ BRASIL – Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

Os mencionados artigos cuidam das chamadas questões prejudiciais heterogêneas, que necessariamente antecedem o exame de mérito. O vocábulo prejudicial, aponta Antonio Scarance Fernandes¹⁶⁰, deriva do termo «praeiudicium, composto do prefixo prae e da palavra iudicium. O prefixo prae traz em si a idéia de algo que vem antes, de algo que é anterior. A palavra iudicium significa o julgamento da questão principal de forma definitiva, ou ainda o próprio processo». Esta é a primeira característica das questões prejudiciais, que é a chamada antecedência lógica, ou seja, a necessidade de ser apreciada antes da questão principal, por afetá-la, efetivamente condicionando seu julgamento. Todavia, como inclusive reforça o autor mencionado, o significado etimológico por si só não esgota o tema¹⁶¹.

Além da necessária antecedência lógica, as questões prejudiciais ainda possuem como característica a superordinação, ou seja, o mérito a elas está subordinado. Além disso, são autônomas relativamente à questão principal, podendo até mesmo constituírem um processo autônomo.

No caso específico do processo penal, a questão prejudicial está afeita à própria materialidade do delito, e é isto que se vê da própria redação dos Códigos de Processo Penal Brasileiro e Português, quando afirmam, respectivamente em seus artigos 93º e 7º, item 2, que «se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior» e «para se conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal».

É incontroverso que: a norma adjetiva é elemento do tipo, mas ela, por certo, deve ser apreciada antes da apreciação do crime; caso ela não seja verificada, desclassificará o crime e,

¹⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. ISBN: 8520306497. p. 31

¹⁶¹ Ob. Cit. p.32

por fim, ela é apreciada em processo próprio, fora do processo penal. Ora, são as exatas características das questões prejudiciais previstas na norma processual penal dos dois países.

Assim, é salutar, inclusive para a adequada aplicação da lei penal com observância aos princípios da ampla defesa, contraditório e outros, que a discussão acerca do descumprimento da norma ambiental adjetiva seja realizado e concluído antes da persecução penal, sob pena de se inviabilizar até mesmo o atingimento do objetivo desta última, pela desclassificação do delito.

Em regra, ao receber elementos para o oferecimento da denúncia, no caso dos tipos que dependam da apuração de violação à norma adjetiva, seja o resultado do inquérito policial, do processo administrativo ou outro, o Ministério Público possui três caminhos: oferecer a denúncia, por estar convencido a fazê-lo; realizar diligências a fim de formar melhor seu convencimento, ou então pode requerer o arquivamento, por não estar convencido da ocorrência do delito, de sua materialidade ou por outra razão.

Na segunda hipótese o Ministério Público não possui a possibilidade, de determinar a realização de diligências, na medida em que é de competência privativa do órgão ambiental a apuração dos elementos constitutivos do tipo, pois, repetimos, trata-se de aspectos manifestamente técnicos. Pode ele solicitar informações ao órgão, suspendendo o procedimento nesse ínterim. Além disso, resta ao Ministério Público tão-somente oferecer a denúncia ou arquivá-la.

No caso do inquérito policial e na terceira hipótese, entendemos pela necessidade de manifestação do órgão competente, na medida em que, insistimos, há aspectos técnicos a serem analisados.

A uma primeira vista pode parecer que a obrigatoriedade de se aguardar o término da discussão administrativa consistiria uma condição de procedibilidade da ação penal, o que em tese a transformaria em Ação Penal Pública Condicionada, nos termos dos artigos 49º e 50º do Código de Processo Penal Português¹⁶² e 24º do Código de Processo Penal Brasileiro¹⁶³. Discordamos.

¹⁶² PORTUGAL – Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

¹⁶³ BRASIL – Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Artigo 49.º

Legitimidade em procedimento dependente de queixa

1 - Quando o procedimento criminal depender de queixa, do ofendido ou de outras pessoas, é necessário que essas pessoas dêem conhecimento do facto ao Ministério Público, para que este promova o processo.

2 - Para o efeito do número anterior, considera-se feita ao Ministério Público a queixa dirigida a qualquer outra entidade que tenha a obrigação legal de a transmitir àquele.

3 - A queixa pode ser apresentada pelo titular do direito respectivo, por mandatário judicial ou por mandatário munido de poderes especiais.

4 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável aos casos em que o procedimento criminal depender da participação de qualquer autoridade.

Artigo 50.º

Legitimidade em procedimento dependente de acusação particular

1 - Quando o procedimento criminal depender de acusação particular, do ofendido ou de outras pessoas, é necessário que essas pessoas se queixem, se constituam assistentes e deduzam acusação particular.

2 - O Ministério Público procede oficiosamente a quaisquer diligências que julgar indispensáveis à descoberta da verdade e couberem na sua competência, participa em todos os actos processuais em que intervier a acusação particular, acusa conjuntamente com esta e recorre autonomamente das decisões judiciais.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo anterior.”

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do património ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

A nosso ver, não se trata de uma condição de procedibilidade, pois a decisão administrativa não se confunde com a representação contida na norma penal e processual penal. Trata-se de mera notícia crime, que visa informar o Ministério Público da ocorrência das práticas que configuram o delito.

Trata-se, na verdade, como já informado, de mera questão prejudicial heterogênea, ligada ao direito material e não ao processual. São as questões prejudiciais subordinantes, na medida em que delas depende a questão subordinada – no caso, o crime, e provocam dependência lógica à subordinada – se não há violação ao parâmetro ambiental, fixado por norma outra que não a penal, inexistente crime.

Sobre esta hipótese, não seria exagero deduzir que é grande a possibilidade de o Poder Judiciário recusar a denúncia fundada em elementos que não aqueles fornecidos pela autoridade administrativa, na medida em que cabe à esta e somente à esta apurar os elementos que constituirão a obrigação ambiental.

Verificamos inclusive o perfeito cabimento de *habeas corpus* a fim de trancar a ação penal, como se verifica do precedente abaixo:

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2081376-52.2015.8.26.0000 7

[...]

De conformidade com a lição de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, constitui potencialmente poluidora atividade que possa causar degradação ambiental, isto é, “alteração adversa das características do meio ambiente.” Embora ressalve duas hipóteses em que dispensável a perícia, aponta para a necessidade da perícia para atestar que o estabelecimento construído é potencialmente poluidor (Crimes contra a Natureza, 8ª. ed. rev. atual. ampl. SP: RT, 2000, p. 229/230).

Esta Corte possui entendimento jurisprudencial no sentido de que para configuração do delito previsto no art. 60, da Lei nº 9.605/98, o tipo penal exige de forma concomitante, o desenvolvimento de atividade potencialmente poluidora sem a correspondente licença ambiental, o que somente pode ser verificado através de perícia. Salienta que o fato de ser exigida a licença ambiental não pode gerar a presunção de que a atividade desenvolvida pelo acusado seja potencialmente poluidora” (STJ - AgRg no Rec. Esp. 1.411.354-RS - rel. Min. Moura Ribeiro, 19.8.2014 - v.u.).

Ausente demonstração de elementar do tipo, ou seja, atividade potencialmente poluidora, não se pode ter caracterizado o delito em razão da ausência de licença ou autorização do órgão ambiental competente.

Verifica-se dos autos que não há laudo da perícia que ateste a potencialidade poluidora do posto de gasolina em questão.

Mais do que tudo, a autorização ou licença posteriormente concedida deve ser levada em conta, inclusive, para evidenciar que a atividade se desenvolvia de forma regular. O bem protegido pela norma incriminadora é o meio ambiente e, uma vez ausente prova da potencialidade poluidora do estabelecimento em questão, não há falar em conduta típica.

Assim sendo, configurada a atipicidade da conduta cabe reconhecer a ausência de justa causa, não podendo prevalecer a condenação do ora paciente.[...] ¹⁶⁴

No caso acima foi necessária a realização de perícia; outrossim, da mesma forma seria o pronunciamento definitivo do órgão ambiental competente, decidindo sobre a infração ambiental adjetiva e elementar ao tipo penal, pois, como visto, a tipificação penal não pode ser realizada através de meras presunções. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, entende

¹⁶⁴ BRASIL – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2081376-52.2015.8.26.0000. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=CFE049B61D0D86281E7097265AC65C70.cposg4?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2081376-52.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2081376-52.2015.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_96b09f02d635410bab72c6bf95cd0f8a&g-recaptcha-response=03AOLTBLTt6q0rNdsxIib_xG7K2HbYqcVgdDG1ipZeVLXm2CV14oUngPEsvCc0sKNyuYWIXE02fM M73YoZ1ka-rLkohfGL3uVK4YzHcgbtrkvf_zY9pATAZ8DkqZh3B2aP-NaUGHoF9Sz4ZMUZQkBeb7y2OeSfHi_Z-v19yhCE8cp7Z47WU-9Xgeq0ljK6C3GYO1IMdTenj3fVyg4Se3IHM_GkbSbzipLZOX-7xcBLdXbWB7qpjm6Aln13NHEnRjf-f3UZWRIAMh8Njg2W9-djZgfe94ywNpknfNile0dEe1AJSWrkjRnCNmTztmiz7jRFpFqYE6ca-2IN

imprescindível para a denúncia a menção à norma adjetiva, nos casos de crimes previstos em normas penais em branco. Ora, se a menção à norma é obrigatória, sob pena de inépcia, como oferecer denúncia se ainda há discussão administrativa acerca da violação à norma adjetiva?

Superior Tribunal de Justiça – HC 304.952 – julgado em 10/03/2016

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI Nº 9605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NORMA PENAL EM BRANCO. DENÚNCIA OFERECIDA SEM A INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A homologação de suspensão condicional do processo não torna prejudicado pleito de trancamento da ação penal, porquanto descumpridas as condições impostas, a ação penal pode ser retomada. Precedentes.
3. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa, o que não se verifica na hipótese.
4. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa, o que ocorreu na espécie.
5. A inicial acusatória enquadrando os fatos no art. 34, inciso III, da Lei 9605/98, norma penal em branco, mas sem indicação a necessária legislação complementadora da elementar “espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.
6. É entendimento consolidado desta Corte que o oferecimento da denúncia sem a norma complementadora constitui inépcia da denúncia, por impossibilitar a defesa adequada do denunciado.
7. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem a fim de trancar a ação penal.¹⁶⁵

Vê-se então que a menção à norma adjetiva é essencial para a denúncia, sob pena de inépcia. Mas e se, mesmo diante da menção à esta, o agente argumentar que se encontra discutindo perante o órgão ambiental a existência ou não de violação ao critério técnico previsto na norma adjetiva do tipo penal? Como atestar a materialidade do fato delituoso se ainda não há pronunciamento definitivo do órgão competente para tal?

¹⁶⁵ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 304.952. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402443237&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

Assim, e até mesmo por uma questão de lógica, para os casos em que a norma penal for completa, é livre o ministério Público para proceder com a ação penal. Para os outros casos, em que houver discussão acerca da norma adjetiva da norma penal em branco, entendemos pela impossibilidade de prosseguimento até que eventual discussão administrativa sobre a mencionada conduta esteja definitivamente decidida.

Por fim, veja-se que a lei penal brasileira e a portuguesa permitem o fornecimento de elementos por terceiros que não a administração ambiental, consoante o artigo 27º do Código de Processo Penal Brasileiro e Artigo 244º do Código de Processo Penal Português, sempre que tais elementos possam pelo menos a uma primeira vista configurar a prática de crime, inclusive ambiental.

Qualquer um poderá fornecer elementos ao Ministério Público, a fim de que este dê início à ação penal na hipótese. E, neste caso, poderá haver uma manifesta desvinculação entre o ato do Ministério Público e o procedimento administrativo, vez que sua promoção, como visto, não conterà elementos trazidos pela autoridade administrativa, mas por terceiro.

Fundamenta-se este entendimento nos princípios da verdade real e da livre convicção, que não só permitem mas determinam que provas sejam produzidas, diligências efetuadas e quaisquer elementos sejam levados em conta no julgamento a fim de que, acima de tudo, a verdade dos fatos venha à tona e prevaleça. Pelo menos este é o que se depreende da interpretação dos dispositivos legais citados, aplicáveis à espécie.

A questão então consiste na análise da possibilidade de a ação penal relativa aos crimes ambientais ser proposta mediante simples menção da existência dos fatos tidos como típicos, sem, no entanto, haver, p. ex., auto de infração cuja discussão encontra-se em andamento na esfera administrativa, ou de outros elementos que configurem os tipos previstos na Lei.

Vejamos:

Notamos como clara a vinculação, nestes casos, do procedimento administrativo à ação do Ministério Público, vez que esta será instruída com a decisão que sintetiza os elementos que configuram o ilícito penal ambiental.

Pois, se o elemento configurativo do tipo ainda se encontra *sub judice* pela própria autoridade que inicialmente o apurou, por óbvio que os elementos que nortearão a atuação do Ministério Público encontram-se passíveis de modificação.

Logo, o resultado do procedimento poderá se modificar consideravelmente se a mesma for processada e julgada durante ou após a discussão administrativa.

Assim, chega a ser temerário iniciar-se a ação penal antes da consolidação do elemento ambiental, ou seja, antes do término da discussão administrativa. Cuida-se de infligção das consequências do ilícito ambiental durante a suspensão da exigibilidade do mesmo, eis que, em regra, as impugnações e recursos administrativos suspendem a ocorrência de penalidades.

Entendemos então que, para os crimes contra ambientais que dependem da existência de violação a norma não penal, não pode o Ministério Público dar início à ação penal, ainda que possua elementos para fazê-lo, antes do exaurimento da discussão administrativa respectiva.

Entendemos pela necessidade de correção técnica do entendimento de que há independência entre as esferas, havendo o risco concreto de uma extinção da ação penal por falta de justa causa, haja vista a dúvida concreta acerca da materialidade do delito.

Em síntese, nosso posicionamento é no sentido de que, muito embora quaisquer elementos de convencimento possam dar ensejo ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, relativamente aos delitos cujo tipo esteja completo na Lei Penal aplicável, nos casos de crimes ambientais previstos em normas penais em branco em que haja a pendência de processo administrativo ou judicial sobre a norma adjetiva do tipo penal, de natureza ambiental, norma esta que complementa o tipo penal, haverá a manifesta necessidade de exaurimento da discussão administrativa sobre a violação à norma adjetiva, quando necessária para configuração do delito, antes que possa haver o adequado início da ação penal.

Lembramos por fim que, em caso de inépcia da denúncia, com trancamento e extinção da ação penal, corre-se o risco de se incorrer na ‘double jeopardy clause’¹⁶⁶, prevista no ordenamento jurídico Norte Americano, e ‘ne bis in idem’, prevista nos ordenamentos brasileiro e português, que impede a propositura de nova ação penal pelos mesmos crimes, sob o fundamento de “aperfeiçoamento” ou sob qualquer outro título.

No Brasil, há longa data o Supremo Tribunal Federal aplica a cláusula, como se vê na emblemática decisão a seguir:

¹⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Legal Information Institute. Double Jeopardy. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy e em <https://coreyevanparkerlaw.com/blog/double-jeopardy-clause-criminal-law/>

STF. Pedido de Extradicação 688

Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de ‘double jeopardy’ atua como insuperável causa obstativa do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o ‘bis in idem’.¹⁶⁷

Em Portugal não é diferente:

Processo nº 11744/13.7 TDPRT.P1

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 3 de setembro de 2016

I - Um segundo processo, pelo mesmo crime, não é admitido (artigo 29º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa).

II - A morte da vítima do crime – se tiver resultado da agressão homicida que constituiu objeto do primeiro julgamento - não pode ser (completamente) autonomizada da conduta que produziu as lesões mortais, sob pena de se transformar num facto jurídico neutro, sem relevância jurídico-penal à luz do tipo legal de crime de homicídio.

III – No caso da morte da vítima de um homicídio ocorrer após a sentença condenatória pelo respetivo crime de homicídio, sob a forma tentada - e não tendo o legislador ordinário previsto a possibilidade de reabertura do processo, ao abrigo do número 2 do artigo 4º do protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais -, a perda daquela vida já não poderá originar novo processo, nem reabrir o primeiro.

IV - Nos termos do disposto no artigo 311º, 1, do Código de Processo Penal é admissível que, no despacho de saneamento, o juiz presidente conheça a exceção dilatória de caso julgado - artigos 576º, 1 e 577º, i), do CPC, ex vi do artigo 4º do CPP -.

V – O respeito pelo princípio non bis in idem é assegurado, em Portugal, pelos artigos 14.7, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, 4º do protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datado de 22 de Novembro de 1984, 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 29º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa.¹⁶⁸

A mencionada cláusula pode ser traduzida como sendo a vedação para que o agente responda judicialmente duas vezes pelo mesmo delito. É temerário permitir o processamento e julgamento de uma ação penal sem o prévio exaurimento, em definitivo, da discussão sobre a norma adjetiva do tipo, por conta do risco de desclassificação do delito em caso de inexistência de violação à norma e/ou regulamento ambiental, hipótese na qual o crime ambiental restará sem

¹⁶⁷ BRASIL – Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 688. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+688%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n7phqv5>

¹⁶⁸ PORTUGAL – Tribunal da Relação do Porto. Processo nº 11744/13.7TDPRT.P1. [Em linha]. Porto. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bcfe9d189bba37b980257f85003cf35c?OpenDocument>

punição, situação esta que poderia ser evitada caso se aguardasse o término da discussão administrativa acerca da norma ambiental acessória ao tipo penal.

CAPÍTULO VII. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico deve sempre estar em equilíbrio, nem sobrecarregando o Estado, tampouco o indivíduo ou a coletividade, daí pensarmos na noção de um sistema ambiental justo como sendo um direito humano por excelência.

Outrossim, este direito ultrapassa a individualidade, na medida em que se a violação à ordem ambiental não enseja um prejuízo estatal direto, enseja um prejuízo coletivo indireto, pois o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos.

A obrigação e a responsabilidade ambiental, como todas as outras, também está protegida pelo manto protetivo do Poder Judiciário, de forma a assegurar seu cumprimento, estritamente de acordo com sua essência, inclusive de forma coercitiva.

Via de regra seu descumprimento enseja tão-somente consequências ligadas à sua natureza, mas há casos em que o legislador houve por bem ultrapassar o aspecto ambiental, adentrando a esfera criminal. Tais hipóteses são tipificadas em legislação específica, e o agente, realizando a conduta, sujeita-se à sua aplicação. Entretanto, como nas demais obrigações, principalmente naquelas *ex lege*, a lei sempre terá que nortear sua incidência no caso concreto.

O Código Penal Português e a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao tipificarem estas condutas, incluindo-as no direito penal e instituindo sanções pessoais destinadas a punir penalmente o agente, não obstante o adimplemento coercitivo da obrigação civil e/ou administrativa, deixaram clara a noção de independência das sanções, de modo que o inadimplemento da obrigação por meio de uma destas condutas apresenta uma dupla violação: de natureza ambiental/administrativa, e de natureza penal.

Nasce então a controvérsia. Dada a independência das esferas, e a própria independência das sanções, pode-se então cuidar de ambas de forma separada, distinta?

No presente trabalho vimos que não, pelo menos sob alguns aspectos.

Se o descumprimento da obrigação ambiental depende de um procedimento para a sua apuração, que deve ser realizado em consonância com a legislação própria aplicável, não pode então haver delegação ou usurpação de competência para tal. É imprescindível que se tenha a certeza das questões ambientais antes de passarmos ao segundo momento, de apuração dos aspectos penais, isto pelo menos nos casos em que a norma penal seja incompleta, necessitando do complemento de uma norma adjetiva.

Nestes casos, antes do exaurimento da discussão acerca do aspecto técnico-ambiental, entendemos faltar justa causa a ensejar a denúncia pela prática do crime. Para outras hipóteses, onde a conduta pode ser avaliada e mensurada segundo elementos distintos daqueles ligados à questão técnico-ambiental, entendemos que pode a ação penal prosseguir, sem vício ou mácula.

Seu fundamento de validade decorre do próprio tipo, que não vê o resultado naturalístico de natureza ambiental como elemento constitutivo do tipo, como se vê em diversas hipóteses tanto da Lei brasileira como do Código Penal Português.

Desta forma, não se está usurpando competência da Administração Ambiental, tampouco do Ministério Público, e é assim que, entendemos, firmar-se-á a jurisprudência, que ainda não se debruçou sobre este tormentoso tema.

Deve o delito restar configurado, pelo menos em tese, para que possa a persecução penal prosseguir e a denúncia ser oferecida. E se um elemento deste delito somente pode ser averiguado por um ente diverso daquele que exerce o direito de ação, então, é assim que devemos proceder, senão pelo texto da Lei, inexistente, pela prudência.

Pelo exposto é que concluímos pela possibilidade de início da ação penal antes do exaurimento da discussão administrativa apenas em alguns casos, que independam da verificação da efetiva mácula ambiental.

Existem diversos outros aspectos que permeiam a situação aqui exposta, mas que não foram observados pelo simples fato de, a nosso ver, serem manifestamente secundários àqueles aqui estudados e desenvolvidos.

O presente trabalho não esgota e sequer tem a intenção de esgotar o tema, mas apenas de, à luz da legislação e de sua interpretação, demonstrar que, se há dissenso até hoje sobre o tema, este tem sua razão de ser justamente na ponderação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, tanto destinados aos indivíduos, como ao Estado.

A promoção da ação penal desprovida do elemento adjetivo do crime ambiental, ou em que este elemento ainda esteja em discussão perante o próprio órgão ambiental ou até mesmo no Poder Judiciário, pode resultar em uma ação penal inepta, que não terá prosseguimento, que poderá ser extinta e que poderá não mais ser proposta, impedindo assim o cumprimento da legislação penal destinada a punir o agente que cometa o delito ambiental. A prudência, aguardando-se o término e o exaurimento da discussão administrativa acerca da norma adjetiva, entendemos, evitará tal cenário.

CAPÍTULO VIII. REFERÊNCIAS

8.1. Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. ISBN 8573870966.

ANTUNES, Pedro Baila. *Evolução do Direito e da política do Ambiente Internacional, comunitário e nacional*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.ipv.pt/millennium/ect7_pba.htm

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN 8574206202.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio e Janeiro: Renovar, 2003. ISBN: 8571473536.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. ISBN 8571060231.

BENJAMIM, Antônio Herman V., *Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral*, in *Direito Ambiental em Evolução 2*, org. Vladimir P. Freitas, Curitiba, Juruá, 2000, ISBN: 8573946059.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 8502031082.

_____. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. ISBN: 9788502041943.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Ariel, 1994. ISBN 9788434415478.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. ISBN 8586310808.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9724021076.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502114272.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1995. ISBN 8520313205.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. CDDir 341.460945

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal, Volume I, reimpressão*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724001234.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. ISBN: 8576740419.

COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao estudo do processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 8530903250.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. ISBN: 978588264350

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed, 2ª reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 9789723221084.
_____. *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723215236.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 8574205532.. 302

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 9788539200566.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. ISBN: 8520306497.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, 4ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724042053.

FIUZA, César. *Direito Processual na História*, Ed. Mandamentos, 2002. ISBN: 8587054678.

GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal: Parte Geral: Introdução*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2003. ISBN 8520324223.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código penal português: anotado e comentado: legislação complementar*, 16ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 11ª ed. Niterói: Impetus, 2009. ISBN 9788576263258.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. BRASIL: Objetiva. ISBN: 8573029633.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991. ISBN: 84-88030-10-X.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1998. ISBN 8530906837.

_____. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007. ISBN 8530908996.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 1º Volume – Parte Geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN 8502003844.

JÚDICE, Mônica Pimenta. *Uma análise pragmática do conceito de ação no direito processual civil contemporâneo*. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer; DELFINO, Lúcio; et al. (Coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN: 9788520353608.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 2ª ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1968.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN 8573876247.

MANRÍQUEZ, Alfredo Rene Uribe. Tolerancia cero: El nacimiento de la tolerancia cero -- Algunas observaciones acerca de las ventanas rotas -- Assuntos de polis. *Revista Brasileira de Estudos Criminais*. V. 14 n. 63. São Paulo: Editora RT, nov/dez. 2006. ISSN: 1415-5400.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. 1. Campinas: Millenium, 2009. ISBN 9788576251811.

MARQUES, Pedro Maia Garcia. Direito penal do ambiente: Necessidade social ou fuga para a frente?. in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIII, 1999, Tomo 2. ISSN: 0871-0336.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Método, 2014. ISBN 9788530961343.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2015. ISBN 9788520361153.

_____. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004 ISBN: 8520324010

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. ISBN 9788577619245.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de Mera Conduta*. 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. CCDIR 341.5232.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. ISBN 8573482680.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. V.1. 9ª ed.* São Paulo: RT, 2010. ISBN 9788520336137.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito. 26 ed.* São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 8502036610.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental – parte geral*, São Paulo: RT. ISBN: 8520327133.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível. 4. ed. rev. e atual.* Curitiba: ICPC, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN: 8573876271.

SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Noções de Direito Penal, 5.ª Ed. Atualizada.* Porto: Rei dos Livros, 2016. ISBN: 9789898823151.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 9788502022171.

SILVA, Fernando. *Direito penal especial: os crimes contra as pessoas: crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física. 3ª ed. rev., atualiz. e aum.* Lisboa: Quid Juris, 2011. ISBN 9789727245635.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português, Volume II, 2ª Ed.* Lisboa: Verbo, 2005. ISBN 9722219022.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. ISBN: 8520301649.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento. V. 1. 5ª ed. rev. atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 8520318223.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade – Manifestação em sede processual penal e sua conformação constitucional.* Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724012681.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal. Tomo I. 3ª ed.* Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 9789724042077.

WAINER, Ann Helen, *Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do direito ambiental*, in *Revista de Direito Ambiental*, n. 0, São Paulo: RT. ISSN 8574360619.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª ed.* Rio de Janeiro: Revan, 2003. ISBN 8571064180.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed.* Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN 8571060320.

8.2. Publicações na Internet

ALEMANHA. 1986: *Catástrofe ecológica no Reno*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dw.com/pt-br/1986-cat%C3%A1strofe-ecol%C3%B3gica-no-reno/a-666757>

BRASIL. *Bhopal, Índia O pior desastre químico da história 1984-2002*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf
_____. *RELATÓRIO BRUNDTLAND “NOSSO FUTURO COMUM” – definição e princípios*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.inbs.com.br/ead/Arquivos%20Cursos/SANeMeT/RELAT%23U00d3RIO%20BRUNDTLAND%20%23U201cNOSSO%20FUTURO%20COMUM%23U201d.pdf>

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 49.º, 1973, p. 263 e ss *apud* PUERARI, Adriano Farias. *O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41678/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Adriano%20Puerari.pdf>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Chernobyl Accident 1986*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/chernobyl-accident.aspx>
_____. *Legal Information Institute. Double Jeopardy*. [Em linha]. Brasília. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em https://www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy e <https://coreyevanparkerlaw.com/blog/double-jeopardy-clause-criminal-law/>
_____. *The Trail Smelter Case*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/> e <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/trail-smelter-case.php>

FRANÇA-ESPANHA – *The Lake Lanoux Arbitration Case*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.internationalwaterlaw.org/cases/othertribunals.html> e <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e07.htm>

GOMES, Luis Roberto. Crimes de Pesca no Direito Brasileiro in *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. vol. 4. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. ISBN 788520339848. pp. 637 – 685.
BRASIL. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Crimes%20de%20pesca%20no%20Direito%20brasileiro.pdf> e disponível na forma escrita em https://www.livrariart.com.br/colecao-doutrinas-essenciais-direito-ambiental-9788520339848/p?gclid=Cj0KCQjwjYHpBRC4ARIsAI-3GkGQICgFR_ikz8mfUkDgQRqzFizLuVI-Nn7-b4LV0Ly3PQoZpqRjCsaAlwEEALw_wcB

INGLATERRA. 1978: *Tanker Amoco Cadiz splits in two*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/24/newsid_2531000/2531211.stm

_____. 1989: *Exxon Valdez Creates Oil Slick Disaster*. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/march/24/newsid_4231000/4231971.stm

MEDEIROS, Ariadny Mayara Chaves; MORAIS, George de Castro. *Da Inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas*. Revista da ESMARN, v.8, nº 1. Jan/Jun 2008. Rio Grande do Norte: ESMARN. ISSN Impresso 18093280. ISSN Eletrônico 21771758. p. 31- 46. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/20/7

PATRICIO, Rui. Norma penal em branco – Um comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.4.2001, Revista do Ministério Público nº 88, Ano 22, Out./Dez 2001, pp. 67 e ss.

PORTUGAL. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em <http://rmp.smmmp.pt/ermp/88/index.html#p=66>

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação como elemento da trilogia fundamental do direito processual penal: a urgente necessidade de novos enfoques teóricos – uma crítica histórico-jurídica*. [Em linha]. Brasília. [Consult. 09 Jul. 2019]. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/4843/3271/>

WILSON, James Q., KELLING, George L. *Broken Windows*. in *The Atlantic*. March 1982. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.theatlantic.com/ideastour/archive/windows.html>

8.3 Legislação

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj_wLew-sfQAhXLEJAKHZp6CKwQFgg5MAU&url=http%3A%2F%2Fwww.mma.gov.br%2Festruturas%2Fagenda21%2F_arquivos%2Festocolmo.doc&usg=AFQjCNHY9l_IAWFL46yIAr7rxl6GeiPA7Q&bvm=bv.139782543,d.Y2I

_____. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

_____. **Decreto Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm

_____. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define o crime de genocídio.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 9 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12889.htm

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** [Em linha]. Brasília [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm

_____. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal e dá outras providências.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. Razões de Veto.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-veto-19463-pl.html>

_____. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União..** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm

_____. **Projeto de Lei nº 1.164, de 11 de junho de 1991.** [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=188347> e https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6831FCEA8D21AD3C617B572E67B5D7C6.proposicoesWebExterno2?codteor=1141179&filename=Dossie+-PL+1164/1991

PORTUGAL. **CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa.** [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

_____. Decreto Lei nº 48, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

_____. Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

_____. Decreto Lei nº 147, de 29 de julho de 2008. - REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&so_miolo=

_____. Decreto Lei nº 214-G, de 02 de Outubro de 2015. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2463&tabela=leis&so_miolo=

_____. Decreto Lei nº 232, de 24 de julho de 1979. Institui o ilícito de mera ordenação social. [Em linha]. [Consult. 9 Jul. 2019]. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/382233/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=ASC&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%ABlica+Portuguesa&print_preview=print-preview&perPage=100

_____. Decreto Lei nº 433, de 27 de outubro de 1982. Institui os ilícitos de mera ordenação social. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=166A0006&nid=166&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=

_____. Lei de Portugal nº 19, de 14 de Abril de 2014. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

_____. Lei nº 47, de 15 de outubro de 1986. Estatuto do Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=6&tabela=leis

_____. Lei nº 50, de 29 de agosto de 2006. Lei Quadro das Contra-Ordenações Ambientais. [Em linha]. [Consult. 9 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1356&tabela=leis

_____. Lei nº 83, de 31 de Agosto de 1995 - DIREITO DE PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL E DE ACÇÃO POPULAR. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=

_____. Lei nº 100, de 15 de novembro de 2003. Código de Justiça Militar. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=120&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=&

_____. **ORDENAÇÕES Afonsinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/pagini.htm>

_____. **ORDENAÇÕES Filipinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>

_____. **ORDENAÇÕES Manuelinas**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/>
Tratado de Águas de Fronteira. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1005&context=lawwater>.

Tratado de 1866 entre França e Espanha, regulando o uso de águas comuns. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e07.htm>

UNEP – **Report of the United Nations Conference on the Human Environment**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/523249>

UNIÃO EUROPEIA. **DIRECTIVA 2004/35/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de Abril de 2004 relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:pt:PDF>

_____. **Tratado da União Europeia**. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF

8.4. Jurisprudência (Fontes)

BRASIL. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 304.952**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402443237&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

_____. **Acórdão do Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 688**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+688%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n7phqv5>

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2081376-52.2015.8.26.0000**. [Em linha]. Brasília. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=CFE049B61D0D86281E7097265AC65C70.cp osg4?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=->

[1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2081376-52.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2081376-52.2015.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_96b09f02d635410bab72c6bf95cd0f8a&g-recaptcha-response=03AOLTBLTt6q0rNdsxIIb_xG7K2HbYqcVgdDG1ipZeVLXm2CV14oUngPEsvCc0sKNyuYWIXE02fMM73YoZ1ka-rLkohfGL3uVK4YzHcgbtrkvf_zY9pATAZ8DkqZh3B2aP-NaUGhOf9Sz4ZMUZQkBeb7y2OeSfHi_Z-v19yhCE8cp7Z47WU-9Xgeq0ljK6C3GYO1IMdTenj3fVyg4Se3IHM_GkbSbzipILZOX-7xcBLdXbWB7qpjm6Aln13NHEnRjf-f3UZWRIAMh8Njg2W9-djZgfe94ywNpknfNile0dEelAJSWrkjRnCNmTztmiz7jRFpFqYE6ca-2IN](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3624e2fc43ea0aae8025722a0048bf60?OpenDocument)

PORTUGAL. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**. Processo 05P3789. [Em linha]. [Consult. 8 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3624e2fc43ea0aae8025722a0048bf60?OpenDocument>

PORTUGAL – **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo nº 11744/13.7TDPRT.P1**. [Em linha]. Porto. [Consult. 08 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bcfe9d189bba37b980257f85003cf35c?OpenDocument>