

# 122

OUT/NOV 2024

## Coordenadores

Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Oswaldo Henrique Duek Marques  
Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

## Conselho Editorial

Alice Bianchini  
André Vinícius Espírito Santo de Almeida  
Aury Lopes Júnior  
Carlos Ernani Constantino  
Carolina Alves de Souza Lima  
Celso de Magalhães Pinto  
César Barros Leal  
Cesar Luiz de Oliveira Janoti  
Cezar Roberto Bitencourt  
Claudio Brandão  
Édson Luís Baldan  
Eduardo Saad Diniz  
Elias Mattar Assad  
Eloisa de Souza Arruda  
Ester Kosovski  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
Fernando Capez  
Fernando da Costa Tourinho Filho  
Fernando de Almeida Pedroso  
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso  
Gisele Mendes de Carvalho  
Guilherme de Souza Nucci  
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
João Mestieri  
José Carlos Teixeira Giorgis  
Luciano de Freitas Santoro  
Luiz Flávio Borges D'Urso  
Marco Antonio Marques da Silva  
Marcus Alan de Melo Gomes  
Michele Cia  
Nadia Espina (Argentina)  
Orlando Faccini Neto  
Oswaldo Giacoia Júnior  
Paulo Henrique Aranda Fuller  
Raúl Cervini  
Renato Marcão  
Rômulo de Andrade Moreira  
Ryanna Pala Veras  
Sergio Demoro Hamilton  
Tiago Caruso Torres  
Umberto Luiz Borges D'Urso

# Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

**LEX MAGISTER**

PRODUTOS JURÍDICOS

# Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

---

Ano XXI – Nº 122

Out-Nov 2024

---

Repositório Autorizado de Jurisprudência  
Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007  
Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

## Editor

Fábio Paixão

## Coordenadores

Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Oswaldo Henrique Duek Marques  
Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

## Conselho Editorial

Alice Bianchini – André Vinícius Espírito Santo de Almeida – Aury Lopes Júnior  
Carlos Ernani Constantino – Carolina Alves de Souza Lima – Celso de Magalhães Pinto  
César Barros Leal – Cesar Luiz de Oliveira Janoti – Cezar Roberto Bitencourt  
Claudio Brandão – Édson Luís Baldan – Eduardo Saad Diniz – Elias Mattar Assad  
Eloisa de Souza Arruda – Ester Kosovski – Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
Fernando Capez – Fernando da Costa Tourinho Filho – Fernando de Almeida Pedroso  
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gisele Mendes de Carvalho  
Guilherme de Souza Nucci – Gustavo Octaviano Diniz Junqueira  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – João Mestieri – José Carlos Teixeira Giorgis  
Luciano de Freitas Santoro – Luiz Flávio Borges D'Urso  
Marco Antonio Marques da Silva – Marcus Alan de Melo Gomes – Michele Cia  
Nadia Espina (Argentina) – Orlando Faccini Neto – Oswaldo Giacoia Júnior  
Paulo Henrique Aranda Fuller – Raúl Cervini – Renato Marcão  
Rômulo de Andrade Moreira – Ryanna Pala Veras – Sergio Demoro Hamilton  
Tiago Caruso Torres – Umberto Luiz Borges D'Urso

## Colaboradores deste Volume

Ana Lúcia Tavares Ferreira – André Antiquera Pereira Lima  
Claudio José Langroiva Pereira – David Alves de Souza Lima – Élcio Arruda  
Érika Mendes de Carvalho – Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – Jaques de Camargo Penteadó  
Javier Augusto De Luca – Júlia Cavalcante Silva Barbosa  
Marcelo Carita Correra – Oswaldo Henrique Duek Marques  
Ramon Ragués i Vallès – Thiago Buschinelli Sorrentino

## Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: [editorial@editoramagister.com.br](mailto:editorial@editoramagister.com.br). Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

---

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004-

Bimestral. Coordenação: Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Oswaldo Henrique Duek Marques e Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado.

v. 122 (out./nov. 2024)

ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico. 2. Direito Processual Penal  
– Periódico.

CDU 343(05)

---

**Ficha catalográfica:** Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

**Capa:** Apollo 13

### Editora Magister

**Diretor:** Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20  
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

# Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a centésima vigésima segunda edição da *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, destinada a contribuir para aperfeiçoar as ciências penais e processuais penais.

A seção de *Doutrina* abre com o artigo de autoria de Claudio José Langroiva Pereira, Marcelo Carita Correrá e Júlia Cavalcante Silva Barbosa, cujo título é “A prisão para manutenção da ordem pública e a presunção de inocência”. Os autores buscam delimitar os limites objetivos do que seria a ordem pública para autorizar a prisão preventiva no âmbito doméstico e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Logo após, temos o artigo intitulado “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito penal internacional: um comentário sobre a jurisprudência do Tribunal Especial para o Líbano”. A autora, Ana Lúcia Tavares Ferreira, trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Direito Penal Internacional, por meio da análise de decisões recentes do Tribunal Especial para o Líbano, no que se refere ao *contempt of court* e aos crimes internacionais propriamente ditos.

A Revista prossegue com o artigo escrito por Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila, com o título “Algoritmos preconceituosos? O uso da inteligência artificial nas ciências criminais”. Nele, os autores discutem o uso da inteligência artificial nas ciências criminais, especialmente no tocante à dosimetria da pena e análise preditiva.

Na sequência, Thiago Buschinelli Sorrentino participa da edição com o artigo intitulado “A clandestinidade no tipo do crime de contrabando”. O autor explora o conceito de clandestinidade no contexto do crime de contrabando, diferencia os crimes de contrabando e descaminho e examina as complexidades do conceito de clandestinidade na legislação penal.

Élcio Arruda, por sua vez, no artigo intitulado “Justiça consensual e restaurativa no sistema penal contemporâneo”, aporta subsídios alusivos aos mecanismos de racionalização do sistema penal, soluções inteligentes ou evoluídas.

O artigo “A equidade para Aristóteles e o princípio da insignificância no direito penal brasileiro: reflexões acerca da proporcionalidade das decisões judiciais”, de autoria de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e André Antiquera

Pereira Lima, busca compreender se é condizente com a visão de justiça aristotélica a adoção do princípio da insignificância, além de debater a noção de justiça em casos em que há o cometimento de crime de baixíssima lesividade.

Finalizamos a Doutrina Nacional com o artigo de David Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques, intitulado “Reflexões sobre o infanticídio”. Os autores tratam acerca da possibilidade de se reconhecer a semi-imputabilidade.

Na seção reservada à *Doutrina Estrangeira*, o jurista espanhol Ramon Ragués i Vallès, no artigo “Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, reflete sobre o estado atual da jurisprudência sobre a chamada doutrina da ignorância deliberada e questiona se a incorporação dessa categoria, que vem do direito anglo-americano, realmente contribuiu com algo relevante para a regulamentação do tipo subjetivo em sistemas continentais como o espanhol.

Ainda na doutrina estrangeira, em seminário em comemoração aos 100 anos da Associação Internacional de Direito Penal e aos 50 anos do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em outubro de 2024, temos o texto intitulado “Derecho penal y derecho internacional en nuestra región”, de autoria do jurista argentino Javier Augusto De Luca. Nele, o autor aborda, entre outros assuntos, a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade ocorridos durante a ditadura cívico-militar na Argentina entre 1976-1983, à luz do Direito Internacional.

Na sequência, temos o Parecer proferido pelo jurista Jaques de Camargo Penteado, que analisa se a poda de árvore plantada em calçada na cidade de São Paulo configuraria o crime definido no art. 49 da Lei nº 9.605/98 (“Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”).

Como coordenadores, estamos convencidos da excelência e atualidade dos textos apresentados, cuja leitura será, sem dúvida, de grande interesse para os estudiosos das ciências penais e processuais penais.

*Carlos Eduardo Adriano Japiassú*

*Oswaldo Henrique Duek Marques*

*Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado*

# Sumário

## Doutrina

1. A Prisão para Manutenção da Ordem Pública e a Presunção de Inocência  
*Claudio José Langroiva Pereira, Marcelo Carita Correra e  
Júlia Cavalcante Silva Barbosa* ..... 7
2. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas no Direito Penal  
Internacional: um Comentário Sobre a Jurisprudência do Tribunal  
Especial para o Líbano  
*Ana Lúcia Tavares Ferreira* ..... 29
3. Algoritmos Preconceituosos? O Uso da Inteligência Artificial nas  
Ciências Criminais  
*Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila* ..... 45
4. A Clandestinidade no Tipo do Crime de Contrabando  
*Thiago Buschinelli Sorrentino* ..... 60
5. Justiça Consensual e Restaurativa no Sistema Penal Contemporâneo  
*Élcio Arruda* ..... 76
6. A Equidade para Aristóteles e o Princípio da Insignificância no Direito Penal  
Brasileiro: Reflexões Acerca da Proporcionalidade das Decisões Judiciais  
*Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e André Antiquera Pereira Lima* ..... 104
7. Reflexões sobre o Infanticídio  
*David Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques* ..... 119

## Doutrina Estrangeira

1. Veinticinco Años de Ignorancia Deliberada: un Análisis Crítico de la  
Jurisprudencia del Tribunal Supremo  
*Ramon Ragués i Vallès* ..... 129
2. Derecho Penal y Derecho Internacional en Nuestra Región  
*Javier Augusto De Luca* ..... 139

## Parecer

1. Meio Ambiente. Poda de Árvore. Falta de Justa Causa  
*Jaques de Camargo Penteadó* ..... 149

## Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Nulidade do Reconhecimento Fotográfico.  
Paciente Negro Identificado pelas Feições dos Olhos. Ausência  
de Outros Índícios de Autoria. Revogação da Prisão Preventiva.  
Trancamento da Ação Penal. Ordem Concedida de Ofício  
*Rel. Min. Edson Fachin* ..... 161

2. Superior Tribunal de Justiça – Crimes Ambientais. Arts. 38-A e 40 da Lei n 9.605/1998. Ausência de Dolo. Erro na Ilicitude do Fato. Revolvimento de Provas. Súmula 7/STJ. Dispositivo Constitucional. Não Análise. Súmula 284/STF. Dupla Punição. Inexistência. Crime Formal. Reconhecimento Confissão. Súmula 7/STJ. Súmula 231/STJ  
*Rel. Min. Sebastião Reis Júnior* ..... 170
3. Superior Tribunal de Justiça – Estupro Qualificado. Recurso Especial. Acórdão Recorrido que Desclassificou a Conduta para Importunação Sexual (Art. 215 do CP). Pretensão Acusatória que Prescinde de Revolvimento Fático-Probatório, Inaplicabilidade da Súmula 7/STJ. Suficiência da Reavaliação Jurídica dos Fatos Incontrovertidos. Conduta que Tipifica o Delito de Estupro. Recurso Especial Provido  
*Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Daniela Teixeira* ..... 178
4. Superior Tribunal de Justiça – Cultivo de Cannabis para Fins Medicinais. Ausência de Autorização da Anvisa. Inviabilidade de se Garantir Salvo-Conduto. Recurso Desprovido  
*Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Daniela Teixeira* ..... 186

# Meio Ambiente. Poda de Árvore. Falta de Justa Causa

JAQUES DE CAMARGO PENTEADO

---

*Advogado e Consultor (OAB/SP). Mestre e Doutor em Direito (USP). Procurador de Justiça aposentado (MPSP).*

## Preâmbulo

Ilustre cidadão de São Paulo outorga-me a honra de analisar se a poda de árvore plantada em calçada na Capital do Estado configuraria o crime definido no art. 49 da Lei nº 9.605/98, que lhe é atribuído por órgãos de persecução penal.

Aduz que, imbuído da especial proteção ao meio ambiente, o que pode ser ilustrado pelas espécies cultivadas em suas propriedades, o ora consulente optou por habitar no local dos fatos – um bairro arborizado – justamente para proporcionar à sua família a integração com a natureza que, portanto, elege como uma de suas prioridades de vida, incentivando a sua existência e contribuindo para a sua manutenção saudável.

Acrescenta que bastaria um exame na árvore enfocada nos autos, alguns dias após a sua intervenção na mesma, para se perceber que não houve dano algum ao meio ambiente e que a conduta apurada revela uma louvável contribuição para a preservação da natureza. Complementa que realizou simples poda de árvore e que esta ação vivifica a espécie, é prática recomendada por todos os especialistas e o resultado concreto evidencia que se a fez no momento adequado, por profissional experiente, preservando-se todos os direitos envolvidos com o complexo problema da pessoa humana e o mundo físico.

Em apertada síntese, o investigatório que examinei, enuncia que o ora consulente, há muito tempo, por má orientação de produtor, plantou uma árvore na calçada de sua moradia. Depois de crescida, apurou-se que essa espécie não é adequada para o local. As suas raízes, fortes e profundas, prejudicam a rede de distribuição de gás; a sua copa, frondosa e alta, causa danos à rede elétrica e a sua espessura e as suas raízes destroem a calçada e impedem o trânsito de pedestres. Além disso, o tempo e os próprios agentes naturais danificaram a sua estrutura total.

Perícia muito bem feita concluiu que era caso de remoção da espécie:

O exemplar arbóreo avaliado apresenta condições fitossanitárias péssimas. Sua espécie, em razão do porte, DAP e características de suas raízes, não é adequada ao local onde está plantada, gerando soerguimento da calçada e incômodos e riscos aos transeuntes. O fato de haver uma tubulação de gás lindeira ao exemplar amplia significativamente os riscos potenciais de intrusão das raízes no sistema, podendo gerar vazamentos de gás e da mesma forma riscos às pessoas e ao patrimônio. Uma vez apresentadas as características, legislações envolvidas e diagnóstico, este laudo poderá compor a documentação de solicitação de anuência para supressão do espécime arbóreo junto à Prefeitura do Município de São Paulo e Secretaria do Verde e do Meio Ambiente do Município de São Paulo.

Face aos estragos gerados pela espécie arbórea e ao risco iminente e grave de danos irreparáveis às pessoas e ao patrimônio, o ora consulente solicitou as providências de todas as instituições responsáveis pela preservação do meio ambiente para que solucionassem o impasse. Fê-lo dezenas e dezenas de vezes. Repetiu e repetiu as solicitações. Por escrito e por telefone. Ficou horas nas intermináveis ligações aos entes públicos e particulares. Não foi atendido.

Avolumaram-se as ocorrências de quedas de árvores, mortes, danos patrimoniais, interrupções de fornecimento de energia e se tornou público e notório que os entes oficiais não tinham a infraestrutura necessária para cuidar do meio ambiente com a prontidão necessária.

Sempre respeitando a flora, o ora consulente solicitou a jardineiro que trabalha na região, pessoa experiente e que lhe garantiu ter a autorização para o porte de ferramental próprio, que executasse a poda da árvore, conservando-a intacta e reduzindo os danos e riscos iminentes. Foi feita essa poda.

Poda e não extração. Os órgãos policiais comprovam que ao chegarem ao local o serviço estava terminado, recolhiam-se pequenos galhos, mantendo-se intacta a espécie vegetal. Nesse sentido, laudo pericial oficial concluiu que houve uma poda dessa árvore. As fotografias posteriores comprovam que essa poda beneficiou a árvore que permanecia viçosa e intacta, causando os danos e gerando o perigo tantas vezes comunicado aos órgãos oficiais, até então inertes.

Indaga-se se há justa causa para a investigação criminal e para a promoção de eventual ação penal.

Aos fatos expostos nos autos e ora sintetizados, aplicar-se-á o direito visando a realização do justo e, ao final, responder-se-á se há justa causa para o processo penal<sup>1</sup>.

---

1 “Na formulação de um silogismo, prospectado o fato individual (premissa menor), identificar-se-á o conjunto de normas aplicáveis ao mesmo (premissa maior) e as respectivas proposições – realidade histórica detectada e direito incidente sobre ela – construindo-se a conclusão jurídica sobre esse binômio” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977. p. 78).

## Uma pequena introdução

O mundo moderno constatou a importância da preservação do meio ambiente e a nova consciência social provocou uma verdadeira revolução no tratamento das questões ambientais com implicações científicas e políticas. As ciências físicas desenvolvem impressionantes técnicas de preservação e reconstrução ambiental, e as ciências humanas criam instrumentos para uma proveitosa ação do homem sobre o seu meio, dentre as quais deve ser ressaltado o papel da educação, ensinando e conscientizando o indivíduo acerca do uso adequado de seu *habitat*, e da área jurídica, produzindo um conjunto de regras positivas para empregar a força do direito em benefício da natureza.

O poder constituinte nacional introduziu na Carta Magna brasileira o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*), fornecendo os primeiros critérios de interpretação para aquelas normas de direito positivo imbuídas de empregar a coação jurídica para a proteção do nosso planeta.

Objetiva-se um ambiente ecologicamente equilibrado, destinado ao uso do povo e voltado à sadia qualidade de vida dos habitantes. Nesses precisos vocábulos podem ser encontrados os limites e as finalidades da legislação infraconstitucional que disciplinará as relações ambientais, pois não se admite uma visão do meio ambiente sem a especial consideração de seu destinatário, a pessoa humana; quer-se o equilíbrio da natureza e não a sua intocabilidade; o preceito constitucional determina que é necessário manter um ambiente saudável para assegurar o bem-estar humano.

Em seguida, a Constituição da República estabelece os critérios para a elaboração da legislação ambiental em geral e, em especial, a criminal, vedando as práticas que coloquem em risco as funções ecológicas da fauna e da flora (art. 225, § 1º, inc. VII), de modo que a lei penal ordinária, atenta aos regramentos da fragmentariedade e da proteção ao bem jurídico, não incida no fetichismo de criar tipos legais de crime que sequer ponham em risco o meio ambiente, com isso se evitando a punição de condutas que signifiquem o legítimo gozo do meio ambiente por seu destinatário, o ser humano<sup>2</sup>.

---

2 Essa advertência constitucional parece desprezada pelo legislador comum que, promulgando a Lei nº 9.605/98, olvidou a proteção a bens jurídicos importantes e construiu tipos que cominam sanções a condutas insignificantes e que não colocam em risco o meio ambiente. Essa questão será mais amplamente desenvolvida no tópico específico, mas não se pode deslembrar da percutiente lição doutrinária de Luiz Regis Prado, sobre o art. 49 da norma citada: “Bem jurídico: O meio ambiente, notadamente no que toca à espécie vegetal de ornamentação situada em logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Todavia, impende ressaltar que não há na hipótese em exame nenhum atentado ao bem jurídico ambiente. Tem-se, portanto, uma vez mais, flagrante violação de princípio penal fundamental – princípio da exclusiva proteção de bem jurídico –, sendo o referido dispositivo inconstitucional” (PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 137).

Há que ser lembrada a lei pendular da história, evitando-se que, marcado por uma profunda lesão ao meio ambiente global, o legislador passe a punir o legítimo uso da natureza pelo homem, como se esse gozo natural fosse um abuso e, a pretexto de proteger a fauna e a flora, constanja dramaticamente o ser humano. Essa ponderação geral também deve ser prudencialmente realizada pelo operador do direito para que se proteja o meio ambiente, mas não se olvide o seu destinatário, a pessoa humana.

Corporificam-se esses paradigmas no texto constitucional vigente. Sabe-se que nossa República é um Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a *dignidade* da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF)<sup>3</sup>. Um dos objetivos republicanos fundamentais é a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inc. I, da CF)<sup>4</sup>.

A Constituição da República também preserva a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (art. 5º, *caput*, da CF). A visão sistemática desses direitos fundamentais implica o reconhecimento de sua coexistência, do seu equilíbrio, de forma que a preservação do meio ambiente não é superior aos mesmos. Ao cidadão comum, titular natural do poder constituinte, seria inconcebível que, para preservar uma árvore, a vida humana fosse submetida a riscos, a liberdade coarctada, a segurança olvidada e a propriedade privada anulada.

A impressionante revolução tecnológica que se percebe iniciada, mas longe de terminada, parece que desconsidera o homem como sujeito *nuclear da humanidade*, coisificando a pessoa humana e desnorteando a própria essência do Direito a ponto de ser necessário realçar que essa ciência existe para que o homem permaneça humano, em sua irrepetível dignidade, empregue o meio ambiente para gozar de vida saudável e seja feliz.

Do direito reclama-se ser uma causa eficiente – não a única, por certo, se nos lembramos do amor e, menos felizmente, da força –, uma causa eficiente para que a nossa vida, a de todos nós, seja feliz, para que possamos ser felizes na nossa defectível condição humana. A primeira coisa que se exige do direito é que respeite a primazia da realidade de nossas pessoas: um ordenamento normativo que não assegure a existência pessoal é um contra-sentido, um contra-direito<sup>5</sup>.

3 “Está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I. p. 19).

4 “Por seu turno, esta solidariedade não poderá limitar-se a um estado interior, a um sentimento, ao amor dos nossos irmãos. Haverá de traduzir-se em formas efetivas de aproximação, em que ao conflito se faça substituir a confraternização e a colaboração” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. I. p. 445).

5 DIP, Ricardo Henry Marques. Execução jurídico-penal ou ético-penal? In: LAGASTRA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Execução penal: visão do Tacrim-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 173.

Que vida, que liberdade, que segurança, que propriedade teríamos, se à ordem de podar uma árvore sobreviesse uma acusação penal?

A conduta noticiada nos autos, com todas as vênias, não é típica, anti-jurídica ou culpável. É um comportamento lícito. A liceidade desse agir gera a falta de justa causa para a ação penal.

### 3. Da atipicidade

Consoante adiantado, não se poderá cogitar da construção de um tipo legal de crime ambiental sem que a conduta humana coloque em risco um elemento concreto da natureza e, assim, fica constitucionalmente delineado que há comportamentos que, tendo por objeto o mundo físico, são lícitos e, além disso, nem todos os componentes naturais são protegidos pelo direito penal que, por sua índole subsidiária, não é empregado quando o sistema jurídico pode preservar os bens e os interesses sem o concurso da sanção criminal.

O exemplo clássico desse truísmo é o art. 49 da Lei nº 9.605/98, inserido no capítulo dos crimes contra a flora, em que a simples leitura conjunta dos preceitos evidencia que toda a ação humana, para ser penalmente reprovada, deverá causar dano concreto a aspectos particulares do meio ambiente.

Começemos pela análise da segunda parte da exposição precedente e vejamos que nem toda a flora está protegida pelo preceito citado, mas tão somente as “plantas de ornamentação” e, conforme toda a doutrina especializada, essa árvore não é cogitada por esse modelo legal de crimes. Esse exemplar, não nativo, não se trata de “adorno” a “enfeitar” o meio urbano<sup>6</sup>.

Plantas ornamentais são aquelas que embelezam e enriquecem logradouros públicos ou particulares, como orquídeas, begônias, bromélias, samambaias e muitas outras. Apresentam-se elas como o objeto material das condutas descritas, que não incluiu as árvores no dispositivo<sup>7</sup>.

Portanto, a conduta apurada, tendo por objeto material essa árvore, não penalmente protegida, é atípica.

Por igual, não se aplica ao caso presente a Lei Estadual nº 30.443/89, pois a área do fato não está abrangida pela mesma.

Além disso, a ação física não implicou dano algum ao meio ambiente, pois a poda foi realizada por profissional especializado, afeito ao trabalho com

6 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1457).

7 MILARÉ, Édís; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental: Comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002. p. 133. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 138 (“...nem todas as plantas estão abrangidas pela disposição”). FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 146 (“Face à redação nova dada ao tipo penal, conclui-se que as árvores não estão incluídas na proteção contida neste dispositivo”).

a espécie apontada e conhecedor da região dos fatos e que, em última análise, consoante pode ser visto pelas provas produzidas, em vez de maltratar a flora, beneficiou-a. A árvore está comprometida por fenômenos naturais, o que justificaria a sua extração e disto não se cuidou, mas de simples poda. A perícia oficial e o laudo particular, provam que se manteve a parte substancial do tronco e da maioria dos galhos para a sua futura recuperação. Recuperação que está fotografada. Lembre-se que podar significa “corte de ramos das plantas; desbaste” que, por sua vez, define a conduta de “tornar menos basto”, que consiste em “aperfeiçoar” e “melhorar”<sup>8</sup>. Ora, a poda melhorou a árvore já danificada pelo tempo e a gerar danos graves, não houve lesão ao meio ambiente. A conduta não é típica.

Evidentemente, o agente que podar ou remover a planta ornamental não estará incorrendo na prática delituosa<sup>9</sup>.

Podar não é crime e árvore não é “planta ornamental”. A ação física que melhora a flora não é punível. Não se pode incoar ação penal sem a prova material de fato que deixa vestígios.

A perícia far-se-á necessária, uma vez que o crime é material<sup>10</sup>.

A perícia deve obedecer aos requisitos mínimos para que sirva de prova. Esse laudo oficial indica simples poda, atípica. Por outro lado, não registra que os poucos e pequenos galhos podados estavam imprestáveis.

A conduta versada nos autos não se ajusta ao modelo legal de crime invocado. Não há prova material que justifique a imputação do delito versado pelo art. 49 da Lei Ambiental. A atipicidade e a prova oficial de simples poda implicam a falta de justa causa para ação penal.

#### 4. Da antijuridicidade

A tipicidade é elemento indiciário da antijuridicidade e, no caso presente, sequer se poderia cogitar desse segundo elemento da definição de crime, pois o comportamento é atípico e, portanto, esvanece aquela pressuposição de sua contrariedade ao direito penal objetivo. Todavia, ainda que assim não fosse, o que se concede para fins de argumentação, ao menos dois institutos jurídicos demonstram que a conduta apurada está de acordo com o direito positivo e, portanto, não se pode cogitar de sua reprovabilidade.

8 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 636 e 1.591.

9 MILARÉ, Édís; COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 134. No mesmo sentido: CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 172 (“Atipicidade: a poda de galhos ou folhas, quando necessária para a própria fortificação da planta ou sua melhor conformação, é conduta penalmente atípica”).

10 MILARÉ, Édís; COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit., et loc. cit.* No mesmo sentido: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Op. cit.*, p. 147 (“É imprescindível a prova técnica, por tratar-se de infração que deixa vestígios”).

As provas mostram que a conduta examinada constitui o exercício regular de um direito e a ação física se deu em estado de necessidade.

#### 4.1. Exercício regular de direito

A unidade do direito é um pressuposto incontestável e a sua divisão enciclopédica destina-se à melhor compreensão da ciência jurídica, de modo que o sistema global deve ser interpretado harmonicamente e, nesse sentido, o Direito Civil autoriza a prática da conduta ora estudada.

Assim é que o art. 1.283 do CC, especificando que o “proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha” (art. 1.277 do CC), preceitua que as “raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido”, considerando que não constitui ato ilícito aquele praticado no “exercício regular de um direito reconhecido” (art. 188, inc. I, do CC). Os galhos e as raízes atingiam a rede elétrica, o encanamento de gás e a propriedade particular.

Como preleciona a melhor doutrina, a poda trata-se do legítimo exercício direto de uma faculdade:

O art. 1.283 do Código brasileiro confere ao proprietário o direito de cortar, até o plano vertical divisório, as raízes e ramos de árvores nascidas em prédios vizinhos, que ultrapassem a estrema de seu prédio. A solução da lei é rigorosa, pois abriga um dos poucos casos de defesa direta de direitos; com efeito, o dono do prédio invadido é dispensado não apenas de dar ciência ao seu confinante, como a lei não leva em conta as conseqüências de seu procedimento. É irrelevante que do corte das raízes ou ramos invasores resulte a morte da árvore, pois, quer isso aconteça, quer não, escapa o proprietário que as podou da obrigação de indenizar perdas e danos<sup>11</sup>.

O exercício desse direito independe de prévia obtenção de autorização de qualquer natureza e, por outro lado, implica o dever do dono da árvore em a manter sem causar danos a terceiros:

O direito assegurado pelo dispositivo do artigo em exame independe para seu exercício, de prova de prejuízo. Não está o vizinho obrigado, ainda, a qualquer formalidade prévia para cortar as raízes ou os ramos. Assim, não é necessário prévia reclamação, ou aviso. O dono da árvore não terá direito a qualquer indenização, porque é seu dever manter a árvore em tal situação que não prejudique a propriedade vizinha, as vias públicas, os fios condutores de alta tensão<sup>12</sup>.

11 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. V. p. 136.

12 VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao Novo Código Civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI. p. 234.

Se a lei e a doutrina legitimam a conduta apurada, a jurisprudência valida-a com reiteração e firmeza, concluindo que o uso nocivo da propriedade, com a invasão de terra alheia pela flora, causando perturbação decorrente da queda de folhas e de frutos, entupimento de calhas e umidade nas paredes, implica o direito ao corte do vegetal invasor, sequer se cogitando de obrigação de limpeza de calhas<sup>13</sup>.

Esse conjunto formado pelo direito positivo, a lição dos doutos e os precedentes dos tribunais, aplica-se à esfera criminal e enseja a conclusão de que a conduta objeto destas considerações é *secundum jus* porque, nos termos da “conhecida fórmula de Graf zu Dohna, ‘uma ação juridicamente permitida não pode ser, ao mesmo tempo, proibida pelo direito. Ou, em outras palavras, o exercício de um direito nunca é antijurídico’. Aí está o fundamento desta causa excludente de ilicitude”<sup>14</sup>.

Causa excludente de ilicitude prevista no art. 23, inc. III, do CP, prelecionando os doutrinadores que qualquer “pessoa pode exercer um direito subjetivo ou faculdade previsto na lei (penal ou extrapenal). É disposição constitucional que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II, da CF), excluindo-se a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento”<sup>15</sup>. Tudo porque:

A lei considera excludente o *exercício regular de direito*. O fundamento dessa exclusão está em que a antijuridicidade é única e não privativa do Direito Penal ou de qualquer outro ramo do direito. O ordenamento jurídico tem de ser harmônico. Por isso, se um comportamento é aprovado ou legitimado por lei extrapenal (civil, administrativa etc.), o Direito Penal não pode considerá-lo ilícito penal. Assim, sempre que o Direito – entendido em qualquer de seus ramos – permite uma conduta, essa mesma conduta não pode ser punida pela legislação penal<sup>16</sup>.

Nesse sentido a jurisprudência:

Se a prática de determinado fato que, em outras condições, constituiria crime é permitida por determinada norma extrapenal, há que reconhecer-se a excepcional licitude de tal comportamento, uma vez que o Direito constitui um complexo harmônico de normas, que não devem conflitar entre si<sup>17</sup>.

13 2º TACivSP, 6ª Câm., Ap. nº 516.818, Rel. Juiz Luiz de Lorenzi, j. 24.6.1998. No mesmo sentido: RT 134/153, 573/143, 597/110, e, Adcoas 85.331/1982: “Se as raízes e ramos de árvore ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, ante o incômodo causado à propriedade vizinha, mesmo que não acarrete dano, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido, sem necessidade de avisar, previamente, o dono da árvore de que vai apará-la”.

14 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 201.

15 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 182.

16 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

17 TAMG, Rel. José Loyola, RJTAMG 22/320.

Esse direito, por essa forma, é oponível ao ente público<sup>18</sup> e, no seguro entendimento do Desembargador Canguçu de Almeida:

Age regularmente, exercitando legítimo direito, aquele que, sem outra alternativa mais branda para a preservação das condições de higiene e bem-estar de todos, danifica mangueira que lança detritos em frente a sua e outras residências<sup>19</sup>.

## 4.2. Do estado de necessidade

Inúmeras pessoas, obstadas de transitar pela calçada em razão dessa árvore precisam ingressar no leito carroçável e, como se sabe, voltavam-se contra o ora consulente que, muitas vezes, era interpelado para remover a espécie vegetal. As raízes podiam avariar o cano de gás. Os galhos interrompiam o fluxo de eletricidade. As quedas têm causado imensos danos à comunidade paulistana. A poda é justificada. Não maltratou a árvore e protegeu o povo e o patrimônio público e privado.

Se não houvesse o exercício regular de direito, a conduta em tela seria impunível porque caracterizado o estado de necessidade que, nos termos do art. 24 do CP, exclui a ilicitude daquele comportamento, pois o “estado de necessidade corresponde ao instinto de conservação, inerente ao homem. E se sacrificar o próprio semelhante, sem qualquer provocação, para salvar-se, pode não ser moral, certamente é jurídico, pois o direito não pode desconhecer o instinto de conservação. Por outro lado, já que ao menos um dos dois bens deverá sucumbir para salvar-se o outro, o ordenamento jurídico não poderá exprimir qualquer preferência, se os bens forem de idêntico valor. Preferirá porém o direito aquele de maior valor, se o de menor valor vier a ser sacrificado. Por isso, costuma-se dizer que *necessitas non habet legem*”<sup>20</sup>.

Esgotados os meios para evitar a continuidade do perigo concreto que recaia sobre a vida, a saúde e o patrimônio do ora consulente, inerte a autoridade pública e crescente o risco de dano irreparável, adotou-se a conduta que, protegendo aqueles, jamais violou a flora, atuando-se de forma legítima, segundo a jurisprudência mansa e pacífica:

Caracteriza o estado de necessidade a conduta do agente que pratica ato para salvar direito de perigo atual, principalmente se demonstrar a inexistência de outro meio ou de outras pessoas que pudessem fazê-lo<sup>21</sup>.

18 “Não comete o crime de dano à coisa pública, porque agindo no exercício regular de direito, aquele que pratica o desforço imediato para recuperar a posse de terreno de sua propriedade, esbulhada em razão de ato ilícito da municipalidade, que nele construiu abrigo para usuário de ônibus, com total inobservância do devido procedimento legal de desapropriação” (TAMG, AC 11.690, Rel. José Loyola).

19 Jutacrim 89/355.

20 COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I. p. 203.

21 Tacrim-SP. Rel. Gonzaga Franceschini, RJD 16/100.

O comportamento apurado é de acordo com o direito vigente. Não há justa causa para a persecução penal.

## 5. Da culpabilidade

A ação humana não é típica e não é antijurídica. Seria culpável?

Para ser culpável não basta que o fato seja doloso, ou culposos, mas é preciso que, além disso, seja censurável ao autor. O dolo e a culpa *stricto sensu* deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser “elementos” dela. A culpabilidade se enriquece, pois, com novos elementos – o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme à norma. Essa teoria, iniciada por Frank, atingiu em Mezger culminâncias quase insuperáveis, recebendo deste último penalista os seus contornos definitivos. Podemos sintetizá-la nos seguintes termos: “Dentro desta concepção normativa, a culpabilidade é, pois, essencialmente, um *juízo de reprovação* ao autor do fato, composto dos seguintes elementos: imputabilidade; dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito, isto é: estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir, ou a desviar a sua vontade, ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo), ou com negligência, imprudência ou imperícia (culpa *stricto sensu*), desencadeou o fato punível. Se indagarmos aos seguidores dessa corrente “o que é culpabilidade” e “onde ela se encontra”, receberemos a seguinte resposta surpreendente: a) culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológica; b) os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo está no juiz, não no criminoso<sup>22</sup>.

Dezenas e dezenas de pedidos de providências para a remoção da árvore foram feitas. Reiteradas. Em vão. Os órgãos públicos permaneceram inertes.

O laudo pericial elaborado por uma séria e competente empresa de proteção ao meio ambiente concluiu que houve poda, esta poda beneficiou a árvore que, por sua vez, podia ser extirpada. Afastada a ilicitude, está desfigurada a culpabilidade e inviável a reprovabilidade da conduta. Agiu-se com a consciência de que era lícita a conduta de podar árvore que órgãos ambientais até mesmo recomendavam fosse removida.

22 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 211.

Para encerrar esse tópico, recomendada que estava a poda, pouco importava para o Direito Penal quem fosse o executor material da medida, certo que o especialista contratado observou as técnicas usuais para essa espécie de trabalho que, anuncie-se, adotavam os demais vizinhos, caracterizando-se o chamado erro de proibição que impede a abertura de processo contra o ora consulente<sup>23</sup>.

A árvore estava tão comprometida e o risco de queda de galhos era tão iminente que a preservação do homem implicou a poda de alguns galhos apodrecidos, preservando-se a parte substancial da espécie. “Tratando-se de crime doloso, a informação de que o réu realizava poda anual, no vegetal existente na calçada em frente à sua residência, desautoriza o convencimento de ação com vontade livre e consciente de produzir dano”<sup>24</sup>.

Para culminar a conclusão de que não há justa causa para a ação penal, a Prefeitura Municipal extraiu a árvore. Não pode prosperar essa imputação de crime ao ora consulente.

## 6. Do princípio da insignificância

Ao Direito Penal incumbe a proteção de bem jurídico relevante e não lhe cabe a repressão de lesões de pequena monta, sem expressão alguma e que não justificam a imposição de sanção criminal. Tratou-se da mera poda de árvore e é evidente a inaplicabilidade de sanção criminal para ato que, se fosse ilícito, não mereceria essa reprovabilidade mais intensa inerente ao Direito Penal.

Podou-se árvore após esgotadas todas as providências para a atuação dos órgãos públicos. A poda deu sobrevida à espécie. Abstraídas todas as considerações anteriormente feitas, a conduta apurada é desprovida de maior relevância.

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas<sup>25</sup>.

O Supremo Tribunal Federal – e se deve prestigiar as suas decisões clássicas, infensas às oscilações de ocasião, para que se tenha um mínimo de segurança jurídica, instado a julgar um caso penal muito semelhante ao presente, decidiu que:

Criminal. Crime de dano. Sendo o dano de pequena valia e estando ressarcido pelo responsável, antes da denúncia, é de ser julgada

23 “Assim, tal hábito antigo e de certa forma generalizado poderá ocasionar erro de proibição inevitável no sujeito ativo do delito (uma senhora idosa), que não consegue atingir, naquele instante, a consciência potencial da ilicitude de seu ato: sua conduta será típica, antijurídica, mas não culpável, estando, assim, dirimida sua culpabilidade” (CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Op. cit.*, p. 172).

24 TJRS, Turma Recursal Criminal, P. nº 71004443511, Rel. Des. Edson Jorge Cecher, j. 8.7.2013.

25 TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 121.

extinta a punibilidade. Decidir-se como tendo força de extinguir a punibilidade, o ressarcimento do dano de pequena monta, é entendimento de estímulo ao encerramento de controvérsias e cabe no poder criativo dos juízes na aplicação da lei penal [...] Na questão trazida pelo presente recurso, sou da opinião que, tratando-se do apocado valor da copa podada da pequena palmeira que integra o patrimônio municipal, sendo o réu primário e havendo ele reparado o dano mediante avaliação pela autoridade –, deve ser considerada extinta a punibilidade, já que a indenização foi anterior ao início da ação penal pela denúncia<sup>26</sup>.

## 7. Da falta de justa causa para a ação penal

Não se pode incoar a ação penal sem a justa causa, pois se não houver “causa *secundum jus*, para o cerceamento ou ameaça ao direito de ir e vir, a limitação, daí decorrente, será ilegal. Donde concluir-se que motivo que sirva de apoio à medida coativa, será considerado *contra legem*, desde que não encontre justificativa ou fundamento na ordem jurídica, o que significa que faltará justa causa para a coação, sempre que esta se apresente como ato *contra jus*”<sup>27</sup>.

Por fim, conforme decidem os nossos Tribunais:

Caracteriza-se constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*, a denúncia, recebida pelo juiz, desprovida de qualquer prova da existência do delito, eis que a acusação, a justificar a invasão do Estado tanto no *status libertatis* quanto no *status dignitatis* do indivíduo, deve ser lastreada em um mínimo de elementos demonstradores da prática delitativa e de quem seja seu autor [...] A persecução penal, é bem sabido, justifica-se, tão-somente, à vista da notícia do evento com característica de tipicidade, cercada, porém, de razoável convicção a propósito da autoria e da presença do elemento subjetivo do tipo. Bem por isso, ainda que regularmente instaurada a ação, para a apuração de fato penalmente ilícito, mostra-se justo o trancamento da causa tanto em vista de inuidosa erronia a propósito da autoria mal comprovada, quanto em face de irrecusável, certa e evidente descaracterização do tipo penal referido, a da ocorrência de justificativa excludente da tipicidade, de dirimente prejudicial da punibilidade ou de inocorrência do dolo ou da culpa reclamados para a configuração do tipo<sup>28</sup>.

## 8. Da conclusão

Ponderando que a conduta atribuída ao ora consulente não é típica, anti-jurídica ou culpável, parece-me que não há justa causa para a persecução penal que se dirige ao mesmo e que também viola o princípio da insignificância.

26 RHC nº 59.191/PB, STF, 1ª T., v. un., Rel. Min. Clovis Ramalhete, j. 15.9.1981, RTJ 100/157.

27 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. IV. p. 464.

28 HC nº 390. 122-3/9, TJSP, 2ª Câm. Crim., v. un., Rel. Des. Canguçu de Almeida, j. 19.8.2002, RT 807/612.