

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS

MESTRADO EM DIREITO

**TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO E
OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

HENRIQUE PEREZ ESTEVES

SANTOS

2016

HENRIQUE PEREZ ESTEVES

**TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO E
OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas

SANTOS

2016

Esteves, Henrique Perez

Tutela penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro e os crimes omissivos impróprios/
Henrique Perez Esteves. Santos, 2016.

74 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, 2016.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas

1. Princípios 2. Meio Ambiente 3. Patrimônio histórico e cultural 4. Tutela Penal Ambiental 5. Expansão do Direito Penal 6. Tombamento 7. Abandono de Prédios Públicos Tombados 8. Garantidor 9. Fiscalização 10. Crime Omissivo Impróprio 11. Integração Normativa 12. Hermenêutica. Esteves, Henrique Perez, II. Tutela penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro e os crimes omissivos impróprios

CDU 34(043.3)

HENRIQUE PEREZ ESTEVES

**TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO E
OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito. Orientador: Gilberto Passos de Freitas.

Aprovado em 25 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.

UNISANTOS

Profª. Dra.

UNISANTOS

Prof. Dr.

UNISANTOS

DEDICATÓRIA

À esposa Carolina Sidoti Perez Esteves e a filha Valentina Perez Esteves pela presença, amor, carinho e compreensão pela minha constante ausência nas melhores tardes de sol, preparando esse trabalho.

Aos meus genitores que me ensinaram que sem educação não se chega a lugar algum; e, que para trás nem para pegar impulso...

Aos meus amigos Leonardo Bernardes Guimarães e TawanRanny Sanches Eusébio Ferreira pela parceria ao longo da jornada.

Ao professor Gilberto Passos de Freitas pela maestria fraternal que me conduziu academicamente aos caminhos do conhecimento e ao resultado final dessa dissertação.

EPIGRAFE

Há duas coisas num edifício: seu uso e sua beleza. Seu uso pertence ao proprietário, sua beleza a todo mundo; destruí-lo é, portanto, extrapolar o que é direito.

- Victor Hugo

RESUMO:

O presente estudo tem o objetivo de desvelar a intrincada relação entre direito penal e meio ambiental, mais especificamente no que tange aos crimes omissivos impróprios na tutela do patrimônio histórico e cultural brasileiro. A princípio, a hipótese levantada nessa investigação, parece desligada da dogmática, pois o patrimônio histórico e cultural destruído pela ação do tempo parece ser um nada jurídico. Os dispositivos descritos do art. 62 até 65 da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) tutelam os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio histórico. Traçando um paralelo, enquanto a Itália possui um Código do Patrimônio Cultural e da Paisagem, o legislador pátrio reservou apenas 4 (quatro) dispositivos para a tutela penal desse verdadeiro tesouro multicultural brasileiro. Assim questões centrais que norteiam a discussão são: Seria o suficiente? O direito penal em matéria ambiental estaria em expansão? Existe uma nova criminalidade decorrente da chamada sociedade de risco? Quais efeitos jurídicos quando um bem público tombado é destruído pela ação do tempo (*non facere*)? Os crimes omissivos impróprios poderiam ajudar na tutela penal do patrimônio histórico e cultural ou padecem de legalidade? A exiguidade legislativa não é indicativo de pequena complexidade. Se por um lado a quantidade de prédios públicos em estado de abandono é enorme no Brasil, por outro, o agente administrativo de fiscalização não possui sequer dados acerca desse patrimônio. O Estado tem o dever jurídico de tutela desses prédios públicos tombados, sendo, portanto “garantidor por excelência” do patrimônio histórico e cultural; e, como tal, tem responsabilidade penal também nas hipóteses de crimes por omissão. Os mecanismos próprios do direito penal, com todo o seu poder estigmatizante têm maior alcance que outras áreas do Direito, garantindo assim, maior efetividade na contraprestação e na proteção efetiva do meio ambiental ecologicamente equilibrado, consistente na conservação do patrimônio cultural para as presentes e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios, Meio Ambiente, Patrimônio histórico e cultural, Tutela Penal Ambiental, Expansão do Direito Penal, Tombamento, Abandono de Prédios Públicos Tombados, Garantidor, Fiscalização, Crime Omissivo Impróprio, Integração Normativa, Hermenêutica.

ABSTRACT:

This study aims to reveal the intricate relationship between criminal law and environment, specifically about omissive-improper crimes with failure to act in the protection of the Brazilian historical and cultural heritage. At first, the hypothesis appears detached from dogmatic as the historical and cultural heritage destroyed by time, because it seems to be a legal null. Described the art devices. 62 to 65 of the Environmental Crimes Law (Law 9,605 / 98) oversee the crimes against urban planning and heritage. Drawing a parallel, while Italy has a Code of Cultural Heritage and Landscape, the paternal legislator reserved only four 4 articles for the criminal protection of this true Brazilian multicultural treasure. So central questions that guide the discussion are: Would it be enough? The criminal environmental law would be expanding? There is a new crime resulting from the so-called risk society? What legal consequences when a protected public good is destroyed by time (*non facere*)? Omissive-Improper crimes failure to act could help the criminal protection of the historical and cultural heritage or suffer from legality? The legislative smallness is not indicative of low complexity. On the one hand the amount of public buildings in a state of neglect is huge in Brazil, on the other, the administrative enforcement agent does not even have data on this. The state has a legal duty to manage such protected public buildings, and therefore "guarantee par excellence" of the historical and cultural heritage; and as such has also criminal liability in cases of crimes of omission. Even the mechanisms of criminal law, with all its stigmatizing power have greater range than other areas of law, thus ensuring greater effectiveness in the consideration and the effective protection of ecologically balanced environmental, consisting of conservation of cultural heritage for present and future generations.

KEYWORDS:Principles, Environment, Historical and cultural heritage, Environmental Criminal Trusteeship, expansion of criminal law, Tipping, Abandonment Public Buildings Who died , Guarantee, Inspection, Crime omission Inappropriate, Regulatory Integration, Hermeneutics.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL	14
2.1	A importância da tutela penal ambiental do patrimônio histórico e cultural.....	14
2.2	Princípio da Legalidade	16
2.3	Crimes omissivos e comissivos	18
2.4	Norma penal em branco.....	20
2.5	Princípio da Insignificância	22
2.6	Crimes de perigo abstrato.....	24
2.7	Princípio da intervenção mínima ou ultima ratio	25
3	EXPANSÃO DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE	27
3.1	As razões da expansão da tutela ambiental penal na sociedade de risco.....	27
3.2	Os novos desafios do direito penal na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado	29
3.3	Criminalização diferenciada na tutela penal do meio ambiente.....	32
3.4	O paradigma dos <i>kumulationsdelikte</i> na tutela penal ambiental	34
3.5	A incidência dos crimes omissivos como concausa de expansão do direito penal na tutela ambiental.....	36
4	CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO NA TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO	39
4.1	Crítica acerca da ausência de legislação específica sobre a tutela penal do patrimônio histórico e cultural	39
4.2	Tombamento como instrumento de otimização para a tutela penal do patrimônio cultural	41
4.3	O abandono de prédios públicos especialmente protegidos pelo tombamento ...	44
4.4	O poder público como garantir do patrimônio cultural	50
4.5	Crítica a fiscalização deficitária (ou inexistente) como entrave a efetiva proteção ao patrimônio cultural	52
4.6	Crimes omissivos impróprios na tutela penal do patrimônio cultural	53
5	CONCLUSÕES.....	59
6	REFERÊNCIAS.....	61

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figure 1 - Vista frontal do imóvel descrito	46
Figure 2 - Vista lateral do imóvel qualificado	47
Figure 3 - Visão frontal do Hospital	48
Figure 4 - Vista no detalhe do estágio de degradação do imóvel	49

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo surge da observação do cenário nacional dos novos desafios do Direito, sobretudo do Direito Ambiental na chamada sociedade de risco; mais especificamente na efetivação da sua tutela judicial, ante os desafios de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem abrir mão do desenvolvimento sustentável, para as presentes e futuras gerações.

A problemática que contextualiza o cenário de estudo é a condição de abandono de diversos prédios privados e públicos por todo o Brasil, chamando a atenção para os prédios públicos tombados que estão literalmente “caindo aos pedaços” única e exclusivamente pela ação do tempo; a partir disso, surgiu a indagação: O não fazer tem alguma relevância causal na hipótese do abandono de prédios públicos tombados?

A pedra de toque do presente estudo é a busca pela harmonização hermenêutica, atendendo aos postulados dogmáticos das diversas áreas do Direito, sem os sacrificar; contudo cuidando do objetivo maior que é a preservação do meio ambiente, em especial para esse estudo, o patrimônio histórico e cultural.

Junto à problemática e à pedra de toque, há a necessidade de lançar um novo olhar sobre a construção do patrimônio cultural, sua conservação, fiscalização e uso, por meio de uma legislação sistemática que ainda está por vir, mas principalmente através de uma interpretação legislativa conjugada do direito positivo, que clama por um modelo sustentável, mesmo que para isso seja necessária a integração como mecanismos punitivos através da incidência dos crimes omissivos impróprios.

Dividiu-se o recorte metodológico em três partes. Sendo que o método de abordagem foi dialético; o método do procedimento foi bibliográfico, e, a justificativa conciliatória.

A primeira parte da investigação inicia levantando uma hipótese acerca da necessidade e utilidade da tutela penal do patrimônio histórico e cultural, e, por meio de um pensamento crítico, racionalizando se o Direito positivado está equipado para essa tarefa.

Tendo essa premissa como ponto de partida, procuramos demonstrar a importância de estudar a tutela penal ambiental, a partir do patrimônio histórico e cultural; sobretudo dentro do multiculturalismo social, que claramente não empresta a relevância que o tema merece.

Na sequência, foi imperiosa a construção de uma teoria geral acerca do chamado Direito Penal Ambiental, visto sua dogmática e principiologia próprias, nem puramente penal,

nem puramente ambiental. Assim, definidos esses princípios, fica clara a indicação do recorte metodológico a ser seguido.

O primeiro capítulo encerrou o – a priori – teórico mínimo, para o entendimento amplo, da hipótese levantada no estudo.

No bojo dessa discussão tem início a segunda parte do estudo; nessa etapa procuramos demonstrar que o Direito Penal não está aparelhado para atuar na tutela ambiental em razão do contexto da globalização, instalada na sociedade pós-industrial, com o surgimento de novos riscos na chamada aldeia global, e, conseqüentemente uma nova criminalidade, mais sofisticada e organizada.

Em continuidade destacamos os desafios do Direito Penal Ambiental, visto o surgimento de novos riscos, porém em escala global, dentro do conceito de sociedade de risco traçado por Ulrich Beck. A partir do conceito da sociedade risco, ficou justificada a necessidade imperiosa de uma criminalização diferenciada na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista suas características especiais, e, em última análise, a proteção do meio ambiente significa preservar a própria humanidade. Assim, para exemplificar, apresentamos os novos riscos em cadeia global através do paradigma dos delitos por acumulação, que a princípio podem até parecer irrelevantes, porém dão uma ideia de como o tema deve ser estudado com seriedade para que não tenhamos resultados catastróficos no futuro.

Finalizando esse capítulo apresentamos o crime omissivo impróprio como concausa da expansão do direito penal na tutela ambiental, ante a falência estatal e a sua necessidade de criar tipos penais auto-regulatórios.

Na terceira parte definimos o que é patrimônio histórico e cultural, sua relevância jurídica e histórica, especialmente no contexto multicultural brasileiro; na sequência criticamos a ausência de legislação específica acerca da tutela penal do patrimônio histórico e cultural, em face das diversas lacunas que deixam esse patrimônio inestimável absolutamente desprotegido, dando ênfase a questão dos crimes omissivos impróprios que sequer foram tipificados na espécie.

A partir dessa construção, passamos à definição jurídica do tombamento, e a demonstrar que ele é um instrumento de otimização para a tutela penal do patrimônio cultural; pois, a partir desse procedimento, com a inscrição no livro de tombo é que determinado bem passa a figurar no rol de patrimônio cultural, recebendo uma especial proteção jurídica.

Na sequência após levantar a hipótese no primeiro capítulo, apresentar sua fundamentação no segundo; é no início do terceiro que seu enfrentamento e a apresentação de possíveis soluções hermenêuticas aparecem. Assim apontamos a existência de diversos prédios públicos especialmente protegidos pelo tombamento que estão em completo estado de abandono, literalmente “caindo aos pedaços” – sendo destruídos pura e simplesmente pela ação do tempo, pelo *non facere*, como se esse fato, não tivesse qualquer relevância ou consequência jurídica.

Na continuidade desse raciocínio, o não fazer, aparentemente é um indiferente jurídico; por isso a crítica inicial acerca da ausência de legislação específica, não obstante defendemos que o Estado, especialmente na hipótese de prédios públicos tombados é o garantidor, inclusive cunhamos a expressão de que o Estado é o “Garantidor por Excelência” desse patrimônio cultural excepcionalmente protegido.

Por derradeiro, em linhas finais, demonstramos através de dados (ou da inexistência deles) que o IPHAN não fiscaliza, e o que é pior, não possui um procedimento de fiscalização, além de não ter regulamentado um modelo de fiscalização nacional. O Agente Administrativo responsável pelo patrimônio histórico e cultural simplesmente não sabe quantos e quais prédios públicos tombados no Brasil se encontram em total estado de abandono.

Assim, o direito penal, com todo o seu poder estigmatizante, precisa incidir através do instituto do crime omissivo impróprio na tutela penal do patrimônio histórico e cultural, como *ultima ratio* – para através da criminalização da conduta do não fazer (conservação do patrimônio), obrigando o garantidor a agir, e, em última análise efetivando aquilo que as outras áreas do Direito falharam em fazer (civil, administrativo), ou seja, garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Na conclusão apresentamos um resumo de todo o exposto e colocamos metodologicamente através da observação fiel das premissas traçadas durante o estudo, as possíveis soluções hermenêuticas para harmonizar as lacunas legislativas apontadas no direito positivado e a necessidade urgente da tutela desse riquíssimo patrimônio, que silenciosamente se transformem ruínas através de condutas omissivas.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

2.1 A importância da tutela penal ambiental do patrimônio histórico e cultural

A partir de um olhar simplista a definição de meio ambiente trás em seu bojo apenas a ideia de natureza, recursos biológicos, minerais e animais; no outro extremo, está a definição legal da expressão “meio ambiente” que o reconhece com maior amplitude conceitual.

É voz corrente que meio ambiente diz respeito apenas à natureza, especialmente em estado virginal, e os aglomerados urbanos seriam a sua negação, seu oposto, e, conseqüentemente sua destruição (DANTAS; SÉGUIN; AHMED, 2010).

Nesse contexto Silva dividiu a expressão legal meio ambiente em três:

Meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciando no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correção recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. (SILVA, 2009, p. 21)

A partir do entendimento do José Afonso da Silva, é correto afirmar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não está separado em compartimentos estanques, muito pelo contrário, assumi um conceito unitário, com perfeita integração entre recursos naturais e culturais.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) nos informa acerca da grandiosidade do patrimônio cultural a ser tutelado no Brasil, algo que pode ser explicado, em parte, em razão da sua diversidade multicultural¹:

O patrimônio material protegido pelo Iphan é composto por um conjunto de bens culturais classificados segundo sua natureza, conforme os quatro Livros do Tombo: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico, belas artes; e das artes aplicadas (...). Os bens tombados de natureza material podem ser imóveis como as cidades históricas, sítios arqueológicos e paisagísticos e bens individuais; ou móveis, como coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos e cinematográficos.

¹ Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/276/>>. Acesso em: 30 dezembro 2015

A partir disso o texto constitucional preconizou tríplice proteção para a tutela do patrimônio histórico e cultural (administrativa, cível e penal), ante a importância de garantir esse conhecimento humano adquirido e materializado para as presentes e futuras gerações.

Nessa linha, verifica-se como instrumento de proteção o tombamento, reservado para aqueles bens reconhecidos como de relevante valor histórico e cultural no âmbito administrativo; na seara cível temos a imposição de dever de ressarcir a coletividade pelos prejuízos eventualmente causados; e, por fim, na esfera excepcional do direito penal a imposição de penas àqueles que infligirem condutas proibitivas descritas na Lei dos Crimes Ambientais.

É de suma importância a tutela penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro, especialmente porque a sociedade, demonstra que não tem interesse ou possui déficit cultural acerca da tomada de consciência e valorização do rico acervo patrimonial brasileiro.

Para Dantas, Séguin e Ahmed, a opinião pública carece de conscientização a respeito do meio ambiente urbano:

(...) a ênfase do ordenamento jurídico ambiental brasileiro sempre foi voltada às áreas naturais, havendo inclusive uma maior conscientização da opinião pública a respeito, ficando as áreas urbanas e suas sérias questões acima mencionadas, um tanto marginalizadas e incompreendidas. Assim, podemos afirmar que o patrimônio cultural brasileiro, ao contrário dos países mais desenvolvidos, nunca foi muito prestigiado pelas políticas públicas de nossos governantes, mais interessados na proteção de ecossistemas naturais, talvez visando provar diante da opinião pública internacional que estão realmente protegendo a Amazônia e a Mata Atlântica, mesmo que seja através de unidades de conservação criadas por decreto e que nunca saíram de fato do papel. (DANTAS, SÉGUIN e AHMED, 2010, p. 270)

Diante de tantos problemas prementes enfrentados pela sociedade civil brasileira, que vão de desastres ambientais de grandes proporções, seja em nível regional, como as explosões dos tanques de combustível da empresa Ultracargo em Santos/SP.²

Seja em nível internacional como aquela que vem sendo considerada a maior catástrofe ambiental do Brasil, que foram os rompimentos das barragens de contenção de refugo de atividades de mineração da empresa Samarco em Mariana/MG.³

Diante desse quadro caótico porque voltar os olhos a proteção penal do patrimônio cultural?

²Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2015/04/incendio-atinge-industria-no-bairro-alemoa-em-santos-litoral-de-sp.html>>. Acesso em: 31 dezembro 2015

³Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/06/o-que-se-sabe-sobre-o-rompimento-das-barragens-em-mariana-mg.htm>>. Acesso em: 31 dezembro 2015

Fernando Pessoa, através de seu poema “O presente sem Passado nem Futuro”, extraído da obra Livro do Desassossego, que é de domínio público, nos apresenta uma resposta para muito além do Direito:⁴

Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço. O passado, já o não tenho. Pesa-me um como a possibilidade de tudo, o outro como a realidade de nada. Não tenho esperanças nem saudades. Conhecendo o que tem sido a minha vida até hoje - tantas vezes e em tanto o contrário do que eu a desejara -, que posso presumir da minha vida de amanhã senão que será o que não presumo, o que não quero, o que me acontece de fora, até através da minha vontade? Nem tenho nada no meu passado que lembre com o desejo inútil de o repetir. Nunca fui senão um vestígio e um simulacro de mim. O meu passado é tudo quanto não consegui ser. Nem as sensações de momentos idos me são saudosas: o que se sente exige o momento; passado este, há um virar de página e a história continua, mas não o texto²².

2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade vem escrito em diversos documentos internacionais, em especial na Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como historicamente é garantido na Constituição Federal, figurando entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, mais especificamente no inciso XXXIX; notoriamente, a legalidade com princípio intangível é fruto de evolução civilizatória.

Acerca da história do princípio da legalidade Mirabete, defende que:

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assim formulado por Feuerbach, tem sua origem remota na Magna Carta, de João Sem Terra, em seu art. 39, que estabelecia que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra. (...) A causa próxima do princípio da legalidade, porém, está no Iluminismo (século XVIII), tendo sido incluído no art. 8.º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 26-8-1789, nos seguintes termos: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. (...) No Brasil, foi inscrito na Constituição de 1824 e repetido em todas as cartas constitucionais subsequentes. (MIRABETE, 2001, p. 55)

Nesse contexto, sua compreensão mais remota até o estágio em que se encontra na sociedade politicamente organizada, a legalidade impõe-se como medida de racionalidade coletiva.

A legalidade estrita insere-se no âmbito dos direitos fundamentais de primeira geração, os quais têm conteúdo definido pelo processo histórico de amadurecimento do Estado Democrático de Direito.

No que tange a tutela penal do meio ambiente, Sirvinskas explica:

⁴Disponível em: <http://www.planonacionaldeleitura.gov.pt/clubedeleituras/upload/e_livros/clle000022.pdf>. Acesso em: 30 dezembro 2015

A tendência mundial é a descriminalização dos tipos penais. A moderna doutrina vem sustentando que a pena, no futuro, não mais será necessária. Trata-se do denominado abolicionismo penal. A evolução do direito penal se deu exatamente no que tange à pena. Esta, até pouco tempo atrás, tinha sua aplicação no grau máximo – era considerada castigo; inclusive, em certos casos, o criminoso a pagava com a própria vida (princípio da intervenção máxima). Depois a pena passou a ser aplicada como *ultima ratio*, com a finalidade de reeducar o criminoso (princípio da intervenção mínima). Seja como for, na aplicação da pena o juiz deve sempre atentar para a dignidade da pessoa humana, que também é preceito constitucional. (SIRVINSKAS, 2002, p. 15)

O conceito é consagrado e conhecido pelos operadores do Direito, e, reveste-se de aparente simplicidade quando analisado do ponto de vista do senso comum teórico; porém parte da doutrina diverge, entendendo, padecerem os crimes comissivos por omissão impróprios de ilegalidade.

O professor Catedrático da Universidade de Frankfurt Hassemer, em tom de provocação, apresentou a seguinte reflexão:

Os questionamentos, que, normalmente, se apresentam em relação à punibilidade da omissão, são, a um só tempo, simples e bem profundos. Fazendo-se uma pergunta no plano do senso comum: por que deve ser punido um sujeito, que nada de mal tenha feito, mas que, no entanto, permita que se realizem a perversidade do mundo e os seus perigos para pessoas e animais, e deixe alguém morrer de fome ou de sede? Deve o direito nos obrigar a prestar socorro de modo permanente e nos punir quando seguimos nosso caminho de forma particular e individual? Não seria isso um pré-moderno e autoritário direito penal de controle, que não dá sossego às pessoas, em franca oposição a um ordenamento jurídico liberal e humano? (HASSEMER, apud TAVARES, 2012, p.10)

Ocorre que doutrina diverge desse entendimento quando a questão envolve crimes omissivos, chegando a asseverar que os tipos omissivos impróprios padecem de legalidade.

Explica Rieger:

A responsabilidade por um delito omissivo impróprio enseja fundadas dúvidas acerca do respeito ao princípio da legalidade e parece violentar a ideia da interpretação restritiva da lei penal. Isso porque, como se observou, esses delitos não estão expressamente previstos na legislação, advindo a responsabilização do sujeito da simples equiparação com crimes comissivos ou, ainda, da cominação de dispositivos legais (o tipo legal do crime comissivo e a norma de extensão que equipara a omissão à ação). Como consequência disso, condutas inicialmente atípicas ou caracterizadoras de um delito de omissão própria tornam-se crimes omissivos impróprios, respondendo omitente como se tivesse agido. (RIEGER, 2011, p.84)

A crítica da mencionada autora acerca da equiparação do *non facere* a uma conduta positiva, pois violaria além do princípio da legalidade, também a proporcionalidade – visto

que um delito omissivo (teoricamente) seria menos grave que um delito comissivo – portanto, a paridade na aplicação da pena seria algo desproporcional.

Como possível solução a celeuma debatida, parte da doutrina sustenta que a tipificação expressão desses delitos faria desaparecer a problemática de legalidade, algo que é impraticável, tendo em vista a infinidade de condutas que seriam previstas sem serem merecedoras de retribuição penal.

Filiamos-nos a corrente da harmonização e convivência entre o princípio da legalidade aos crimes omissivos impróprios na medida em que essas condutas são relevantes empíricas e normativamente.

Explica Tavares:

Na verdade, a simples arguição de que a incriminação de determinada conduta deva se encontrar previamente definida em lei e não constitui, por si só, um limite definido do poder de intervenção do Estado, pois, assim mesmo, poderá este incriminar qualquer forma de atividade, quer positiva quer negativa, sem se importar com os elementos empíricos que lhe servem de substrato. (...) Está claro que os princípios da universalidade ou do fim em si mesmo podem indicar algum substrato para se traçar uma delimitação da omissão, como conduta punível, principalmente na omissão própria, mas são insuficientes para orientar essa delimitação em casos concretos, nos quais se afigura relevante a relação meio-fim, por exemplo, na omissão imprópria, na qual a incriminação tem por base a responsabilidade por um resultado que não fora, empiricamente, causado pelo sujeito, mas que lhe é atribuído normativamente. À medida que se afirma que a conduta digna de retribuição, na formulação kantiana, é aquela que seja possível ao ser humano tomá-la como objeto de dever, não se está mais trabalhando com um imperativo categórico formal, mas com um imperativo condicionado a um mínimo componente empírico, qual seja, ao elemento da possibilidade. (TAVARES, 2012, p.174-176)

Em resumo conclusivo: elevando o meio ambiente ecologicamente equilibrado a uma máxima universal, fica fácil excluir do juízo de relevância o que é e o que não é despropositado em função da manutenção da pessoa humana e de sua dignidade enquanto bem inalienável.

2.3 Crimes omissivos e comissivos

Efetivamente a questão dogmática que envolve a teoria dos delitos omissivos está repleta de indagações ainda não resolvidas, sendo, portanto, terreno fértil à elaboração de teorias e à espera de soluções que possam harmonizar a dogmática penal e a prática judicial, evitando que percorram caminhos contraditórios.

É relevante destacar que a responsabilidade penal já não depende exclusivamente da atuação do Estado, na configuração do dever de agir, mas depende do próprio indivíduo, ao

passo que existiu transferência de parte dessa responsabilidade, quando o sujeito deixa de realizar a ação devida; daí ser basilar o estudo e compreensão da dogmática da omissão.

Sendo assim, iniciaremos conceituando os tópicos para na sequência enfrentar as questões mais controvertidas no que tange a omissão.

Denomina-se comissivo o crime cometido por uma ação; omissivo, o realizado pela omissão.

Explica Barros:

A omissão não é apenas um comportamento estático, de repouso corporal, isto é, a abstenção do movimento corpóreo, e, sim, o não fazer aquilo que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar. O agente pode omitir-se simplesmente não fazendo, ou seja, permanecendo inerte, ou então fazendo algo diferente daquilo que tinha o dever jurídico de realizar. (BARROS, 2006, p. 163)

Com objetividade, definiu Delmanto:

Crimes omissivos próprios. São os praticados mediante o “não fazer” o que a lei manda (comportamento negativo), sem dependência de qualquer resultado naturalístico. Ex.: omissão de socorro simples. Crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão). São aqueles em que o agente, por deixar de fazer o que estava obrigado, produz o resultado. Ex.: a mãe deixa de dar alimento ao recém-nascido, causando-lhe a morte; o enfermeiro que não administra ao paciente o remédio prescrito, dando causa à sua morte. (DELMANTO, 2002, p. 19)

Nos crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão), em razão de um dever legal especial de evitar o resultado imposto a certa e determinada pessoa, chamada garantidor, é imputado a ele o resultado, como se o tivesse causado.

Esta equiparação legal da omissão à ação está prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal, e será objeto de reflexões no capítulo 3. Tal dispositivo estabelece os pressupostos desta especial imputação, quais sejam: a. posição de garante é, pois, dever de agir e de evitar o resultado; b. possibilidade concreta de agir; c. causação de um resultado imputável ao omitente.

A omissão imprópria consiste, portanto, na não-evitação do resultado típico por parte de quem tem o dever legal de agir em defesa do bem jurídico em perigo, tentando, ao menos, impedir sua conversão em dano.

Na omissão não existe um modelo causal, a omissão, a partir da conduta, é um ato perlocucionário (ação estratégica); na não execução da ação violando um dever imposto numa

norma mandamental, assim, segundo a teoria do agir comunicativo, a norma é um instrumento de comunicação.

Não se afastando da forte influência de Habermas, assevera Tavares (2012, P. 266) “a norma mandamental, que sustenta tanto os crimes omissivos próprios quanto os crimes omissivos impróprios, é, primordialmente, um ato de fala com emissor anônimo”.

Concluindo, ainda, Tavares, o raciocínio acerca do conteúdo informativo e valorativo da omissão:

A omissão, como enunciado normativo, tem, primeiramente, um sentido ilocucionário, porque se destina a informar aos sujeitos acerca do que é lhes devido, impondo-lhes um comando; já, em segundo plano, quando se concretiza em uma inatividade ou na realização de uma conduta diversa daquela que deveria ter sido realizada, percorre um sentido perlocucionário, porque, então, se orienta para a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. (TAVARES, 2012, p. 269)

Ganha importância a implicação dos crimes omissivos impróprios na tutela penal do patrimônio cultural, tendo em vista que a violação da norma mandamental ocorre de forma silenciosa, imperceptível, e, sem prevista retribuição penal.

2.4 Norma penal em branco

Faz-se necessário abordar o tema das normas penais em branco, especialmente no âmbito do direito penal ambiental, sob contexto da Lei nº 9.605/98, que traz a definição dos crimes contra a natureza; tendo em vista que essa legislação é pródiga na utilização de tipos penais que contém normais penais em branco.

Sob esse enfoque, rápida definição acerca da norma penal em branco (ou leis penais em branco) se impõe, explica Mirabete:

Enquanto a maioria das normas penais incriminadoras é composta de normas completas que possuem preceito e sanções integrais de modo que sejam aplicadas sem a complementação de outras, existem algumas com preceitos indeterminados ou genéricos, que devem ser preenchidos ou completados. As normais penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto; esse complemento pode já existir quando da vigência da lei penal em branco ou ser posterior a ela. (Mirabete, 2001, p. 49)

Sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado uma meta programática constitucional a ser perseguida e efetivada com celeridade, o processo legislativo (CF, art. 59), com suas formas, formalidades e formalismos, constituiria verdadeiro entrave a

efetivação da tutela penal ambiental; portanto, a norma penal em branco é técnica legislativa de otimização no caso dos crimes ambientais.

Por isso explica Sirvinskas:

Na defesa do meio ambiente, há necessidade de complementação da lei penal em branco mediante ato administrativo. A lei é estática; e o meio ambiente é dinâmico. Se se pretende proteger o meio ambiente, é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível. Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada de extinção, por exemplo. Há espécies em estado avançado de extinção a curto prazo e consideradas ameaçadas de extinção a médio prazo (espécies nacionais, regionais e locais). E por ato administrativo emanado de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA é que melhor se protegerá a espécie silvestre ameaçada. (SIRVINSKAS, 2002, p. 41-42)

A lei penal em branco, em linhas gerais, por ser categorizada da seguinte forma: homovitelinas, heterovitelinas e às *scripto sensu*.

As primeiras seriam as que remetem a outros dispositivos contidos na mesma lei (remissão interna); as segundas, as que remetem a outra lei formal, mas de mesma instância (remissão externa); as últimas, fonte formal heteróloga, são as que remetem a individualização do preceito a regras cujo autor é um órgão distinto do Poder Legislativo, o qual realiza o preenchimento do branco por meio de sua individualização, por exemplo, através de ato administrativo (ARMANDO, 2015, P.10).

Parte da doutrina inclina-se na discussão da violação do *nullun crimen nulla poena sine lege* – ou seja, a norma penal em branco padeceria de legalidade; tendo em vista que a definição do que seria considerado crime ficaria a cargo da autoridade ambiental (*stricto sensu*), por meio de outros diplomas, que não aqueles submetidos ao processo legislativo ordinário; sendo, portanto, inconstitucional.

Como se verifica a atuação e complementação da autoridade ambiental está especificamente nas expressões sem licença, sem autorização, sem permissão, em desacordo com a determinação legal obtida e outras assemelhadas (FREITAS; FREITAS, 2006, P. 38); sim, são documentos jurídicos editados por autoridade administrativa, porém não vemos inconstitucionalidade nessa disposição.

O preceito fundamental só é violado pela norma penal em branco, quando essa interfere na parte dispositiva da norma; na definição da tipicidade; nesse caso, o agente administrativo estará invadindo a seara constitucional do legislador; não é isso que se observa nos tipos descritos na Lei de Crimes Ambientais.

Evidente que o legislador não renunciou à sua função programadora de criminalização primária, transferindo à autoridade ambiental, apenas secundariamente o ônus de regulamentar licenças, autorizações, permissões e outras assemelhadas.

Seria impossível ao legislador ordinário prever com exatidão em que período e lugar a pesca é proibida, pois essa função é multidisciplinar, além de variar de acordo com a região, período do ano, além de envolver questões de biologia animal que dependem necessariamente de profissionais específicos, e, não operadores do Direito ou legisladores.

Em resumo conclusivo: como a norma penal em branco em matéria criminal não adentra ao preceito primário da norma incriminadora, nem restringe direitos individuais ligados à liberdade, não existe invasão da seara constitucional do legislador pela autoridade ambiental, portanto, inexistente qualquer defeito de constitucionalidade na aplicação dessa técnica; protegendo, em última análise, o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações – de forma emergencial.

2.5 Princípio da Insignificância

Quanto às origens do princípio da insignificância (ou da bagatela), exsurtem duas teorias: a primeira salienta que seu nascedouro deriva do direito romano, a partir do verbete *minimus non curatpraeto*; e, a outra afirma que surgiu na Europa a partir da primeira Guerra Mundial face à situação miserável da população que praticava pequenos delitos, em sua maioria, furtos.

Segundo Lopes (2000, P.51) “aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois, como irrelevantes”

Sobre o referido princípio Bonfim e Capez, explicam:

Na verdade, o princípio da bagatela ou insignificância (...) não tem previsão legal no direito brasileiro (...) sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minis non curatpraetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder ao seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa a um bem ou

interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico. (BONFIM e CAPEZ, 2004, p.121-122)

A assertiva é de fácil compreensão e encontra suporte no princípio da razoabilidade.

Ainda assim, quando a matéria versa sobre direitos metaindividuais, como é o caso do meio ambiente, a jurisprudência não encontrou solução para os problemas que advêm de sua adoção integral.

Para tanto a “teoria dos delitos por acumulação” pode ajudar o magistrado, como critério analítico, na formação de sua convicção para aferir tratar-se o delito de pequena monta um indiferente penal ou não, para tanto vide capítulo 2.3, onde fizemos estudo mais aprofundado sobre a teoria.

O princípio da insignificância, em face dos crimes ambientais, apresenta a problemática de que nem sempre é simples concluir se determinado dano foi insignificante ou não para o meio ambiente, tanto que a jurisprudência se divide nesse sentido.⁵

A questão fundamental é a seguinte: É possível a aplicação do princípio da insignificância em crime ambiental? O bem jurídico protegido não seria incompatível com tal princípio?

O Supremo Tribunal Federal por meio do informativo nº 676, noticiou a aplicação e aceitação do mencionado princípio em crime ambiental para situações específicas, contudo abriu precedente para o enfrentamento do caso concreto.

Diz o informativo:

⁵PENAL. DENÚNCIA. DELITOS PREVISTO NO ART. 63 DA LEI N. 9605/98. CONSTRUÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM O PROJETO APRESENTADO PELO IPHAN. DANO AO PATRIMÔNIO CULTURAL. PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DO PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. 1. O prazo previsto no art. 10, caput, do Código de Processo Penal, é impróprio, não prevendo a lei qualquer consequência processual em caso de descumprimento. Preliminar rejeitada. 2. Materialidade, autoria e dolo comprovados. O réu, voluntária e conscientemente, alterou a estrutura e o aspecto de local especialmente protegido pelo Patrimônio Histórico e cultural, realizando obras em imóvel de sua propriedade, em desacordo com a autorização do Poder Público. 3. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos que versem sobre a prática, em tese, de crime ambiental, dada a indisponibilidade do bem jurídico tutelado. 4. Apelação desprovida. (TRF-1, ACR 34763820064013600 MT 0003476-38.2006.4.01.3600, 4ª Turma, Rel. Des. Hilton Queiroz, j. 27.08.2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – CRIMES CONTRA A FLORA E CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CRIMES AMBIENTAIS – INAPLICABILIDADE – I - O processo e julgamento dos feitos relativos ao crime de parcelamento irregular de solo urbano praticado na Colônia Agrícola Vicente Pires - Taguatinga/DF - é da Justiça Federal, por caracterizar ofensa a bens da União. Precedentes do STJ. II - Não se deve aplicar o princípio da insignificância quando se trata de crimes ambientais, haja vista que os danos causados ao meio ambiente podem ser irreparáveis. Precedentes. III - Recurso do Ministério Público provido. (TRF 1ª R. – RCCR 34000132970 – DF – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro – DJU 19.12.2003 – P. 116)

Princípio da insignificância e crime ambiental: A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para aplicar o princípio da insignificância em favor de condenado pelo delito descrito no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98 (“Art. 34: Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: ... Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: ... II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”). No caso, o paciente fora flagrado ao portar 12 camarões e rede de pesca fora das especificações da Portaria 84/2002 do IBAMA. Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, que reputou irrelevante a conduta em face do número de espécimes encontrados na posse do paciente. O Min. Gilmar Mendes acresceu ser evidente a desproporcionalidade da situação, porquanto se estaria diante de típico crime famélico. Asseverou que outros meios deveriam reprimir este tipo eventual de falta, pois não seria razoável a imposição de sanção penal à hipótese. Vencido o Min. Ricardo Lewandowski, que denegava a ordem, tendo em conta a objetividade da lei de defesa do meio ambiente. Esclarecia que, apesar do valor do bem ser insignificante, o dispositivo visaria preservar a época de reprodução da espécie que poderia estar em extinção. Ressaltava que o paciente teria reiterado essa prática, embora não houvesse antecedente específico nesse sentido.

O grande desafio é determinar no exame do caso concreto se um determinado crime contra o patrimônio cultural pode ou não ser considerado insignificante para o Direito Penal.

2.6 Crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato foram largamente franqueados para utilização da Lei de Crimes Ambientais, e, isso se deu por uma razão muito simples, por ser o meio ambiente um direito difuso e coletivo a intenção do legislador foi dar efetividade a sua preservação, ou seja, impedir a produção de resultado danoso.

Ocorre que a solução de política criminal para assegurar o mandamento constitucional da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o ponto de vista normativo é questionado por parte da doutrina, pois segundo essa corrente o princípio da lesividade restou violado.

Dessa forma, os crimes de perigo se dividem em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Explica Prado (2002, P. 210), no sentido que nos crimes de perigo concreto “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado”.

No que tange aos delitos de perigo abstrato, Barros (2006, P. 132) leciona que “é o que se consuma com a simples conduta, independentemente da efetiva demonstração do perigo. Há, pois, uma presunção *juris et de jure* de que de determinada conduta advém uma situação de perigo”.

Por seu turno, Juarez Cirino (2005, P.40) afirma que nos tipos de perigo abstrato “a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido”.

Ao nosso ver, a utilização do crime de perigo abstrato na tutela penal do meio ambiente não viola a dogmática do princípio da ofensividade, porque o que o legislador visou foi justamente evitar lesões ao bem jurídico tutelado, pois em alguns casos eles são únicos e insubstituíveis, não se podendo, sequer teoricamente, correr o risco de verificação empírica de danos efetivo ou não.

Por essa quadra, os delitos de perigo abstrato são ferramentas de otimização voltadas à antecipação da tutela penal, em face da relevância do bem jurídico tutelado, no caso o meio ambiente.

Nesse sentido anotam Freitas e Freitas:

Em verdade, na maioria das vezes o dano ambiental, uma vez consumado, afeta de tal modo o meio ambiente que dificilmente as suas características primitivas são recuperadas. Daí a necessidade de evitá-lo o quanto possível. São oportunas as palavras de Eládio Lecey ao afirmar que "mais importante que punir é prevenir danos ao meio ambiente. Pela expressividade do dano coletivo em matéria ambiental, impõem-se reprimir para que não ocorra o dano. Por isso, a tipificação de muitas condutas de perigo até abstrato que, não recomendável em matéria criminal, se mostra necessária na proteção do meio ambiente. (FREITAS e FREITAS, 2006, p. 38-39)

2.7 Princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*

O princípio da intervenção mínima está intrinsecamente ligado aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade – ambos corolários da dogmática penal; sim, pois o direito penal deverá ser ministrado sempre como sendo o remédio jurídico mais amargo.

A partir disso, o direito penal deverá atuar somente para a tutela de bens jurídicos de relevância (princípio da fragmentariedade); e, demonstrada a ineficácia de meios dos outros ramos do Direito, não existindo outra solução, senão a intervenção do direito penal (princípio da subsidiariedade).

No campo da tutela penal do meio ambiente a Constituição Federal, por intermédio de seu art. 225, § 3.º, estabeleceu que aqueles que tiverem condutas lesivas ao meio ambiente se sujeitarão as sanções penais e administrativas, além da reparação pelos danos causados. Reproduzimos, propositadamente, a sequência estabelecida no texto Constitucional, para demonstrar que a interpretação desses postulados não deverá ser literal, e, sim teleológica; ou seja, as sanções penais vêm sempre em último lugar.

A Declaração Francesa de Direitos do Homem e do cidadão de 1789, já consagrava em seu art. 8º, o princípio da intervenção mínima, reservando eventuais sanções penais para proteção de bens jurídicos relevantes, onde a tutela penal fosse efetivamente imprescindível.⁶

Para Bittencourt, o referido princípio também é limitador do arbítrio do legislativo, afirmado que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. (Bittencourt, 2006, P. 17)

Nessa linha, o direito penal, com todo o seu poder estigmatizante e simbólico, não pode ser pensado como suplemento para a ausência de políticas públicas ou como motor de desenvolvimento social em diversas áreas.

Evidentemente que a ineficácia ou inexistência de políticas públicas acerca de otimização do estudo infantil, não poderá ser solucionado com a criação de leis penais mais severas ou com a redução da maioria penal; em outros termos, o direito penal continua e deverá continuar sendo a *ultima ratio* – em que pese seja o poder de comunicação da norma penal, através das penas, sempre mais eloquente.

A inflação legislativa ou o puro e simples endurecimento de leis penais, conforme as estatísticas demonstram, não teve sucesso em reduzir a criminalidade com era esperado; portanto, o princípio da *ultima ratio* – deverá ser utilizado com cautela diante do delírio legiferante dos dias atuais.

⁶Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 05 jan 2015

3 EXPANSÃO DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

3.1 As razões da expansão da tutela ambiental penal na sociedade de risco

A expansão do Direito Penal em todas as áreas é uma realidade que vem sendo refreada pela doutrina penalista tradicional. Na esfera da proteção dos direitos supraindividuais, o compromisso Constitucional de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações exige uma alteração de paradigma para enfrentar os desafios da modernidade, portanto surgiu a necessidade de um Direito Penal capaz de tratar de bens jurídicos, como os coletivos e metaindividuais.

Hodiernamente, a sociedade se assenta especialmente no mercado e na informação, cujos principais detentores são conglomerados de empresas em escala mundial; não é sem razão que a expressão aldeia global tenha se popularizado.

Igualmente em que pese a tríplice partição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), surgiu, já há algum tempo, um quarto Poder, que vai muito além do Poder Estatal, sendo inegável a influência e as relações perniciosas de poder entre o Estado e as organizações privadas detentoras desse novo capital (informação), e, conseqüentemente, a criação de novos riscos.

Conforme salienta Fernandes:

Trata-se de um fenômeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, e que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco, ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial. (FERNANDES, 2001)

É fato inegável o poder que as empresas têm em todo o mundo, algumas das quais chegam a possuir PIB (produto interno bruto) superior ao de muitos Estados, apenas a título ilustrativo destacamos a General Motors (EUA), que se fosse um país, estaria em 23.º lugar, seguida pela Ford Motor (EUA) em 26.º, isso num *ranking* mundial.

Notório, portanto, os extraordinários avanços tecnológicos desenvolvidos e aplicados à vida cotidiana. É claro, também, que junto com esses avanços multiplicam-se e potencializam os riscos da aldeia global.

E como tal devemos admitir a construção de um novo castelo dogmático para assentar a teoria do Direito Penal do Risco, ante à premente necessidade de oferecer contraprestações efetivas à nova criminalidade instalada.

Para tanto destacou Silva Sánchez:

A delinquência da globalização é econômica, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objetivo essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (homicídio ou delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como crimes *ofthepowerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. (SILVA SÁNCHEZ, 2013)

Portanto, a nova criminalidade globalizada, fruto da sociedade de risco, exige um novo olhar e um novo paradigma jurídico-penal capaz de apresentar uma resposta preventiva aos danos ambientais, ainda que essa seja posição minoritária entre os autores clássicos.

Sim, pois somente fazendo a adequação da nova realidade jurídica imposta é que se pode pretender garantir também a tutela ambiental para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto o modelo de delito de perigo abstrato apresenta-se como técnica legislativa típica que corresponde à essência dos bens jurídicos metaindividuais, e que exige maior eficácia, exatamente pelo adiantamento da punibilidade como objeto simbólico de proteção.

Nessa linha de pensamento, interessa salientar que um dos objetos de investigação dessa dissertação se sedimenta como expressão da expansão do Direito Penal, tanto que o legislador de 1940, não acolheu como fórmula expressa no Código Penal Brasileiro, porque foi entendido como desnecessário regulamentar a questão dos crimes omissivos.

Sabido, mais, que somente com a reforma que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/1984), foi introduzido o dispositivo (art. 13, § 2º). Nada mais interessante que analisar o instituto dos crimes omissivos impróprios também sob a perspectiva histórica positiva, no Brasil, indagando se a proposta de Alcântara Machado era efetivamente errônea, ou incompleta; se melhor seria efetivamente a supressão da previsão legal, como o fez o nosso

Código Penal de 1940, deixando à jurisprudência e a doutrina a sua solução; ou se a fórmula proposta por Nelson Hungria era a mais adequada à solução do problema.

Portanto, somente a partir de 1984 que a questão dos crimes omissivos tomou relevância, ao passo que foi erigida a lei, equiparando à omissão a causa de punibilidade consoante à locução do art. 13 § 2º do Código Penal.

A partir disso, para solidificar a análise, imergimos no estudo de casos concretos relacionados aos crimes por omissão contra o patrimônio histórico e cultural (abandono de bens tombados).

Nas hipóteses que serão estudadas ocorreram crimes omissivos contra o meio ambiente na modalidade omissiva – *non facere*, porém o crime omissivo é silencioso e a sociedade (e o Estado), aparentemente não percebem a ocorrência desses delitos, seus perigos e sua repercussão; pois a micro-história do crime é sempre um processo recognitivo, e, a sociedade tem seus olhos voltados somente para o futuro.

Partindo desses casos emblemáticos, procuramos no Direito aporte processual e hermenêutico para compatibilizar o texto legal existente com as possíveis soluções de sustentabilidade e efetividade.

Foi dado foco na figura do garantidor (CP, art. 13, § 2º), que possui protagonismo nos crimes omissivos e deverá ser responsabilizado pelo dano; e, o *non facere* – nessa hipótese, é equiparada ao fazer, a título de apenamento.

Em resumo conclusivo: A investigação, com base processual e hermenêutica, procura apresentar possíveis soluções, dentro da esfera do Direito Penal Ambiental, para a salvaguarda efetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para tanto, afóra do senso comum teórico, busca novas soluções sustentáveis.

3.2 Os novos desafios do direito penal na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado

A expansão do Direito Penal, especialmente no que tange a tutela ambiental é um vetor inegável e que deve ser considerado como um novo paradigma nos dias hodiernos, não apenas na tomada de decisões, mas na elaboração de políticas públicas e legislações capazes de adequar essa premente realidade ao princípio da legalidade.

Os avanços industriais e na técnica de produção desencadearam um processo evolutivo onde as condições de vida melhoraram sobremaneira quando se lança um olhar para o passado, as novas tecnologias, eletrônica, Internet, avanços médicos, possibilitaram ao ser humano atingir um patamar que passou de simples sobrevivência para existência plena.

Para garantir esse novo estilo de vida foi necessário que os meios de produção e exploração de recursos naturais, continuem, em modo automático e acelerado, com o prognóstico de crescimento, em proporções, muito superiores às atuais necessidades de seus usuários, conforme a lógica do capital; afinal, como se inebriar nos contornos cintilantes do sustentável desenvolvimento sem ter que digerir os bagaços da produção capitalista-desenvolvimentista?

A isonomia mundial organizou-se e harmonizou-se na sociabilização dos riscos, não existem diferenças sociais, castas, raças, para as ameaças globais.

Chamando atenção ao tema, Beck conta a história da Vila Parisi no município de Cubatão:

O município mais sujo do mundo encontra-se no Brasil (...). Todo ano, os moradores da favela precisam trocar o revestimento de zinco do telhado, pois a chuva ácida os corrói. Quem vive aqui tempo o bastante adquire pústulas, “pele de jacaré”, como dizem os brasileiros. Os mais intensamente afetados são os moradores da Vila Parisi, uma favela de 15 mil habitantes, dos quais a maioria se aloja em modestos casebres feitos com tijolos de cimento. Máscaras de gás já são vendidas no supermercado. A maioria das crianças sofre de asma, bronquite, inflamações na garganta e nas vias respiratórias e eczema. Em Vila Parisi, pode-se facilmente orientar pelo cheiro. Numa esquina, o esgoto borbulha a céu aberto, na outra, escorre um corgo de limo esverdeado. Um fedor de penas de galinha queimadas anuncia a siderúrgica, o cheiro de ovos pobres, a fábrica de produtos químicos. Um medidor de emissões de poluentes, instalado pelas autoridades municipais, parou de funcionar em 1977, cerca de um ano e meio após sua inauguração. Certamente não foi capaz de dar conta da sujeira. A história do município mais sujo do mundo começou em 1954, quando a Petrobrás, a empresa brasileira de petróleo, escolheu a área de mangue como sede para a sua refinaria. Logo, vieram também a Cosipa, grande siderúrgica brasileira, e a Copebrás, uma indústria americano-brasileira de fertilizantes, multinacionais como Fiat, Dow Chemical e Union Carbide chegaram logo em seguida. Era a fase do milagre do capitalismo brasileiro. O governo militar convidou empresas estrangeiras a transferir para lá a fabricação de produtos nocivos ao meio ambiente. ‘O Brasil ainda pode importar poluição’, gabava-se o ministro do planejamento Paulo Velloso em 1972, ano da Conferência do Meio Ambiente de Estocolmo. O único problema ecológico no Brasil seria a pobreza. (Beck, 2010, p. 51)

Esse alerta para os fatores de entronização do conceito de globalização já havia sido dado por Fernandes (2001):

Desde há décadas que as decisões políticas tomadas num estado-nação se fazem sentir extra-fronteiras, ou que, mesmo, dá-se o fenômeno inverso de muitas e

fulcrais dessas decisões serem tomadas extra-muros, em sede de organizações internacionais, com competências decisórias múltiplas e provenientes de transferência de poderes e soberanias estaduais, em sede consensual, para essas mesmas instituições - pensamos, obviamente, em organizações como a União Europeia, a Organização das Nações Unidas (criada mesmo com o intuito de ser um verdadeiro ágora mundial) a NATO ou mesmo o Fundo Monetário Internacional – e que se fazem sentir dentro de portas não de um mas de vários estados. Decisões de peso, em matéria de ambiente, economia e armamento, para só citar alguns dos mais flagrantes contextos, são hoje tomadas à escala internacional, se não mesmo mundial, dada a capacidade das consequências de tais decisões poder vir a afectar se não todos os estados envolvidos, pelo menos uma significativa parte deles. (FERNANDES, 2001)

Definiu Figueiredo Dias (2003):

Ao direito penal não poderá reconhecer-se a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos que ameaçam as gerações futuras se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal, de modo que para a uma proteção jurídico-penal das gerações futuras perante os mega-riscos que pesam sobre a humanidade torna-se pois indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um princípio de responsabilização penal dos entes coletivos como tais. (FIGUEIREDO DIAS, 2003)

Por essa razão, algumas causas da expansão do Direito Penal são apontadas por Silva Sánchez:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados), Mas é, ainda assim, fundamental – e, dependendo do ponto de vista, mais ainda que no âmbito das formas intencionais de delinquência – a incidência dessas novas técnicas na configuração do âmbito da delinquência não intencional (no que, desde logo, é secundária sua qualificação como dolosa eventual ou culposa). Isto é, as consequências lesivas da “falha técnica”, que aparecem como um problema central nesse modelo, no qual se parte de que certo porcentual de acidentes graves resulta inevitável à vista da complexidade dos desenhos técnicos. Assim, se trata de decidir, entre outras coisas, a questão crucial dos critérios de localização das “falhas técnicas”, ou no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito próprio do risco permitido. (Silva Sánchez, 2013, p. 36)

Claro, existem “espaços livres de direito” ou aparentemente cinzentos, como é o caso da incidência dos crimes omissivos impróprios na tutela do meio ambiente, onde a omissão na legislação, na fiscalização e na tomada de medidas, faz parecer que essa espécie delitiva simplesmente não existe; ao passo, que na verdade, dentro da dialética processual, e, da necessidade de proteção para as presente e futuras gerações, voltar os

olhos aos crimes omissivos é uma demonstração da expansão do direito penal na tutela ambiental, ao mesmo tempo que significa um processo de evolução civilizatória no tratamento da “questão ambiental”, completamente relacionada à tomada de consciência da crise ecológica que se avizinha.

Nem todos pensam assim, e, como uma das maiores detratoras dessa teoria, Renata Jardim da Cunha Rieger aponta e condena o fenômeno da chamada ausência de intervenção criteriosa.

Explica Rieger:

A premissa final (intervenção criteriosa) não está sendo respeitada: a realidade jurídica escancara uma excessiva expansão da tutela do meio ambiente que vai, sim, ao encontro do funcionalismo. Evidenciam-se muitos exageros, como a ampliação quase ilimitada do nexo causal, a excessiva antecipação de tutela, a utilização demasiada da técnica legislativa da “norma penal em branco” e, até mesmo, o afastamento do princípio da ofensividade. (Rieger, 2011, p.19)

Hodiernamente – na sociedade de risco da super-informação, o principal desafio na premente expansão do Direito Penal na tutela ambiental transpassou a ideia original relacionada a própria existência da expansão, atingiu seu ápice no acordo tácito entre todas as linhas de estudo e pensamento que congregam a necessidade urgente na efetiva tutela ambiental; e, enfim, busca uma harmonização processual e hermenêutica que projete resultados sustentáveis objetivos que, a um só tempo, respeite postulados do Direito Penal e o compromisso intergeracional constitucionalmente assumido.

3.3 Criminalização diferenciada na tutela penal do meio ambiente

A técnica legislativa da criminalização diferenciada já vem sendo aplicada em vários departamentos do Direito Penal, a teoria de Silva Sánchez, do direito penal de duas velocidades, ainda que timidamente, parece cada vez mais aflorar.

Sendo assim, possível observar com clareza a alteração de paradigma, tanto que a nova legislação para o combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) trouxe uma gama de inovações para modernizar a colheita, obtenção e gestão da cadeia da prova; há exemplo da colaboração premiada, do agente infiltrado e da legalização da inexigibilidade de conduta diversa, que deixou de ser, portanto, uma causa supra legal de exclusão de culpabilidade.

O mesmo ocorreu com a tutela penal ambiental, com o advento da Lei 9.605/98, é possível observar a evolução legislativa e a introdução do conceito preventivo de crime de perigo abstrato e da técnica legislativa da norma penal em branco. Outro exemplo, esse mais agressivo, da distinção feita por Silva Sánchez daquilo que se definiu como Direito Penal de Duas Velocidades.

No caso da Lei de Crimes Ambientais, a preocupação do legislador é garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, ainda que a maioria das figuras típicas tenham caráter meramente simbólico, sem a necessidade da imposição de pena privativa de liberdade (direito penal de segunda velocidade).

Nessa linha de pensamento explica Giacomo que:

Defende-se o uso do Direito Penal para assegurar a própria subsistência da vida no planeta e para tanto é necessário uma nova racionalidade. Desse modo, a tutela penal do meio ambiente na sociedade de risco é legítima. As estruturas de imputação deverão ser orientadas para a proteção preventiva dos danos contra o meio ambiente, para a proteção das presentes e futuras gerações. O Direito Penal não pode ser alheio à proteção de bens relevantes para a manutenção das condições de vida da humanidade. O Direito Penal deve sim se ocupar com a proteção do meio ambiente porque é inaceitável que ele possa tutelar apenas bens jurídicos individuais, às vezes de relevância bem menor e manter-se inerte quanto à proteção do meio ambiente. Nesse sentido, a função específica do Direito Penal na sociedade de risco é justamente o asseguramento do futuro. (Giacomo, 2010)

Por isso, salienta Machado (2005, P. 105) que “negar a intervenção do Direito Penal para os novos riscos é inverter o princípio da ultima ratio, pois se subtrai da tutela penal condutas tão gravosas que põem em risco a vida como um todo”. O meio ambiente é um bem jurídico penalmente tutelável, pois configura um bem essencial da pessoa humana, na interação entre essas pessoas e com a natureza.

Em resumo conclusivo, para assegurar o meio ambiente saudável para uma gama difusa de pessoas, se faz necessária a construção de uma nova dogmática penal para tutela ecológica, sobretudo na sociedade pós-industrial, onde atividades degradadoras e potencialmente degradadoras surgem em larga escala.

Portanto, a criminalização diferenciada na tutela do meio ambiente, ainda que a princípio tenha um viés de retrocesso (escola clássica), não sobrevive a uma análise mais aprofundada do tema, tendo em vista as técnicas de prevenção (norma penal em branco, crimes de perigo abstrato) terem demonstrado na prática larga aceitação no foro criminal e terem ajudado os operadores do Direito na efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado; verte-se, portanto, em solução e nascedouro de um novo paradigma jurídico-

penal, que ainda padece de uma construção plena, longe de significar inflação legislativa, e, sim, integração.

3.4 O paradigma dos *kumulationsdelikte* na tutela penal ambiental

A necessidade da antecipação de tutela penal nos casos envolvendo a salvaguarda do meio ambiente ecologicamente equilibrado resultou na elaboração da teoria dos *kumulationsdelikte* ou delitos por acumulação.

Isso significa dizer que condutas isoladas do ponto de vista de proteção do meio ambiente não teriam a capacidade de lesioná-lo ou colocá-lo em risco, nem mesmo dentro da técnica legislativa dos crimes de perigo abstrato; não obstante, quando praticados em massa – tais condutas passariam a extremamente relevantes, pois que efetivamente degradadoras.

Os *kumulationsdelikte* ou delitos por acumulação (ou cumulação) nos casos de pequenas infrações ao meio ambiente que, individualmente, seriam insignificantes, tendo em vista não representarem lesividade suficiente para permitir punição ao autor; porém, uma vez somadas, representariam um dano considerável às condições de preservação ambiental (OLIVEIRA, 2013).

Essa teoria de Lothar Kuhlen foi desenvolvida a partir de um caso concreto de Direito Ambiental (§ 324 StGB, delito de contaminação de águas, *Gewasserverunreinigung*), consoante explica Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Kuhlen desenvolve sua teoria a partir de um caso concreto, segundo o qual pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidades ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água. Em vista deste problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda a sociedade. O delito que fundamentaria a punição seria o de poluição das águas. (OLIVEIRA, 2013)

Por outro lado Silva Sánchez defende posição diametralmente oposta, salientando que a ausência de perigo, na conduta isolada, não justifica a incidência do Direito Penal:

Os resíduos de uma empresa – de apenas uma –, por muito que superem amplamente os graus de concentração de metais pesados estabelecidos na normativa administrativa, não tem como colocar em perigo – por si sós – o equilíbrio dos sistemas naturais. Se somente se tratasse dos resíduos de uma empresa, não existiria problema ambiental. O problema se deriva da generalização de resíduos com certos graus de concentração de metais. Nessa medida, é lógico que sob a perspectiva global do Direito Administrativo sancionador se considerem pertinentes a

intervenção e a sanção. Pois o somatório de resíduos teria – aliás, tem – um inadmissível efeito lesivo. Mas, novamente, não se mostra justificável a sanção penal da conduta isolada que, por si só, não coloca realmente em perigo o bem jurídico que se afirma proteger. (SILVA SÁNCHEZ, 2013)

Notório o paradigma na fundamentação teórica desses dois autores, tendo em vista que partem de um mesmo caso concreto (contaminação das águas), porém com conclusões diametralmente opostas acerca da necessidade da aplicação do Direito Penal (ou sua neutralização).

Os delitos de acumulação são uma subespécie dos crimes de perigo abstrato, e, como tal, segundo afirma Silva Sánchez, simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou – ainda melhor – perigo global, chegando a defender a descriminalização dos delitos de perigo abstrato, nos quais se faz a abstração do perigo, sendo este um dado meramente estatístico.

A teoria da descriminalização dos delitos de perigo abstrato não teve aceitação na legislação brasileira, tendo em vista a Lei de Crimes Ambientais estar baseada nessa técnica legislativa, salvo casos especialíssimos de aplicação do princípio da insignificância.

O fato – é tanto Kuhlen quanto Silva Sánchez concordam que em determinados casos, a tutela ambiental, seja contemplada por infrações administrativas.

Existe uma tendência doutrinária em aproximar o Direito Penal do Direito Administrativo-sancionador, especialmente na tutela ambiental, com o móbil evidente de descriminalizar condutas, deixando a cargo do direito administrativo apresentar solução, visando coibir o chamado “processo de criminalização”.⁷

Até ser superado o paradigma dos *kumulationsdelikte* – merece destaque esse conceito, visto que a tutela ambiental, para as presentes e futuras gerações, necessita ir além da busca de apuração de responsabilidades individualizada, para a busca de uma apuração coletiva, como exige a crise ecológica, isso é uma realidade; o desafio é a preservar o princípio da legalidade e garantir o direito de defesa.

⁷O discurso que rechaça essa proteção argumenta que haveria uma antecipação exagerada da intervenção penal, oposta aos ditames da intervenção mínima e da fragmentariedade, bem como dificilmente conciliável com o princípio da lesividade. Nessa perspectiva, a ausência de uma lesão concreta ao ambiente seria um claro indicativo da desnecessidade da tipificação penal, que poderia ser substituída pelo recurso à tutela extrapenal. De fato, a Lei 9.605/98 adianta de modo exagerado os limites da intervenção punitiva em diversas hipóteses. Essa inflação legislativa penal em matéria ambiental é um exemplo do “avassalador processo de criminalização”, denunciado pela doutrina, que deságua na criticada *administrativização* do Direito Penal do Ambiente e que também pode contribuir para a proteção exclusiva de *funções*, o que conduziria ao esvaziamento do sentido real da proteção jurídico-penal. Alguns tipos penais da Lei 9605/98 efetivamente apresentam traços característicos de um processo de administrativização exacerbado e de uma proteção exclusiva das funções da Administração Ambiental, e não do bem jurídico ambiente. Tudo isso contribuiu para corroborar os argumentos expendidos pelo discurso de resistência à expansão do Direito Penal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0527b1b41d984cd9>>. Acesso em: 31 julho 2015.

3.5 A incidência dos crimes omissivos como concausa de expansão do direito penal na tutela ambiental

O Direito Penal é a forma mais gravosa de intervenção na esfera das liberdades individuais; a partir disso, posicionar o Direito Penal na Sociedade Global do Risco – conceito desenvolvido por Ulrich Beck é basilar para entender o desenvolvimento e incidência do delito omissivo com causa de expansão desse Direito.

Acreditava-se na capacidade do homem de prever e controlar os acontecimentos futuros e, portanto, nas relações de causalidade. Sendo assim, mecanismos de contenção de riscos permitiam a sensação mínima de segurança social.

É claro o entendimento do passado de que os sistemas de automação industrial e os contratos de seguros representavam balizamentos de controle aceitáveis à época. Inobstante, esses sistemas de segurança mostraram-se obsoletos, ante a instalação da sociedade da ultra-velocidade, dos mega-riscos, e, dos conglomerados empresariais.

A conjugação do declínio do Estado Social, com os efeitos da globalização, somados ao domínio absoluto das grandes corporações, potencializou o conceito do crime omissivo que passou a ostentar certo protagonismo na teoria geral do crime, ante a incapacidade de controle por parte do Estado.

É o que nos explica Juarez Tavares:

A criação, portanto, de delitos omissivos e sua intensa utilização nas leis penais mais recentes não são produtos de uma tomada de consciência do legislador em torno de necessidades sociais emergentes, como poderá parecer e como querem fazer parecer os meios de comunicação de massa, no sentido de se obter, com isso, um estado de paz social. Sua adoção é uma consequência da falência do Estado social e sua substituição pelos conglomerados, cujas estruturas passam a servir de modelo para todos os demais setores sociais e econômicos, inclusive para as próprias pessoas individuais, essas cada vez mais dependentes do poder de controle das agências e da disponibilidade e arbitrariedade dos prestadores de serviço. Significativa é a subordinação do indivíduo aos planos de fidelidade dessas empresas, que bem retratam sua extensão desmedida às atividades e decisões de todos. Ao introduzir-se o plano de fidelidade, desde os setores mais importantes até os pequenos negócios, se induz o indivíduo a, simbolicamente, se subordinar a suas regras e controles. O plano de fidelidade, que serve de base aos deveres de organização, também constitui o filão simbólico a fundamentar, em outros termos, as infrações por omissão. (...) Vê-se, pois, que a construção de um modelo de delito, a partir de um delito omissivo, que se anuncia como a grande conquista da moderna ciência penal funcionalista, não é um ato politicamente avalorado ou cientificamente neutro. Independentemente dos bons ou maus propósitos da doutrina, a mudança de rumos teóricos no âmbito do delito e a substituição gradativa do modelo comissivo pelo

modelo omissivo correspondem ao sedimento ideológico conduzido pelo domínio das corporações. (TAVARES, 2012, p. 24)

A partir disso, os riscos conhecidos começaram a assumir características cada vez mais globais, ameaçando o modelo capitalista que os produziu. Com base na ideia de risco, desenvolveu-se uma racionalidade distinta do modelo de direito penal liberal, o direito penal do risco.

Portanto, o direito penal, sob essa perspectiva, antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que antes seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos – dando ênfase aos crimes omissivos, e, em especial à tutela ambiental, que outrora foram relegados ao segundo plano (doutrinário e jurisprudencial).

Assim inicia a expansão dos delitos omissivos, explica Juarez Tavares:

Tendo em vista a rudimentariedade de sua incidência prática, o delito omissivo ficou, durante muito tempo, desligado da dogmática. Lançado os olhos sobre a evolução do conceito analítico de delito, pode-se constatar que a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária da ação. Acolhida a norma incriminadora como manifestação direta da proibição, importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido, legislativamente, em algumas hipóteses como delito autônomo desde o século XIV, seu grande passo dogmático só começa a se manifestar sob um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se manifesta a necessidade de uma regra geral da omissão e, em face da diversidade normativa, se procede à distinção entre delitos que resultam da violação da proibição e delitos sedimentados sobre a infração de um comando. Anteriormente, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos aos delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime, ou a delitos funcionais subordinados normalmente a deveres especiais de seus sujeitos. Desde essa época, no entanto, se sucedem pronunciamentos acerca da menor ou igual gravidade de tais delitos diante daqueles realizados por comissão, que dizer, a previsão de uma omissão, como ação delituosa, não despertava unicamente um interesse no âmbito da teoria do delito, mas de sua punibilidade. (TAVARES, 2012, p. 31-32)

É crescente a tipificação dos delitos de perigo abstrato como legítimos instrumentos de um Direito Penal direcionado à prevenção dos riscos globais. O estudo sobre os fundamentos da incriminação desses delitos é um passo importante para compreender o novo paradigma do Direito Penal nos dias hodiernos.

Para tanto sustenta D'Avila:

O direito penal ambiental, entretanto, parece tomar uma outra direção. Impulsionado, de um lado, pela pretensão de oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais e, de outro, por dificuldades dogmáticas, muitas vezes insuperáveis, de verificação causal dos danos que, não raramente, se perde na multiplicidade e cumulatividade de fatores, no tempo diferido, na incerteza sobre a própria relação causa-efeito ou em danos transfronteiriços, o direito penal ambiental tem sido marcado por uma forte antecipação da tutela, na qual o demasiado

distanciamento entre a conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos de ilícito meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar o espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade. Dai não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental. (D'AVILA, 2015)

Filiamos-nos à corrente que entende a necessidade da construção de um novo paradigma jurídico-penal para a tutela ambiental; pois mesmo contrariando a posição dominante do Direito Penal (clássico), tendo em vista a necessidade premente de proteção integral do meio ambiente, sob pena de perecimento da própria humanidade.

Portanto, a expansão do direito penal para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado se faz necessária e salutar, tendo em vista o poderio econômico dos conglomerados de empresas, a nova criminalidade e, sobretudo os novos riscos da sociedade pós-industrial.

Em resumo conclusivo, o crime omissivo na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um colocado (legislação), e sim um construído (desenvolvimento dogmático), que deverá ser estudado, planejado e estruturado para que possa funcionar atendendo aos anseios do meio ambiente ecologicamente equilibrado; todavia, sem desnaturar os princípios basilares do direito penal.

4 CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO NA TUTELA PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO

4.1 Crítica acerca da ausência de legislação específica sobre a tutela penal do patrimônio histórico e cultural

O texto legislativo, sozinho, realmente não leva a lugar nenhum, contrariamente ao que insinua e advoga o saber convencional. No direito ambiental, devemos enfaticamente rejeitar a tese de que a lei, como manifesto final do legislador, já nasce adulta.

Nas palavras de Roscoe Pound, ainda no início do Século XX e com apoio nos alemães, o Direito sempre esteve e sem dúvida sempre estará em processo de vir a ser. Se não bastasse tal lição, a realidade do fenômeno jurídico nos ensina que a promulgação, como momento formal, nada mais representa que o ponto inicial e uma trajetória, que pode ser curta ou longa, tranquila ou tumultuada, cara ou barata, democrática ou autoritária, efetiva ou inoperante, mas sempre prisioneira da sua implementação (BENJAMIN, 1993).

Por essa quadra salienta Mirra (1999, P. 32), a origem do problema, segundo nos parece, está no fato de que, conforme tem sido apontado pela doutrina especializada, o Estado, em relação ao meio ambiente, desempenha muitas vezes papéis ambíguos e contraditórios.

Se por um lado, o Estado é o promotor por excelência da defesa do meio ambiente na sociedade, ao elaborar e executar políticas públicas ambientais, e ao exercer o controle e a fiscalização das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente; por outro lado, ele aparece, também, em muitas circunstâncias, como responsável direto ou indireto pela degradação da qualidade ambiental, ao elaborar e executar outras políticas públicas; notadamente aquelas relacionadas com o desenvolvimento econômico e social, ao exercer atividades empresariais como se fosse um particular.

Também ao omitir-se no dever que tem de fiscalizar as atividades que causam danos ao ambiente e de adotar as medidas administrativas e legislativas necessárias à preservação da qualidade ambiental.

Por isso a crítica de Streck, torna-se imprescindível discutir a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel da justiça constitucional:

Com efeito, preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não

conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J.E Faria). O paradigma (modelo/moço de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re) clamam novas posturas dos operadores jurídicos. (STRECK, 2009, p. 71)

Nessa linha, o art. 225, § 3º, da Constituição Federal fez uma clara diferença entre reparar os danos causados ao meio ambiente e sancionar administrativa e penalmente condutas e atividades prejudiciais ao meio ambiente. A reparação – de natureza civil – independe de culpa do autor da ação ou da omissão; já a cominação de sanção penal ou administrativa requer a demonstração de culpa. A Lei nº 9.605/1998 prevê penas restritivas de direito, que incluem a restauração “de coisa particular, pública ou tombada” e a execução de obras de recuperação de áreas degradadas (MACHADO, 2014).

Os procedimentos penal e administrativo ambiental empregam uma técnica probatória quanto ao ônus da prova diferente do procedimento civil, ainda que os objetivos possam ser os mesmos – reparar o dano causado.

O problema da tutela penal ambiental do patrimônio histórico e cultural está na aparente ausência de texto legislativo específico para as não comuns hipóteses de omissão Estatal.

Indiscutível, o legislador foi extremamente econômico ao tratar do tema ordenamento urbano e patrimônio cultural; pois, reservou, apenas 4 (quatro) dispositivos legais para tratar de assunto extremamente abrangente; algo que é inaceitável do ponto de vista humanístico, além de contrastar com a riqueza histórica e cultural brasileira, que também guarda proporções continentais.

Enquanto o legislador pátrio reservou apenas 04 (quatro) dispositivos legais para tratar do patrimônio cultural, a Itália possui um Código de Patrimônio Cultural e Paisagístico com 184 (cento e oitenta e quatro) artigos, portanto possui um aparelhamento jurídico muito mais completo e harmônico.⁸

A legislação, aparentemente, não tratou das hipóteses dos crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) no que diz respeito ao patrimônio cultural, em particular a bens especialmente protegidos (tombamento) que sejam de propriedade do Estado.

⁸Disponível em: <<http://www.sbapge.liguria.beniculturali.it/>> Acesso em: 05 janeiro 2016

4.2 Tombamento como instrumento de otimização para a tutela penal do patrimônio cultural

O patrimônio histórico e cultural brasileiro é riquíssimo, e não é incomum que outras esferas do Direito (cível e administrativo), sejam insuficientes para tutelar e garantir a perpetuação desses bens materiais e imateriais para as presentes e as futuras gerações.

Assim, como ponto de partida para da análise proposta, vejamos a conceituação de patrimônio emprestada por Machado, ao mencionar que:

Patrimônio é um termo que vem do latim *patrimonium*. Seu primeiro significado é “herança paterna”, pois está ligado a pater – pai; ou, de forma um pouco mais ampla, “bem de família”, ou “herança comum”. O conceito de patrimônio está ligado a um conjunto de bens que foi transmitido para a geração presente. O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade da fruição da geração futura”. (MACHADO, 2014, p. 1302)

No caso, o bem jurídico tutelado, é a preservação do patrimônio cultural, consoante o destaque dado pelo art. 216 da Carta Magna.⁹

A Convenção da UNESCO de 1972 dividiu o conceito de patrimônio em duas espécies: o cultural e o natural, conforme destacou Machado:

Patrimônio cultural – os monumentos: obras arquitetônicas, esculturais ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência; os conjuntos: grupos de construções, isoladas ou reunidas, que, em razão de sua arquitetura, de sua unidade, ou de sua integração na

⁹Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

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

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. (grifos nosso)

paisagem, tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência; os sítios: obra do homem ou obras conjugadas do homem e da Natureza, assim como as zonas, compreendidos os sítios arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da História, da Arte ou da Ciência. Patrimônio natural – os monumentos naturais constituídos por formações físicas ou biológicas ou por grupos de tais formações que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas constituindo habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da Ciência ou da conservação; os sítios naturais ou zonas naturais estritamente, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da Ciência, da conservação ou da beleza natural. (MACHADO, 2014, p.1106-1107)

Após conceituar o patrimônio cultural na cabeça do art. 216, o constituinte houve por bem arrolar as diversas maneiras pelas quais o patrimônio cultural poderá se protegido.

Nesse contexto, o art. 216, da Carta Magna se desdobrou em 5 (cinco) incisos, sendo que a lista dos bens neles previstos é exemplificativa, admitindo-se a inclusão de outras espécies protetivas.

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º, da CF).

Para dinamizar nosso trabalho daremos foco, especificamente no meio de promoção e proteção do patrimônio cultural que mais deixa evidenciada a incidência de crimes omissivos impróprios, qual seja, o tombamento.

O tombamento para os objetivos desse estudo é um instrumento de otimização da tutela penal do patrimônio histórico e cultural; em que pese ser um instrumento de natureza administrativa.

A correlação, e, essa é fundamental, reside na especial proteção dada ao patrimônio cultural por intermédio do Tombamento, pois, no caso de prédios públicos, a figura do garantidor é o próprio Estado; logo, a omissão imprópria (abandono de bens público especialmente protegidos pelo tombamento), acarretaria a responsabilização penal.

Para Rabello (2015), o tombamento serve primordialmente para a preservação do direito público ao patrimônio cultural:

O tombamento é a forma pela qual o poder público seleciona coisas – bens materiais – que, por seus atributos culturais, devem ser preservados contra mutilações e destruição; ou seja, coisas que, por serem portadoras de valor cultural, dever ser conservadas. Se determinadas coisas são reconhecidas como portadoras de valores culturais, e se estes valores culturais são direitos coletivos públicos, logo elas – as coisas – devem ser preservadas (conservadas) para que os valores culturais, que são direitos coletivos, sejam passíveis de fruição pelos titulares desse direito: a população. Portanto, o tombamento serve para preservar o direito coletivo público

ao patrimônio cultural nacional, estadual ou municipal, do qual as coisas, públicas ou privadas, podem ser portadoras. (RABELLO, 2015)

Esse instrumento foi regulamentado pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937; que por sua vez foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, normatizando seu objeto jurídico, formalidades, utilização e os efeitos legais para a preservação de bens culturais.

A legislação federal sobre tombamento se harmonizou com a Carta Magna, sendo erigida a norma geral nacional sobre o assunto, incidindo para União, Estados e Municípios, logo o tombamento poderá incorrer, isolada ou cumulativamente, dependendo do valor cultural do bem, definindo assim a competência da Administração Pública.

Salienta Machado (2014, P. 1208) que não há qualquer vedação constitucional a que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal.

O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção de bens culturais.

O tombamento não é medida que implique necessariamente despesa; e, caso venha o bem tombado a necessitar de conservação pelo Poder Público, o órgão encarregado da conservação efetuará tal despesa, proveniente de seu orçamento.

A responsabilidade administrativa pelas ações ou omissões do Estado, quanto à gestão dos bens públicos tombados, estão bem definidos em lei, competindo ao órgão de tutela proceder à conservação.

Pontifica Machado (2014, p. 1210), que a gestão dos bens públicos tombados está sujeita aos mesmos deveres e direitos que a dos bens privados – art. 17, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 25/1937.

Segundo essa norma, a punição das autoridades responsáveis por infrações nelas recairá pessoalmente. Contudo, o art. 37, § 6.º, da CF diferencia a responsabilidade pessoal dos agentes públicos, ao dizer que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assim, a responsabilidade da Administração Pública é objetiva, e a das autoridades responsáveis é subjetiva, pois para ser caracterizada há necessidade de provar o dolo ou a culpa.

Definidas as regras de tutela do patrimônio cultural brasileiro, interessante ressaltar a resposta da legislação penal, imputando ao Estado, a, função de garantidor, frente ao problema comum do abandono de prédios públicos tombados, ou seja, já considerados por ato administrativo, patrimônio cultural.

4.3 O abandono de prédios públicos especialmente protegidos pelo tombamento

A Constituição Federal (arts. 215 e 216) e a legislação infraconstitucional específica (Decreto-Lei 25/37) impõem ao Poder Público a proteção do patrimônio cultural, como a preservação de bens e valores de relevância histórica, artística, estética, turística, paisagística e arquitetônica.

Um dos principais efeitos do tombamento é a incidência do dever de conservação, por parte de seu proprietário, do patrimônio cultural.

A conservação desse patrimônio seria um ônus especial decorrente do tombamento, conforme argumenta Rabello:

Comumente, a legislação urbanística determina, motivada por vários interesses públicos (sanitário, de segurança e até estéticos), que os donos de imóveis urbanos os mantenham em bom estado de conservação, assim como as calçadas públicas fronteiriças. Então, a conservação, por motivo de preservação do patrimônio cultural, é apenas mais uma razão do rol de obrigações proprietárias: manutenção do bom estado de conservação dos imóveis em geral. A diferença primordial no exemplo citado é que os imóveis tombados, além de se manterem conservados, não poderão, ao contrário dos demais, terem suas características fundamentais alteradas nem serem mutilados ou demolidos. (RABELLO, 2015, p. 14)

A partir dessa obrigação de manter imaculadas as fundamentais características do patrimônio, sem mutilações e demolições – é que inicia o marco teórico da análise jurídica proposta.

O abandono ou a simples omissão no dever de conservação do patrimônio cultural gera algum tipo de responsabilidade ao proprietário?

Acerca do dispositivo do art. 19 do Decreto Lei nº 25/37, explica Rabello:

O dispositivo diz que cabe ao proprietário “que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação” informar ao órgão responsável pela tutela do bem a necessidade das mesmas e a sua falta de recursos para tal. Então, verificados e comprovados os fatos, cabe ao órgão de tutela proceder à conservação, ou desapropriar o imóvel. Se a conservação não for feita, o bem poderá vir a ser destombado a pedido do proprietário. (...) Comprovada a efetiva falta de recursos, caberia ao órgão de tutela ter condições orçamentárias e técnicas de proceder à conservação do bem ou desapropriá-lo, sempre visando a sua conservação. (...) Se poderia considerar razoável e pertinente a colaboração do poder público na

conservação do bem, tendo em vista o interesse público a ele atribuído. (RABELLO, 2015, p. 14)

A partir do raciocínio da autora eleita pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) para escrever especificamente sobre tombamento no Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural, seria correto concluir que o dever de conservar o patrimônio cultural é do proprietário, sendo o Estado, através de seu órgão de tutela, garante dessa conservação, caso o primeiro venha a faltar por falta de recursos.

Essa constatação nos leva a um segundo nível argumentativo: O que ocorre quando o próprio Estado é o proprietário do bem especialmente protegido por tombamento?

Tanto para a primeira quanto para a segunda construção – a resposta é a mesma, o Póde Público, em última análise, é responsável pela conservação do patrimônio cultural; a partir disso, dentro da análise proposta, e dos casos específicos apontados, cunhamos a expressão: “o Estado é garantidor por excelência” do patrimônio cultural.

E como garantidor por excelência do patrimônio cultural, vem falhando no seu dever legal de conservação, especialmente de prédios públicos tombados; e, essa omissão traz consequências nefastas, não só ao direito ao patrimônio cultural, mas também a cidade, em termos de zoneamento, planejamento e ocupação de áreas urbanas.

Nesse contexto, Mirra (1999, P. 55) explica como é comum o abandono do patrimônio cultural após o tombamento:

(...) os Estados e, sobretudo, os Municípios resistem muito em utilizar o tombamento para a proteção desses bens, que, não raras vezes, pertencem aos particulares. Ainda assim, nas hipóteses em que a proteção administrativa sobrevém e o bem acaba por ser tombado, em boa parte dos casos, após a efetivação formal do processo na esfera administrativa, o resultado prático, notadamente quando se trata de imóveis, é o abandono do bem até a sua deteriorização, sem providências concretas de conservação. Em todos esses exemplos, em que se constata a omissão de providências administrativas protetivas do meio ambiente e de bens ambientais específicos, surge à questão da superação da inércia da Administração Pública pela via jurisdicional. (MIRRA, 1999, p. 55)

Diante de omissões dos órgãos administrativos na proteção do meio ambiente, como as acima relatadas, redobra a importância de se cotejar a Legislação Constitucional e infraconstitucional de tutela do patrimônio cultural, e, a sua harmonização com os dispositivos penais da Lei n.º 9.065/1998 em face do art. 13, § 2.º do Código Penal, estando, suficientemente claro, que outras áreas do Direito, há muito, falharam em dar efetividade à tutela ambiental.

Nesse ponto, somente com a responsabilização penal, com todo o seu poder estigmatizante, será superada a questão do abandono do patrimônio cultural. Trazemos como

exemplo uma infinidade de imóveis tombados, mais especificamente prédios públicos, que hodiernamente vem sendo dilapidados (pela omissão), ao contrário do que determina a legislação.

É o caso do imóvel situado à Rua Marquês de Paranaguá, n.º 125, Bela Vista, São Paulo/SP; é um imóvel de propriedade do Instituto Nacional da Previdência Social, portanto, da União, que se encontra em estado de completo abandono.

Figure 1 - Vista frontal do imóvel descrito



(FONTE: GOOGLE ¹⁰)

O imóvel foi tombado integralmente, com todos os elementos arquitetônicos existentes, abrangendo a extensão completa do lote, conforme Resolução n.º 05/95 do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo.

¹⁰Disponível em: <<https://www.google.com.br/maps/@-23.5497149,-46.6503349,3a,52.2y,331.26h,109.18t/data=!3m6!1e1!3m4!1sb6jVzovMU6cQEtHphJGV3w!2e0!7i13312!8i6656>> Acesso em: 05 janeiro 2016

Figure 2 - Vista lateral do imóvel qualificado



(FONTE: GOOGLE¹¹)

Como se observa diversos elementos estéticos do imóvel foram alterados, como alteração da cor original das paredes, as janelas foram furtadas, juntamente com outros elementos de metais.

Consoante definido anteriormente, o Estado, sobretudo como garantidor por excelência dos imóveis tombados, tem o dever jurídico de conservar esse patrimônio cultural, garantido o seu acesso e uso para as presentes e futuras gerações.

Quando o Estado, proprietário do bem, através da conduta omissiva, permite (pelo nada fazer) que um imóvel especialmente protegido pelo tombamento, com altíssimo valor cultural, seja deteriorado pelo tempo ou pela ação de terceiros, sem dúvida, figura como garantidor, incidindo, a regra do art. 13, § 2º, do Código Penal em conjunto com os artigos 62 até 65 da Lei 9.065/98 (conforme o caso concreto).

Outro exemplo emblemático, agora no Estado do Rio de Janeiro, é o Hospital São Francisco de Assis, de propriedade da Universidade Federal do Rio de Janeiro, localizado a Avenida Presidente Vargas, n.º 2863, Centro, também tombado pelo patrimônio cultural, através do processo n.º 978-T-78 de 1983.

¹¹Disponível em: <https://www.google.com.br/maps/@-23.5494565,-46.6501814,3a,37.5y,261.79h,111.59t/data=!3m6!1e1!3m4!1sk2hxGfAD-CZ9d8tGKO_dKQ!2e0!7i13312!8i6656> Acesso em: 05 janeiro 2016

| **Figure 3 - Visão frontal do Hospital**



(FONTE: UOL NOTÍCIAS¹²)

Como se observa a fachada do imóvel está completamente danificada, não apenas pela ação do tempo, mas também pela ação de grafiteiros.

A incidência e efetiva aplicação do Direito Penal, como objeto simbólico, é ferramenta importante na tutela e defesa do patrimônio cultural e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente no que tange aos crimes omissivos (comuns omissões estatais).

O Direito Penal (*ultima ratio*), é um ramo do Direito, pelas suas características peculiares, que tem a capacidade de movimentar a máquina Estatal, sobretudo na hipótese em estudo, quebrando-se a inércia.

¹²Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/album/2012/12/17/predios-historicos-do-rio-de-janeiro-sofrem-com-falta-de-conservacao.htm#fotoNav=3>> Acesso em: 05 janeiro 2016

Figure 4 - Vista no detalhe do estágio de degradação do imóvel



(FONTE: UOL NOTÍCIAS¹³)

Na imagem, além do grafite em diversas janelas, observa-se o avançado estágio de degradação em que esse prédio público, considerado patrimônio cultural, encontra-se.

A quantidade de prédios públicos abandonados por todos Brasil é espantosa; basta realizar uma breve pesquisa nos sites de busca na internet ou lançar um olhar mais atento na cidade em que se vive para verificar o abandono do patrimônio cultural.

O ato comissivo impróprio (omissão), por vezes passa despercebido, pois é um mal silencioso e difícil de ser notado, porém seus desdobramentos são nefastos.

É muito importante voltar os olhos à questão levantada, pois o abandono dos prédios públicos tombados, e, a ausência de responsabilização em qualquer esfera, em especial, na penal, corresponde, também, à negação ao direito à cidade e ao urbano.

Normalmente, os bens tombados, se encontram em áreas centrais da cidade; e, essas áreas possuem um comércio proeminente durante o dia, todavia suas ruas ficam completamente desertas durante a noite.

Esse mesmo quadro se repete nas principais cidades brasileiras; não faltam exemplos de prédios públicos tombados em estado de abandono em diversos centros históricos.

¹³Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/album/2012/12/17/predios-historicos-do-rio-de-janeiro-sofrem-com-falta-de-conservacao.htm#fotoNav=4>> Acesso em: 05 janeiro 2015

O efeito mais evidente, para além do crime contra o património cultural, é a saída das pessoas de ambientes que existam imóveis em estado de abandono; porque esses são centros de degradação, invasões, criminalidade e ausência da presença do Estado.

Como consequência, os moradores de maior capacidade financeira procuram condomínios fechados de luxo cada vez mais distantes dos centros considerados históricos.

Os habitantes e frequentadores do passado histórico desses lugares saem em busca de lares menos barulhentos e mais espaçosos (subsidiados pela infra-estrutura voltada para automóveis); com menor degradação dos imóveis com o tempo, e, com maior sensação de segurança, tendo em vista o aumento de taxas de criminalidade nas proximidades de imóveis abandonados (principalmente furtos de celulares, carteiras e uso de entorpecentes).

4.4 O poder público como garante do património cultural

Explica Barros (2006) que nos crimes omissivos impróprios (impuros, espúrios ou comissivos por omissão) o núcleo do tipo é uma ação, mas a tipicidade compreende também a conduta daquele que não evitou o resultado, por atuação ativa.

A tipicidade consiste na violação do dever jurídico de impedir o resultado, é o chamando *non facere*.

O dever jurídico, especifica o § 2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro, incumbe a quem: a.) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b.) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c.) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Surgiu então a figura do garante genérico na perspectiva dos crimes ambientais, onde no art.2.º da Lei 9.605/98, criou-se a hipótese de relevância da omissão com responsabilização do diretor, administrador, membro de conselho e órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir sua prática.

Só pode ser autor de crime aquele que tem o dever jurídico, emanado de uma das três situações acima mencionadas. Trata-se de rol taxativo, que não pode ser ampliado a outras hipóteses ali não contempladas, pois é inadmissível a analogia *in malam partem*. Convém lembrar, porém, que a flexibilização das alíneas b e c conferem ao magistrado o poder de

complementar a tipicidade dos crimes omissivos impróprios. Trata-se, como se vê, de tipos penais abertos (BARROS, 2006).

Chama atenção a argumentação de Rieger, quando questiona o princípio da legalidade e os crimes omissivos impróprios, senão vejamos:

A responsabilização por um delito omissivo impróprio enseja fundadas dúvidas acerca do respeito ao princípio da legalidade e parece violentar a ideia da interpretação restritiva da lei penal. Isso porque, como se observou, esses delitos não estão expressamente previstos na legislação, advindo a responsabilização do sujeito da simples equiparação como crimes comissivos ou, ainda, da combinação de dispositivos legais (o tipo legal do crime comissivo e a norma de extensão que equipara a omissão à ação). Como consequência disso, condutas inicialmente atípicas ou caracterizadoras de um delito de omissão própria tornam-se crimes omissivos impróprios respondendo omitente como se tivesse agido. (Rieger, 2011, p. 66)

Nesse particular, conforme já definido como a priori - dogmático, compartilhamos com o entendimento de Juarez Tavares que salienta que os crimes omissivos impróprios são compatíveis com o princípio da legalidade.

Registra que a solução mais adequada, mais consentânea como o princípio da legalidade, seria, sim, a tipificação expressa, mas observa que tal solução só é admitida de *lege ferenda*, pois implica a tipificação de diversas condutas. No momento, sem essa alteração legislativa, sem novas tipificações, o autor considera necessário combinar conteúdo da posição de garantia com aquelas exigências formais do art. 13, § 2.º, do Código Penal. Afora isso, Juarez Tavares considera imprescindível demonstrar que “[...] o sujeito se encontra em situação real de possibilidade de atender ao dever ou, ainda, quando da ingerência, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesmo violado um dever de cuidado (RIEGER, 2011).

Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – desabamento parcial de bem tombado pela má conservação [...] Possibilidade de configuração do crime por conduta omissiva de quem tinha o dever de agir – Possibilidade de configuração do crime por conduta omissiva de quem tinha o dever de agir – Inteligência do art. 13, § 2.º, do CP - Responsabilidade penal configurada pela demonstração de ciência da ré de que se tratava de bem tombado e de que precisava de obras de manutenção/reparo¹⁴.

O Poder Público, na questão que estamos tratando, especialmente para prédios públicos tombados, é garantidor por excelência, não podendo se eximir da responsabilidade penal; não obstante, na prática, não observamos a aplicação hermenêutica das normas discutidas nesse estudo; portanto, um dos objetivos da reflexão proposta é uma aproximação

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2007.001769-7. Relator: Desembargador Torres Marques. Lages, SC, 17 de abril de 2007. **Diário Oficial da União**. Santa Catarina, 18 abr. 2007.

eficiente das hipóteses teóricas funcionais com uma prática jurídica que possa atender aos anseios de proteção ao patrimônio cultural e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4.5 Crítica a fiscalização deficitária (ou inexistente) como entrave a efetiva proteção ao patrimônio cultural

O número de prédios públicos tombados em estado de abandono é grande em diversas metrópoles brasileiras; o IPHAN por meio de seu canal de comunicação oficial (www.iphan.gov.br), não dispõe de dados, de modo que a avaliação estaticamente dos danos, e, conseqüentemente de delitos, em potencial, contra o patrimônio cultural simplesmente é inviável.

A ausência de dados sobre os prédios públicos tombados em estado de abandono é uma demonstração clara da fiscalização deficitária ou simplesmente inexistente.

Notório que a ausência de fiscalização acerca da conservação do patrimônio cultural, inviabiliza a sua efetiva conservação.

A fiscalização surge como corolário do poder de polícia do Estado conforme assevera Mello:

Por vezes, os direitos individuais encontram-se já em plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha dado. (Mello, 2010)

O poder de polícia surge de uma época preterida no próprio surgimento do Estado consistindo na emanção da soberania estatal em seu território.

Pontua Granziera (2009, p. 270) que o poder de polícia no contexto ambiental é relacionado com as ações orientadoras ou limitadoras dos interesses econômicos particulares, que integrem os interesses gerais ambientais em um modelo de desenvolvimento sustentável.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular constitui a essência do poder de polícia dando-lhe a face coercitiva para limitar ou disciplinar, porém ao mesmo tempo o princípio da supremacia reveste o poder de polícia de dever uma vez que aquele investido com tal poder tem o dever de agir em prol da coletividade.

Em matéria ambiental o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (BRASIL, 2007), define fiscalização da seguinte forma:

Fiscalização ambiental significa toda a vigilância e controle que devem ser exercidos pelo Poder Público, visando proteger os bens ambientais das ações predatórias. Apresenta-se como uma necessidade do Estado para fazer cumprir sua missão de defensor e propugnador dos interesses relativos à ordem jurídica e social.

O sítio eletrônico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), nos informa que a fiscalização acerca do patrimônio cultural será efetivada pelo Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização.

O Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização (Depam) é:

A instância que zela pelo patrimônio cultural material brasileiro para garantir sua preservação e usufruto, presente e futuro, pela sociedade. Para alcançar essa meta deve propor diretrizes, critérios e normas, bem como gerenciar programas, projetos e ações nas áreas de identificação, reconhecimento, proteção, conservação e gestão de bens culturais de natureza material¹⁵.

O Depam foi criado pelo Decreto n.º 6.844, de maio de 2009, que aprovou a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos de comissão e das funções gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

Suas atribuições estão descritas no art. 17¹⁶, mas consoante constatado na pesquisa, não existe nenhum manual de procedimentos para fiscalização do patrimônio cultural edificado, ficando a cargo dos Estados, traçarem suas próprias diretrizes acerca da fiscalização e procedimentos mitigatórios e compensatórios.

Dessa forma, a não regulamentação do art. 17, do Decreto n.º 6.844/2009, analisado em conjunto com a ausência de dados relacionados a bens tombados em estado de abandono no Brasil, leva a conclusão que não existe fiscalização padronizada e centralizada em nível nacional acerca de patrimônio cultural; fato que impossibilita a efetiva conservação desse patrimônio especialmente protegido.

4.6 Crimes omissivos impróprios na tutela penal do patrimônio cultural

¹⁵Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/702>> Acesso em: 16 janeiro 2016

¹⁶Art. 17. Ao Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização compete:

(...)

X - propor normas e procedimentos de fiscalização e de aplicação de penalidades, bem como avaliar as medidas mitigatórias e compensatórias pelo não cumprimento das ações necessárias à proteção do patrimônio cultural brasileiro;

XI - coordenar, monitorar e avaliar as ações de fiscalização do patrimônio cultural protegido;

XII - propor normas de uso, de acesso, de intervenção, de responsabilidades e de obrigações para a proteção e conservação do patrimônio cultural brasileiro;

Para conferir dignidade dogmática ao estudo proposto estabelecemos algumas premissas essenciais: a.) por força de lei, o Estado é garantidor por excelência, do patrimônio cultural, em matéria penal ambiental, nos termos do art. 13, § 2.º, do Código Penal; b.) limitando-se, ao caso de bens especialmente protegidos; c.) o tombamento foi apontado com instrumento de otimização para garantia da conservação de bens especialmente protegidos, para delimitar o objeto de análise; d.) foi demonstrado, através da casuística, que o Estado falha com o dever de garantia e fiscalização; e.) diversos crimes omissivos impróprios contra o patrimônio cultural se configuram, pelo abandono de prédios público tombados, porém aparentemente não existe suporte normativo para responsabilização penal ambiental; f.) defenderemos a integração do art. 13, § 2.º, do Código Penal aos tipos descritos nos artigos 62 até 65 da Lei n.º 9.065/98, como forma de tutela penal ambiental, solucionando a questão dos crimes comissivos por omissão contra o patrimônio cultural.

A partir de agora, analisaremos artigo por artigo, fazendo a subsunção à integração normativa segundo a teoria apresentada.

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar¹⁷:

I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Quando o crime é doloso (eventual ou alternativo), as soluções jurídicas possíveis estão diretamente lançadas no corpo da norma.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário do bem especialmente protegido; e, subsidiariamente, o órgão administrativo de tutela.

A questão passa a apresentar certa complexidade quando o delito é omissivo.

Destruir (arruinar, demolir, assolar); inutilizar (tornar inútil, imprestável); e, deteriorar (estragar, corromper, desfigurar) – são tipos autoexplicativos, e, que pressupõe uma conduta ativa.

Quando um desses verbos típicos se conjuga através de uma conduta omissiva, o texto legal, que transcrevemos, silencia a respeito. Ou seja, quando um prédio público tombado é deixando em estado de abandono por anos, sendo destruído, inutilizado ou deteriorado, não observamos uma conduta ativa, e, sim, simplesmente um não fazer.

Existe crime contra esse patrimônio cultural?

¹⁷BRASIL, Lei n.º 9.065, de 12 de fevereiro de 1998, 1998

Somente a partir da interpretação conjunta com o art. 13 § 2.º, do Código Penal, onde, o ente estatal, garantidor, não poderá justificar seu estado teatral, e, será efetivamente responsabilizado pelo *non facere*, respondendo, como se tivesse feito, segundo a teoria-normativa da figura do garantidor.

Art. 63. 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 concedida¹⁸:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Explicam Freitas e Freitas (2006, P. 134) que alteração, consiste na modificação ou desfiguração da aparência, do aspecto ou da estrutura, consistente na sua composição, de edifício ou local protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Esta última modalidade constitui uma forma qualificada de desobediência, pressupondo que o agente tenha obtido a autorização para alterar a feição ou estrutura da edificação ou local protegido e não tenha obedecido às regras impostas.¹⁹

Nenhum imóvel tombado, sob a tutela do Estado, na especial condição de garantidor, poderá ter alterado seu aspecto ou estrutura. Sob a ótica do dolo, vontade livre e consciente de fazer a questão mostra-se simples. Todavia, quando enfrentada sob a vertente do crime comissivo por omissão, se iniciam as controvérsias.

Se ocorrer a alteração de aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido, sem a autorização judicial, aquele que realizou a ação de alterar responderá pelo ilícito. E quando, essa alteração ocorre em razão da omissão, verifica-se, que o tipo penal em cotejo silencia completamente nesse particular.

Analisaremos dois exemplos, um nacional e outro internacional.

O Estádio do Pacaembu (tombado em 1998), terá sua fachada alterada em razão da poluição de São Paulo, pois a chuva ácida e a ação de sólidos suspensos no ar, alteram a cor do concreto armado, danificando, por conseguinte, seu aspecto original.

¹⁸BRASIL, Lei n.º 9.065, de 12 de fevereiro de 1998, 1998

¹⁹O Estádio Paulo Machado de Carvalho, conhecido como Estádio do Pacaembu, em São Paulo, SP, inaugurado em 27.04.1940, palco de grandes jogos de futebol, foi tombado pelo órgão estadual através da Resolução SC-5, de 21.01.1998, DO 02.04.1998. Se for realizada alteração em sua fachada, sem autorização do órgão do patrimônio histórico, haverá crime e o objeto material (edificação) será o estádio. Pensemos, agora, em um exemplo relacionado com local de interesse turístico (Lei 6.513, de 20.12.1977): a alteração da estrutura do bondinho do Pão de Açúcar, no Rio de Janeiro, RJ, sem a autorização do órgão competente. Freitas e Freitas (2006)

O exemplo dado encontra paralelo no processo do Taj Mahal na Índia, onde a quantidade enorme de indústrias que utilizavam como combustível a queima de carvão, alteraram o aspecto daquele monumento, alterando a coloração da fachada de mármore branco brilhante.

Foi necessário um grandioso processo para fechar e deslocar a maior parte daquelas indústrias para fora do triângulo do Taj, há 80 (oitenta) quilômetros de distância.²⁰

Sendo assim, qualquer omissão do Garantidor, que venha a redundar em alteração em aspecto ou estrutura de bem especialmente protegido, responderá penalmente conjugando a figura típica do art. 63, da Lei n.º 9.065/1998 com o postulado normativo integrativo do art. 13, § 2.º, do Código Penal.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização competente ou em desacordo com a concedida²¹:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Muito atual o enfrentamento da questão das invasões de área não edificáveis, face aos postulados constitucionais, infraconstitucionais e os mecanismos de tutela penal ambiental.

Chama atenção para essa problemática, quando salientam que os abusos são incontáveis. Os grandes centros, em sua maioria, cresceram sem uma planificação mais séria, com reduzidas áreas verdes e total desprezo pelas consequências de tal conduta no homem.

As cidades litorâneas receberam e ainda recebem em alguns casos, grandes edifícios sem a necessária estrutura e até mesmo sem sistema de esgoto. Cidades serranas veem condomínios em total desacordo com o local. Tudo é feito em nome de um discutível

²⁰Segundo o peticionário, as fundições, indústrias químicas perigosas e a Refinaria de Mathura são as principais fontes de danos ao Taj. O dióxido de enxofre emitido pela Refinaria Mathura e as indústrias, quando combinado com oxigênio - com o auxílio da umidade - na atmosfera, forma o ácido sulfúrico, chamado "chuva ácida", que tem um efeito corrosivo sobre o mármore branco brilhante. As emissões industriais e da Refinaria, fornos de tijolos, tráfego de veículos e conjuntos de geradores são os principais responsáveis pela poluição do ar ao redor da Zona do Trapézio do Taj (TTZ). A petição afirma que o mármore branco amarelou e enegreceu em alguns lugares. É dentro do Taj que a deterioração é mais evidente. Tonalidade amarelada permeia todo o monumento. Em alguns lugares a tonalidade amarela é ampliada por feias manchas marrons e pretas. A deterioração fúngica é pior na câmara interna, onde estão as sepulturas originais de ShahJahan e Mumtaz Mahal. Segundo o peticionário, o Taj - um monumento de renome internacional - está a caminho da degradação, devido à poluição atmosférica, e é imperativo que medidas preventivas sejam tomadas em breve. O peticionário finalmente buscou orientações apropriadas das autoridades competentes, para que tomassem medidas imediatas para deter a poluição do ar na TTZ e salvar o Taj. (MC Mehta verso União da Índia e outros. WP 13.381, de 1984. Juízes: Kuldip Singh, FaizanUddin. Data do Julgamento: 30.12.1996, Este Acórdão da Suprema Corte da Índia refere-se à poluição da monumental obra Taj Mahal. A decisão encontra-se no sítio: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgst.aspx?filename=14555>. A tradução livre foi feita pela Professora Sandra Almeida Passos de Freitas, com a participação do Professor Vladimir Passos de Freitas).

²¹BRASIL, Lei n.º 9.065, de 12 de fevereiro de 1998, 1998

progresso e com o inconfessado objetivo do lucro a qualquer custo (FREITAS E FREITAS, 2006).

Por todo o Brasil, assistimos a expansão e invasão de conglomerados humanos (formação de favelas) em áreas de especial proteção, como sítios arqueológicos de interesse paleontológico (animais e vegetais de épocas pretéritas – fósseis), geológico (conservação do subsolo e das reservas naturais), e, áreas de preservação permanente.

A perplexidade reside no fato de que a fiscalização e ação Estatal agem, no sentido, de responsabilizar penalmente indivíduo por indivíduo.

O dispositivo em cotejo silencia completamente no que tange a efetivação da figura do crime omissivo impróprio por parte do garantidor, configurando-se somente na hipótese da aplicação da figura equiparada, conforme defendemos.

A bem da verdade, o Estado, garantidor, quando se omite, e, ocorre a promoção de construção em solo não edificável, ou no seu entorno (formação ou não de conglomerados humanos - favelas), incide no art. 64, da Lei n.º 9.065/98, cumulado com o art. 13, § 2.º, do Código Penal.

Por essa quadra, imperioso destacar, que o estudo apresentado, não busca ampliar e desnaturar a interpretação das normas penais, transformando-as em uma espécie de *prima ratio*.

Ocorre que o Direito Ambiental ostenta tratamento jurídico diverso, pois trata de princípios e normas metaindividuais, portanto, a sua não observância, sobretudo na comum omissão Estatal, trará reflexos para as presentes e para as futuras gerações.

Portanto, no que tange a essa sensível área, correta a aplicação da figura do garantidor (CP, art. 13, § 2.º), pois somente através desse postulado normativo integrador, poderemos preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Alerta para o fato de que infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social (BENJAMIN, 2003).

Parte da doutrina não comunga com nosso entendimento, porém verifica-se claramente que o Estado não criará normas que minimamente poderão criar ônus (processo-crime), ao Administrador Público, ainda que o resultado seja favorável ao ideário constitucional; é o que se chama de Estado teatral.

Noutro vértice Rieger (2011, P. 154) sustenta posição contrária, salientando “que com tantas alterações na relação entre homem e natureza, os problemas, em sede de ofensividade, evidenciaram-se: muitas condutas tipificadas na lei ambiental consistem na atuação sem autorização, sem licença ou em desacordo com determinações legais”.

Portanto, não é incomum que se busque a responsabilização criminal pela simples inobservância de licenças, determinações legais ou regulamentares, e não pela prática de um ato efetivamente perigoso ou danoso ao meio ambiente.

Nesse contexto, verifica-se a pretensão de usar o direito penal como um reforço à organização administrativa e surgem delitos de mera desobediência: nesta forma de ver, o núcleo do crime está em normas administrativas. Assim, o Direito Penal perde sua identidade, passando a ser manipulado exclusivamente em razão de seu caráter simbólico e estigmatizante.

|

5 CONCLUSÕES

Nos dias hodiernos, em razão da sociedade de risco instalada no meio em que vivemos, observamos, em todas as esferas (administrativa, cível e penal), busca incessante de solução legislativas grandiosas para a resolução do problema ambiental.

Ocorre que nessa busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, nesse labirinto de opiniões e proposições, tem-se observado que a solução premente está sempre na legislação porvir.

A aspiração por uma legislação mais moderna, que abranja e abarque de forma integral a tutela ambiental, por vezes, impede o exegeta, de instrumentalizar a legislação existente.

Nessa linha, investigamos se o problema da tutela penal ambiental está na aparente ausência de texto legislativo específico somado as - não comuns - hipóteses de omissão Estatal.

Mais de perto tratamos da questão do patrimônio cultural, onde o legislador foi extremamente econômico ao tratar do tema; pois, reservou, apenas 4 (quatro) dispositivos legais para disciplinar matéria extremamente abrangente.

A legislação, aparentemente, não tratou das hipóteses dos crimes comissivos por omissão no que diz respeito ao patrimônio cultural. Destacamos o termo aparentemente, pois tais ilícitos comissivos impróprios (ou impuros), precisam da integração do art. 13, § 2º, do Código Penal (postulado normativo aplicativo), para a sua incidência.

Com efeito, diante das omissões dos órgãos administrativos na proteção do meio ambiente, como as acima relatadas, redobra a importância de se cotejar a Legislação Constitucional e infraconstitucional de tutela do patrimônio cultural, e, a sua harmonização com os dispositivos penais da Lei nº 9.065/1998 em face do art. 13, § 2º do Código Penal.

É notório que somente com a responsabilização penal da Administração será superada a questão do abandono do patrimônio cultural. Trazemos como exemplo, a infinidade de imóveis tombados, sejam privados ou públicos que hodiernamente vêm sendo dilapidados, ao contrário do que determina a legislação. Isso, sob os olhos atentos de uma gama difusa de pessoas, que se quedam inertes, ante a omissão estatal.

Conforme definido no capítulo anterior, o Estado, sobretudo como garantidor por excelência dos prédios públicos tombados por força de lei, tem o dever jurídico de preservar esse patrimônio cultural, garantido o seu acesso e uso para as presentes e futuras gerações.

Quando o Estado com o (*non facere*), permite que um imóvel (tombado), com altíssimo valor cultural, seja deteriorado pelo tempo ou pela ação de terceiros, estando, vinculado, por força de lei, e, erigido, portanto, ao patamar de garantidor, inexoravelmente, incide a regra do art. 13, § 2º, do Código Penal em conjunto com os artigos 62 a 65 da Lei 9.065/98 (ante o caso concreto).

A incidência e efetiva aplicação do Direito Penal, como objeto simbólico, é ferramenta importante na tutela e defesa do patrimônio cultural e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente no que tange aos crimes omissivos (comuns omissões estatais).

Para conferir dignidade dogmática ao estudo proposto estabelecemos algumas premissas essenciais: a.) por força de lei, o Estado é garantidor por excelência, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal; b.) limita-se, ao caso de bens especialmente protegidos; c.) apontamos o tombamento como bem especialmente protegido por lei, para dirigir o estudo; d.) especificamos que o Estado comumente falha com o dever garantia; e.) observamos que as omissões estatais encontram sanções em matéria ambiental penal, por falta de suporte normativo; f.) defendemos a integração do art. 13, § 2º, do Código Penal aos tipos descritos nos artigos 62 até 65 da Lei n.º 9.065/98, como forma de tutela penal ambiental, solucionado a questão dos crimes comissivos por omissão contra o patrimônio cultural.

Somente a integração do art. 13 § 2º do Código Penal aos tipos penais especiais descritos na Lei n.º 9.065/98, pode impedir a impunidade, no que tange aos crimes omissivos impróprios contra o patrimônio histórico e cultural brasileiro, garantindo, com sustentabilidade, para as presentes e futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado sob todos os aspectos.

6 REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. As normas penais em branco no âmbito do direito penal ambiental e a sua (in) constitucionalidade. **Publica Direito**, São Paulo, p.1-26, 2015. Semestral. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65f4086dbc18fa21>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: Parte Geral** v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. **Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 7, 2003, São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 1 (Trabalhos apresentados no 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado em São Paulo nos dias 02 a 06 de junho de 2003), p. 338.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos improprius**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

BITERN COURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. **Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**. Rio de Janeiro, 1937.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 403.190-SP, Resp. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 27 de junho de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 jun. 2006.

_____. Decreto n.º 6.844, de 7 de maio de 2009. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida; AHMED, Flávio (Org.). **O direito ambiental na atualidade: Estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'AVILA*, Fábio Roberto. O ILÍCITO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, p.11-33, 2015. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1427984436.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2015.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes Ambientais: À luz do conceito de bem jurídico-penal**. São Paulo: Ibccrim, 2008. 274 p.

FIGUEIREDO DIAS, J. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2003, n.º 75:1123-1128.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 416 p. (85-203-2812-1).

_____, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Reflexões sobre a proteção penal do patrimônio histórico e cultural brasileiro. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, p.88-113, 01 jun. 2015. Semestral. Disponível em: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/direitoeconomico-14930.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GIACOMO, Roberta Catarina. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco**. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/18481/9909>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

HASSEMER, Winfried. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JACOBSEN, Gilson; LAZZARI, João Batista. Dano ambiental, omissão do Estado e sustentabilidade: desafios para a construção de um Estado de Direito Ambiental e de um Estado Transnacional Ambiental. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 53, abr. 2013. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/GilsonJ_JoaoL.html. Acesso em: 29 jun. 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

KASSADA, Daiane Ayumi; CARVALHO, Érika Mendes de. Infrações por acumulação e poluição ambiental: Desafios e perspectivas da tutela penal. **Publica Direito**, Paraná, p.1-17, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0527b1b41d984cd9>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOBATO, José Danilo Tavares. **O Meio Ambiente como Bem Jurídico e as Dificuldades de sua Tutela pelo Direito Penal**.2010. Disponível em:<<file:///C:/Users/HenriquePerez/Downloads/Revista-n-5-Setembro-Dezembro-de-2010.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. **Sociedade do Risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Prefácio José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), p. 190.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário / ÉdisMilaré; prefácio Ada Pellegrini Grinover. – 6.º ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 15, p.61-81, set. 1999. Bimestral.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes Ambientais**. Campinas: Lex Editora Sa, 2001.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A Tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p.25-49, dez. 2013. Semestral. ISSN 2175-5280. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/18/artigo2.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; ARMELIN, Priscila Kutne. Crimes contra o Patrimônio Cultural. **Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais**, São Paulo, v. 4, p.165-182, 01 jan. 2006. Mensal. Disponível em: <[http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz Regis Prado/Crimes contra o patrimonio cultural.pdf](http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Crimes%20contra%20o%20patrimonio%20cultural.pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biosegurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RABELLO, Sonia. **O tombamento**. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1. ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-maria Silva. **A expansão do direito penal:** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4 ed. rev. E atual. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente,** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos,** Itajai, v. 8, n. 2, p.257-301, ago. 2003. Semestral

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista do Ministério Público,** Rio de Janeiro, n. 1, p.123-155, jan./jun. 1995.

_____, Juarez. **Teoria do crime culposos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos.** Rio de Janeiro: ILACP, 1996.

_____, Juarez. **Direito Penal da negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p.88-89.