IVANIRA PANCHERI

BIOPIRATARIA: REFLEXÕES SOBRE UM TIPO PENAL

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Titular Vicente Greco Filho

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

RESUMO

O foco do presente Doutorado cinge-se ao tema Biopirataria reflexionando sob a criação de um respectivo tipo penal. Não obstante a ausência de uma conceituação jurídica uníssona sobre Biopirataria parte-se da concepção primordial de um acesso irregular ao Patrimônio Genético e ainda, aos Conhecimentos Tradicionais associados. Não se olvide todavia que, ao lado destes dois grandes nortes, comportamentos outros igualmente conformam a problemática, demandando coibição, *ad exemplum*, a não repartição dos benefícios, ou ainda, a anormalidade no uso do Patrimônio Genético ou dos Conhecimentos Tradicionais associados, na remessa para o exterior, no transporte e armanejamento do Patrimônio Genético, na divulgação dos Conhecimentos Tradicionais associados e, enfim, variadas condutas contra a Administração da Biodiversidade. Sob uma metodologia monotemática, teórica e científica, investiga-se infindável material bibliográfico para solver assunto contemporâneo e político. A partir de duas premissas, quais sejam, o princípio do menor custo moral que funda eticamente toda a alteração sobre a interação homem e natureza e ainda, o inestimável valor do fato avaliado que justifica a incidência do Direito Penal, alcançou-se a ilação acerca da imprescindibilidade de um concernente tipo penal. Destarte, o deslinde é no sentido de uma incriminação, cujo Bem Jurídico Penal capital sagra-se como sendo a Biodiversidade, perfilhada esta como a diversidade biológica, sem esquecer contudo, de todo um cogente arcabouço tanto jurídico nacional e internacional quanto sócio-econômico para ofertar amparo à resolução desta controvérsia.

Palavras-chave: Biopirataria; Patrimônio Genético; Conhecimentos Tradicionais Associados; Bem Jurídico Penal; Biodiversidade; Tipo Penal

ABSTRACT

The focus of this doctoral thesis is on the subject of Biopiracy and the same time it is a reflection about the establishment of a specific criminal offense. Despite the absence of a unison legal concept on Biopiracy, it starts from the primordial conception of an irregular access to genetic heritage and also to its associated Traditional Knowledge. We should not forget however that, along these two great guidelines, there are other type of behaviors that compound to the problem, which demand restraints, *ad exemplum*: not sharing the benefits, or even, abnormal use of Genetic Heritage and of its associated Traditional Knowledge in the remittance abroad, in the transport and the storage of Genetic Heritage, in the dissemination of associated traditional knowledge and, finally, in various procedures which are against the administration of Biodiversity. According to the theoretical, scientific and monothematic methodology, we researched endless bibliographic material to settle this contemporary political issue. From two premises, namely, the principle of the lower moral cost on which are based, ethically speaking, all altercation on the interaction between man and nature and also the priceless value of the evaluated fact, which justifies the incidence of criminal law, a conclusion was reached, and it is regarding the indispensability of a relative criminal offense. Thus, the inquiry is regarding criminality, whose capital Legal goods are consecrated as being Biodiversity, endorsed as biodiversity, without forgetting, however, an entire cogent framework both of the national and international judicial branches and of the socio-economic development to offer support to the resolution of this controversy.

Keywords: Biopiracy; Genetic Resources; Associated Traditional Knowledge; Legal Goods; Biodiversity; Specific Criminal Offense.

RIASSUNTO

Il fuoco del presente Dottorato si restringe al tema Biopirateria riflettendo sulla creazione di un corrispondente tipo penale. Nonostante l'assenza di una concettualizzazione giuridica unisona su Biopirateria si parte dalla concezione primordiale di un accesso irregolare al Patrimonio Genetico e ancora, alle. Conoscenze Tradizionali associate. Non si dimentica tuttavia che, accanto. A queste due grandi indicazioni, altri comportamenti ugualmente conformano la problematica, richiedendo proibizione, ad exemplum, la non divisione dei benefici, o ancora, l'anormalità nell'uso del Patrimonio Genetico o delle Conoscenze Tradizionali associate, nell'invio all'estero, nel trasporto e immagazzinamento del Patrimonio Genetico, nella divulgazione delle Conoscenze Tradizionali Associate e, infine, differenti condotte contro. L'Amministrazione della Biodiversità. Con una metodologia monotematica, teorica e scientifica, si indaga un inesauribile materiale bibliografico per risolvere un argomento contemporaneo e politico. A partire da due premesse, quali esse siano, il principio del minor costo morale che fonda eticamente tutta la discussione sulla interazione uomo e natura e ancora, l'inestimabile valore del fatto valutato che giustifica l'incidenza del Diritto Penale, si è raggiunto l'illazione rispetto alla imprescindibilità di un tipo penale. In questo modo, l'indagine è nel senso di una incriminazione, il cui Bene Giuridico Penale capitale si conferma come essendo la Biodiversità, accettata questa come la biodiversità biologica, senza dimenticare tuttavia, di tutta una cogente struttura tanto giuridica nazionale e internazionale quanto socioeconomica per offrire un aiuto alla soluzione della controversia.

Parole chiave: Biopirateria; Patrimonio Genetico; Conoscenze Tradizionali Associate; Bene Giuridico Penale; Biodiversità; Tipo penale

Ao meu Pai
In memoriam

Agradecimentos

A todos aqueles que com gentileza e de diferenciados modos
fizeram parte desta caminhada

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. INTERAÇÃO HOMEM E AMBIENTE	36
3. DIREITO PENAL AMBIENTAL.....	44
4. BIOPIRATARIA	62
4.1. Intróito.....	62
4.2. História.....	72
4.3. Instrumentos Legais de Combate	77
4.4. Direito Comparado.....	82
4.5. Projetos Legislativos	102
5. BIOPIRATARIA E TIPO PENAL	115
5.1. Bem Jurídico	115
5.2. Tipo Objetivo	139
5.2.1. Tipo Primário	139
5.2.2. Tipo Secundário	156
5.3. Tipo Subjetivo.....	163
5.4. Sujeito	167
5.4.1. Sujeito Ativo.....	167
5.4.2. Sujeito Passivo	175
5.5. Nexo de Causalidade.....	176
5.6. Classificação dos crimes	178
5.6.1. Consumação	181
6. ANTEPROJETO DE LEI DO CRIME DE BIOPIRATARIA.....	185
6.1. Anteprojeto de Lei.....	185
6.1.1. Artigos de Lei	185
6.1.2. Justificativa.....	190
6.2. Comentários acerca do Anteprojeto de Lei do Crime de Biopirataria.....	192
7. CONCLUSÃO	286
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	290

1. INTRODUÇÃO

Há anos discute-se a questão da Biopirataria *lato sensu*, que engloba a exploração e o comércio ilegais de madeira, o tráfico de animais e plantas silvestres e especificamente, o assunto a ser tratado nesta tese, qual seja, a Biopirataria *stricto sensu*, compreendida como o acesso irregular ao patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados.

No que concerne à Biopirataria em sentido estrito, quatro dimensões caracterizam-na: recurso genético obtido sem a autorização do detentor (Estados Nacionais); conhecimento tradicional associado conseguido sem autorização do detentor (sem conhecimento prévio fundamentado); benefícios alcançados pela utilização do recurso genético e do conhecimento tradicional associado (*prioritariamente* exploração comercial) não repartidos de forma justa e equitativa entre Estados, corporações e comunidades (sem contrato); e por fim, recursos biológicos protegidos sem respeito aos critérios de patenteabilidade, isto é, sem representar novidade, inventividade e uso industrial nos moldes do Tratado Sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionado a Aspectos de Comércio (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS).

A temática abordada, por conseguinte será: Biopirataria *stricto sensu* ou biogrilagem qualificando-a como: toda apropriação e uso não autorizados de material biológico e/ou de conhecimentos tradicionais associados, para fins de desenvolvimento e comercialização de produtos, podendo ou não envolver obtenção de direitos de propriedade intelectual¹.

E, primordialmente, ao conceituar-se Biopirataria, ponderar-se-á a necessidade de considerá-la infração penal ou não porque a legislação como um todo é lacunosa,

¹Conceituação de Biopirataria conforme o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED): "Biopirataria consiste no ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações Unidas sobre Diversidade Biológica). A Biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos." AMBIENTE Brasil. *Biopirataria na Amazônia*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/amazonia/floresta_amazonica/biopirataria_na_amazonia.html>. Acesso em: 28 out. 2011.

inexistindo tipificação do crime de Biopirataria, o que induziria à aplicação, tão apenas de forma subsidiária e incipiente, da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98).

Assim sucede a Biopirataria no Brasil: 1) Coleta. Os biopiratas colhem ilegalmente do meio ambiente plantas nativas, animais silvestres, microorganismos etc., na maior parte das vezes, orientados pelas comunidades autóctones; 2) Camuflagem. Os produtos saem do país por portos e aeroportos, disfarçados na bagagem dos biopiratas, que se comportam como turistas, religiosos, ou mesmo pesquisadores; 3) Patentes. As matérias coletadas são vendidas a laboratórios ou colecionadores, que patenteiam as substâncias originadas das plantas e dos animais e dos microorganismos; 4) Prejuízo. Sem a patente sobre os recursos, o país e as populações tradicionais não tem retribuição, não percebem royalties, sendo incalculável a cifra perdida.

Em verdade, a Biopirataria incide há séculos.

No que pertence à Biopirataria *stricto sensu*, a extração de pigmento vermelho do pau-brasil pelos portugueses à época do descobrimento já a configurava. O ato seguinte de biopirataria ocorre na Amazônia, com o envio de sementes de seringueira para a Inglaterra, por Henry Wickham, em 1876, arruinando o ciclo da borracha em razão da posterior exportação do látex pelas colônias britânicas na Malásia. Outro exemplo é a quinina, derivada da planta cinchona, empregada para o tratamento da malária, pelos povos indígenas. Foi traficada para Java, pelo inglês Charles Ledger, em 1865. Também, o curare, amálgama tóxico de várias plantas, usado para o envenenamento das pontas de flechas, por etnias da Amazônia. Exportado para a Europa, por Alexander von Humbolt, em 1800, teve seu ingrediente ativo (tubocurarina) isolado para fins anestésicos.

E, no panorama coevo, o rol exemplificativo da Biopirataria é largo, podendo-se fazer referência aos episódios abarcando a Castanha-do-pará, a Ayahuasca (principal planta empregada nos rituais do Santo Daime), a Espinheira-Santa, a Unha-de-gato, a Vacina do Sapo, dentre muitos outros.

A Biopirataria, contudo, apenas recentemente se elevou à grandeza de temática estratégica.

Se antigamente, a segurança da Biodiversidade cravava-se em valores científicos, estéticos e de lazer, que pautavam ações de preservação de simpáticas espécies e delimitação de áreas da natureza de beleza exuberante, com a consequente retirada das populações locais e a expropriação de seus conhecimentos, nos idos de 1980, há mudança

do paradigma, percebendo-se a importância econômica da biodiversidade.

Noutras palavras, uma das mais preocupantes perdas ambientais é aquela que diz respeito à falência da diversidade biológica², instando o país a reforçar a conservação dos recursos genéticos e a sustentabilidade de seus bens.

Em acréscimo, convém lembrar que, hodiernamente, é real o perigo de em poucos anos, tal situação de detrimento da Biodiversidade apor o homem a calamidades ambientais, não havendo que se falar sequer em responsabilidade intergeracional. Noutras palavras, se houver uma crise de biodiversidade, nossa vida, saúde e meios de subsistência também entrarão em colapso.

Assim, a inquietude com a problemática ambiental já deve ser concebida como um risco para a atual qualidade de vida e para a própria vida. E, o esgotamento da genética ou, por outro lado, sua coisificação quando do patenteamento³ e ainda, a transcrita perda da diversidade em razão da crise do meio ambiente, devem tornar-se assuntos conflituosos.

Abrindo um parêntese, importa destacar a infundável controvérsia sobre o valor Vida, diante do esgotamento da Biodiversidade e das polêmicas suscitadas pela biotecnologia. Noutros termos, aflora uma ética biocêntrica que alude que seja considerado o valor inerente à vida de cada indivíduo, refutando-se a hipótese de que interesses comerciais, estéticos, científicos, etc. possam prestar-se como manto absoluto para descartes de vidas, tanto valendo para humanos, como animais não humanos e ecossistemas naturais. Em verdade contudo, parece haver um denominador comum, isto é, o Princípio do Menor Custo Moral⁴.

²"É comum citar-se uma ilustração do que significam as altas taxas de perda de biodiversidade global: é como se estivéssemos dançando em um antiquário com as luzes apagadas, é possível ouvir-se o barulho de coisas que se quebram, mas não se pode saber o tamanho do prejuízo, até que seja tarde demais. Esta metáfora, apesar de ser bastante representativa do percurso humano inconsequente em relação à biodiversidade, deixa de expressar a face ainda mais dramática da realidade, uma vez que, na imagem, o dono do antiquário sabe o valor de suas mercadorias e portanto pode avaliar o quanto perdeu, enquanto o valor da perda da biodiversidade é incalculável." (ALENCAR, Gisela S. de. Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica 1992: evolução e desafios para implementação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 84, set. 1996).

³Ver regulação do artigo 10, inciso IX, da Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e, por outro lado, as iniciativas legislativas em tramitação no Congresso Nacional (PL 2.695/93 e outros) acerca da patenteabilidade ou não do todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos naturais.

⁴Cf. questão da patenteabilidade de partes ou do todo de seres não-humanos, da "eugenia liberal" e dos xenotransplantes. Quanto a este último aspecto: "Lo que está claro, sin embargo, es que incluso si uno considera estas prácticas admisibles, el sacrificio de otros animales que las mismas implican debería dar

Prosseguindo. De sabença, o Brasil cobre enorme diversidade biológica, sendo tido como o país mais megadiverso do mundo⁵, compreendido o conceito atual de Biodiversidade como as inúmeras variedades estruturais e funcionais de formas de vida nos níveis genético, populacional, das espécies e dos ecossistemas.

Com três milhões e cinquenta e sete mil quilômetros quadrados de florestas tropicais, ou seja, trinta por cento das florestas tropicais do mundo, e abrigando a maior delas, isto é, a Floresta Amazônica, o Brasil tem em seu território quase vinte por cento de todas as espécies da flora e fauna já reconhecidas e sete áreas catalogadas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) como Sítios do Patrimônio Mundial Natural⁶.

Assim, existe um gigantesco patrimônio genético que, se bem explorado do ponto de vista econômico, social e ambiental, pode contribuir amplamente para o processo de desenvolvimento do país, não se olvidando de seu valor intrínseco.

Não distinguimos, todavia, sequer vinte por cento da nossa própria Biodiversidade: todos os animais das copas das nossas florestas são praticamente desconhecidos, assim como, toda a fauna microbiológica dos nossos rios e os fungos que degradam quitinas e celulose, entre outras espécies.

Pois bem, grande parte dessa riqueza encontra-se presente nos biomas da Floresta Amazônica e também, da Mata Atlântica. Numa visão breve portanto, o potencial florístico e a fauna associada a essas vegetações já constituiria inigualável complexo de bens.

As perdas de cobertura florestal primária em todo o mundo beiram, em geral, entre os dois terços e a quase totalidade. No país, a Mata Atlântica e a Amazônia já

lugar a un arrepentimiento moral, dado su valor. El coste ético de estos procedimientos no ha de olvidarse. Ello conduce a considerar que existen alternativas y medios con un menor coste moral para llegar las mismas metas en estos casos, deberíamos adoptarlos, incluso quizás si ello conlleva una menor efectividad. Esta es una importante consideración en el caso de xenoinjertos donde existen fuentes alternativas de órganos... el xenoinjerto únicamente resulta aceptable desde el punto de vista ético si hemos llegado a la conclusión de que nada más se puede hacer para incrementar la cantidad de órganos disponibles por otras vías, que impliquen un menor coste moral.” (ENGELS, Eve-Marie. El estatuto moral de los animales en la discusión sobre el xenotrasplante. In: ROMEO CASABONA, Carlos et al. *Los xenotrasplantes: aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Granada: Comares, 2002. p. 322).

⁵CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Parlamentar de Inquérito que Investiga o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiras, a Exploração e Comércio Ilegal de Madeira e a Biopirataria no País (CPIBIOPI). Relatório final/2006. Disponível em: <<http://camara.gov.br/comissoes.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

⁶Cf. Lista do Patrimônio Mundial no Brasil.

sucumbiram respectivamente, em noventa e três por cento desde o período colonial⁷ e dezesseis por cento em apenas trinta anos.

Especificamente quanto à Amazônia, curiosa sua situação. Na década de 70, houve transformações fomentadas pelo próprio Estado, ofertando diferenciados benefícios fiscais, que ao final restaram um insucesso, a empresários e grupos econômicos, que desejassem investir em empreendimentos instalados na região. Para a infra-estrutura necessária, milhares de trabalhadores chegaram de outros lugares, permanecendo na Amazônia depois do término das obras. A terra, habitada secularmente por colonos, ribeirinhos, índios e caboclos em geral, foi sendo vendida aos novos investidores, que a compravam diretamente dos órgãos fundiários ou de particulares. Além disso, a grilagem também era praticada. Após, para intentar solver tal quadro, advém a Constituição Federal de 1988 com própria articulação na questão agrária e fundiária nacional.

Mas, a degradação ambiental na região Amazônica só se fortaleceu, e, intensificou-se a exploração predatória da natureza, principalmente a tolerância com o desmatamento inescrupuloso, sem quaisquer planos de reflorestamento ou manejo da floresta⁸.

Forçoso é salientar a premência de uma estratégia de guerra contra a derrubada de árvores e conseqüentemente, o fim de Biodiversidade desconhecida, animal, vegetal e de microrganismos.

Há de conseguir-se portanto, um modelo sustentável.

No que tange ainda à flora, vale apontar que, incontáveis plantas hoje em dia empregadas na farmacologia indígena são conhecidas dos laboratórios da Europa, podendo ser patenteadas porque o Tribunal de Patentes Internacional é absolutamente irresponsável com relação a essa nuance, como no caso do cupuaçu, cuja marca foi anulada pelo Brasil após longa luta.

⁷SOS Mata Atlântica. Disponível em: <<http://www.sosmatatlantica.org.br/index.php?section=info&action=mata>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

⁸Cf. BOLETIM Risco de Desmatamento Agosto de 2011 a Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.imazon.org.br/publicacoes/risco-de-desmatamento/boletim-risco-de-desmatamento-agosto-de-2011-a-julho-de-2012>>. Acesso em: 18 jul. 2011. O risco de desmatamento em municípios, Áreas Protegidas, Assentamentos e áreas privadas, devolutas ou sob conflitos por posse, para o período de agosto de 2011 a julho de 2012, estimado pelo modelo de risco de desmatamento desenvolvido pelo Imazon (...) estimou uma taxa de desmatamento anual de 7.134 quilômetros quadrados para o período modelado, e apontou uma área de floresta de pelo menos 2.721 quilômetros quadrados com probabilidade de desmatamento maior que zero (com 95% de confiança estatística).

Assim, nosso universo florístico não explorado, que bem deve contribuir de maneira imensa para distintas áreas de pesquisa mundial, já pode estar sendo estudado pelos grandes laboratórios com o fito de ulterior patenteamento.

Estatísticas ofertadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) revelam que há pelo menos mais de cinquenta legislações ou regulamentos diferentes para o registro de medicamentos fitoterápicos em diversificados países e a maioria das plantas medicinais em uso na terapêutica não advém dos continentes americano ou sul-americano.

A proteção da Biodiversidade é emergencial tendo em consideração inclusive informes no sentido de que a quase totalidade de investimentos na indústria farmacêutica concentra-se em poucos ricos países com matéria-prima entretanto formada predominantemente por recursos genéticos obtidos no Brasil, leia-se, Amazônia legal⁹.

Destarte, deve-se incrementar o nosso reconhecimento do patrimônio genético nacional, precedente à bioprospecção.

Perceba-se, por outro lado que, todos os vieses da Biopirataria se intercalam.

Assim também, o tráfico de fauna que além de pernicioso por si só, viabilizando, por óbvio, um prejuízo ao meio ambiente como um todo, mais ainda, vincula-se à Biopirataria *stricto sensu*, a partir do instante em que os animais encontram-se no exterior, sendo criados e reproduzidos com feliz resultado, e a indústria tem acesso a um novo modelo experimental ou a uma original fonte de princípios ativos.

O combate ao tráfico de animais silvestres, por puro diletantismo contudo, tem encerramento mais simples que aquele relacionado à Biopirataria em sentido estrito: as rotas são conhecidas e desta maneira, facilmente cobertas e vigiadas, inclusive nos aeroportos, nada obstante a maior especialização dos traficantes.

Mas indispensável inda, é uma legislação rigorosa pois, a substituição da Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna) pela Lei nº 9.605/98 não se entremostrou profícua, diante de traficantes de espécies altamente rentáveis se colocadas nos mercados europeu, americano ou asiático.

Destarte, os traficantes almejam espécies lucrativas se colocadas no mercado (inclusive via sites na internet) tais como Jararaca (um mil dólares), aranha-marrom

⁹BIODIVERSIDADE – valor econômico e social. Regulamentação do acesso à biodiversidade ainda não é definitiva. *ComCiência*, 10 jun. 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio05.htm>. Acesso em: 28 jan. 2012.

(oitocentos dólares), sapos amazônicos (trezentos a um mil e quinhentos dólares), besouros (quatrocentos e cinquenta a oito mil dólares), cotinga, rouxinol-do-rio-Negro e o galo-da-serra, este último exemplifique-se, com valor de cento e vinte mil dólares no Japão.

Assim, o poder de dissuasão necessita ser altíssimo.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) é legalmente responsável pela gestão do uso de quaisquer espécies com viabilidade econômica. São emitidas licenças CITES (Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagem em Perigo de Extinção) de exportação e importação e licenças de exportação não-CITES. Nessa coordenação há ainda, o licenciamento de atividades com finalidade científica, inclusive de espécies ameaçadas de extinção.

Sobretudo no que tange à Biopirataria *stricto sensu*, foi criada no IBAMA a Divisão de Controle da Fiscalização e Acesso ao Patrimônio Genético, pretendendo que o desenvolvimento biotecnológico reverta em prol das populações tradicionais e indígenas, bem como, *mui recentemente, seção especialmente voltada ao combate da Biopirataria*.

No seio da primeira divisão mencionada, o IBAMA acompanha os processos de normatização atinente à matéria, estabelecendo canais de informação e de trabalho de inteligência, inclusive com a capacitação de técnicos. Ainda, vem agindo em relação multiinstitucional com os cientistas, Polícia Federal, Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e com o Centro Nacional de Populações Tradicionais.

Há por outro lado, a Divisão de Propriedade Intelectual no Ministério das Relações Exteriores, que atua diretamente junto aos demais governos e empresas que patentearam produtos, como no caso do cupuaçu, do sapo kambô, da copaíba, etc. tecendo contatos, contratando advogados, numa tentativa de repatriar tais direitos.

As providências brasileiras são, entretanto, embrionárias.

Vale realçar porém, o trabalho do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) que em hipótese de remessa de material para o exterior, impõe aos dirigentes das instituições brasileiras e estrangeiras e as contrapartes brasileira e estrangeira firmarem "Termo de Compromisso: Exclusividade e Patente", comprometendo-se a usar as amostras exclusivamente com finalidade de estudo, pesquisa e difusão e repartirem, igualmente, entre as partes envolvidas, eventuais benefícios que possam

redundar em novos produtos. Ademais, se a consultoria científica do CNPq considerar que a pesquisa impulsionará posterior bioprospecção, o projeto será enviado ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) para a obtenção da respectiva autorização.

Interessa apontar todavia, a resistência dos países mais desenvolvidos, em todos os sentidos, que seguramente ditam as pesquisas e o patenteamento mundiais, obedientes ao princípio do TRIPS (que não obriga a identificação do País de origem da matéria-prima).

Nada obstante existam severas críticas à lenta tramitação do credenciamento de pesquisadores e suas perguntas científicas, em vista da certeza de que os organismos, os animais e as plantas não conhecem fronteiras, com risco pois, de uma debandada de sérios cientistas para outros países, imperiosa a manutenção de controle com a devida agilização¹⁰.

Por fim, neste ínterim, surge o debate sobre a proteção aos conhecimentos tradicionais associados.

Assim, há de adicionar a essa diversidade biológica um outro dado que a potencializa: a existência de populações nativas, sejam elas indígenas (no Brasil, há cerca de setecentas terras indígenas, representando mais de doze por cento do território nacional, totalizando cerca de trezentos e quarenta mil índios, distribuídos entre duzentos e vinte sociedades indígenas, e ainda, mais de setenta grupos de índios isolados sem outras informações objetivas)¹¹, ribeirinhas, caboclas, remanescentes quilombolas e outras. É a Sociodiversidade.

Capacitadas por um conhecimento milenar, tais povos empreendem práticas tradicionais de uso sustentável dos recursos naturais, usando os princípios ativos de certas substâncias para fins inúmeros, dentre eles, o medicinal. Desta heterogeneidade de populações, passa então, a existir um Conhecimento Tradicional, que se associa à Biodiversidade. Destarte, estas antigas comunidades cultivam uma lógica do funcionamento e do manejo dos recursos biológicos de sua fauna e flora e dos próprios processos biológicos.

¹⁰Verificação das Leis Estaduais do Acre (Lei 1.235/97) e do Amapá (Lei 388/97) que regulam a coleta de material científico por estrangeiros. A lei acreana teria como antecedente prática de biopirataria: "A Selva Viva (ONG) contava com o apoio das multinacionais farmacêuticas Ciba Geigy, Hoescht, Sandoz, Lilly, Jhonson & Jhonson para estimular os índios a catalogar e produzir viveiros de plantas medicinais existentes em comunidades indígenas no Acre. Em troca desse trabalho, a entidade doava remédios e prometia ajuda financeira para projetos de auto-sustentação." (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 23).

¹¹FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

Assim, a preocupação com o patenteamento dos produtos da floresta por multinacionais e com o repasse do conhecimento dos pajés sobre ervas medicinais é fato. Exemplifique-se com o emblemático caso da secreção do sapo (*Phyllomedusa bicolor*), chamado kambô para a etnia Katukina e kampô para a Yawanawa, tradicionalmente utilizada para afastar panema - azar na caça - e tirar sonolência ou mal-estar, quando há gripe ou estado febril. Em 1978, tal secreção era um dos tratamentos para a malária (conhecida por sezão). Há notícias hoje de uma vacina largamente aplicada em São Paulo e Rio de Janeiro, ao preço de cento e cinquenta reais sem qualquer retribuição lucrativa para as comunidades.

Acresce-se que os índios têm a legitimidade para tecer transações, cabendo a FUNAI sua responsabilidade como interveniente no processo. Afora as deficiências estruturais dos órgãos indigenista e ambiental do Estado brasileiro, em realidade, faz-se uma mercância prejudicial aos índios carentes de bens de consumo.

Debate-se, ainda, a garantia aos povos interessados ao direito de obstaculizar terceiros não autorizados em divulgar ou repassar informações integrantes do conhecimento tradicional associado em consonância com a Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT nº 169 que reconhece o direito dos povos indígenas de viverem de acordo com as suas culturas.

E, em idêntica forma, controverte-se acerca da titularidade e da imprescritibilidade deste patrimônio cultural dinâmico, intergeracional e cujo nascimento no tempo é indefinido.

Intenta-se assim, neste ensejo, a defesa dos bens socioambientais intangíveis: conhecimentos, inovações e práticas dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais associados ao seu aspecto econômico, podendo estes conhecimentos ser aproveitados imediata ou mediatamente num final acesso irregular ao patrimônio genético.

Enfim, indubitavelmente, toda esta soberana grandeza biológica e cultural implica cupidez, não apenas de indústrias madeireiras e colecionadores de animais, mas principalmente, de multinacionais farmacêuticas e de cosméticos, etc., travestindo atividades despidas de interesse financeiro em verdadeiras apropriações indevidas.

Os milhares de quilômetros de fronteira tornam extremamente dura a tarefa de conter o ingresso de biopiratas, num imenso vazio estatal. Mas, a Biodiversidade brasileira oferta inestimável potencial que pode ser convertido em investimentos, desenvolvimento

tecnológico, produtos ambientalmente mais saudáveis e em melhor qualidade de vida, cabendo-lhe cuidados vários.

Assim, explicita-se este característico perigo designado por Biopirataria, isto é, exploração e apropriação de recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais *associados*, sem respeito às condicionantes de acesso, consentimento e por fim, repartição dos lucros revertidos, que atinge o Direito à Biodiversidade e o Direito à Sociodiversidade, na sua faceta seguinte, Conhecimentos Tradicionais associados.

Repise-se inda, a imprescindibilidade dos contornos legais, em todos os campos, mesmo em nível internacional, com instrumentos multilaterais, e com o fortalecimento de vínculos com outras nações megadiversas, por exemplo, Austrália, Costa Rica, Índia, etc.

Aliás, o abalancamento de soluções porventura adotadas por outras nações para o enfrentamento dessa problemática, a exemplo, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica¹², Equador, Filipinas, Índia, Malásia, Peru, Tailândia e Venezuela, etc. é de suma valia.

Com proeminência, tem-se no âmbito internacional como basilar instrumento a ser aplicado quando da exploração da Diversidade Biológica e dos Conhecimentos Tradicionais associados, a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica. E sob seu feixe, em primeiro, as Diretrizes de Bonn sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios Provenientes de sua Utilização, e, em segundo, o Protocolo de Nagoya sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivem de sua Utilização ao Convênio sobre a Diversidade Biológica.

Rematando. A luta por uma normalização passa, além disso, pelo debate sobre uma figura penal da Biopirataria, não se olvidando dos outros desafios: conservação e desenvolvimento sustentável, urgentes intervenções educacionais, sócio-econômicas e

¹²"A lei costarriquenha prevê ainda um sistema de registro dos direitos intelectuais comunitários *sui generis*, e a realização de um inventário dos conhecimentos, inovações e práticas (relevantes para a conservação da biodiversidade) que as comunidades pretendam proteger, mantendo-se aberta a possibilidade de que, no futuro, sejam registrados e reconhecidos outros conhecimentos que reúnam as mesmas características. Tal registro é voluntário e gratuito, e deverá ser feito mediante solicitação dos interessados, sem qualquer formalidade. A existência de tal registro obrigará a Oficina Técnica de apoio à Comissão Nacional para Gestão da Biodiversidade a responder negativamente a qualquer consulta relativa ao reconhecimento de direitos de propriedade intelectual ou industrial sobre o mesmo recurso ou conhecimento. Tal resposta negativa, desde que devidamente fundamentada, poderá ocorrer mesmo quando o direito *sui generis* não esteja registrado." (SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 95, mar. 2003).

fiscalizatórias, controle da má gestão pública e reforço de toda a legislação frente às questões inerentes ao acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados e à repartição de benefícios.

E, nesta última quadra, algumas reflexões são convenientes.

Há questão que necessariamente exigirá enfrentamento, qual seja, o bem jurídico a ser patrocinado.

Parte-se da premissa de considerar-se o *meio ambiente* ecologicamente equilibrado, como direito fundamental insculpido na Magna Carta (artigo 225 da Constituição Federal), adquirindo este envergadura para ser tutelado com o uso de sanções criminais pois, estar-se-ia protegendo bem coletivo intimamente conectado à vida. Daí, a defesa penal do ambiente sob ditames constitucionais.

Não obstante existam posturas de autoridade no sentido da negativa contribuição do Direito Penal para a tutela do meio ambiente, asseverando seu caráter meramente simbólico, que redunde na descarga do Poder Público em perseguir uma produtora política de proteção ambiental¹³, experiências de países como Alemanha, França e Japão evidenciam que a guerra contra o ilícito ambiental é bem sucedida quando este igualmente apresenta a natureza de infração penal¹⁴.

Demais, no Brasil, a subsidiariedade da Lei dos Crimes Ambientais, no trato da Biopirataria, não resolve¹⁵, mesmo porque esta legislação é, por vezes, iníqua.

¹³"É minha opinião que não devemos continuar a insistir na mesma receita, ou seja, que não precisamos de *more of the same*, para utilizar uma expressão que é cara aos criminólogos ingleses. O Direito Penal, considerando o seu papel no tocante à política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente. Se eu quisesse reformular esta mesma idéia de maneira ainda mais radical, então diria o seguinte: quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente." (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, p. 28, 2002).

¹⁴"Solo si la naturaleza delictiva de los daños al medio ambiente es caracterizada claramente mediante su integración en el Derecho penal y si se cuenta con sanciones que resultan imponentes frente al destructor del medio ambiente socialmente influyente y de cálculo racional, entonces se podrá abordar con cierto éxito la enorme tarea de la reestructuración ecológica de la sociedad industrial. En cambio, considero ingenua la idea de poder iniciar un cambio de conciencia en toda la sociedad precisamente a través de la descriminalización." (SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2. p. 222).

¹⁵"A conduta da biopirataria, seja com o simples acesso ou mesmo com a remessa ao exterior de material genético oriundo de nossa vida selvagem, hoje recebe acolhida no artigo 29 da Lei 9.605/98, dispositivo que não atinge o dolo específico do biopirata, prevendo uma pena que apenas impõe ao transgressor algumas horas na delegacia, tempo suficiente para a lavratura de um simples termo circunstanciado, formalidade prevista para os casos de delitos de menor potencial ofensivo. Não há dessa forma, prisão em flagrante do infrator porque a biopirataria ainda é considerada um crime menor, de pequena monta. O

Não há distinção entre o usuário dos recursos naturais e o traficante ou mesmo o biopirata. E, nesta última hipótese, sequer alusão à Biopirataria *strictu sensu*.

E, no que concerne à Biopirataria *lato sensu*, a legislação é extremamente ineficaz, afinal, trata-se de uma prática organizada, estratificada e departamentalizada, adquirindo características empresariais e assemelhadas às da Máfia. O criminoso elege o animal em razão do lucro, possibilidade de fácil captura, valor estético ou reprodutivo da espécie. Daí se organiza, coopta pessoas e divide mercados. Há lavagem de dinheiro e infiltração na máquina pública, corrompendo cientistas, diplomatas, funcionários públicos da aduana, fiscais, etc.

Existe inclusive liame próximo entre o tráfico de drogas e o de animais, posto que em algumas apreensões de entorpecentes foram encontrados carregamentos de répteis, tartarugas e couro. Constatou-se que, muitas vezes, os traficantes descartam, no toalete dos aeroportos, os animais raros de igual forma que o traficante de drogas faz.

O tráfico de animais silvestres movimenta entre dez e vinte bilhões de dólares no mundo, conservando o terceiro posto de tráfico mais lucrativo (sendo os Estados Unidos, Alemanha, Holanda, Bélgica, França, Inglaterra, Suíça, Grécia, Bulgária, Arábia Saudita e Japão os maiores consumidores), atrás pois, do tráfico de entorpecentes e de armas¹⁶.

Calcula-se que aproximadamente trinta e oito milhões de animais sejam traficados no Brasil representando algo em torno de um bilhão e meio de dólares; de cada dez animais traficados, nove morrem durante a coleta ou o transporte, tendo em vista inclusive o desequilíbrio que a retirada dos espécimes de seu meio acarreta na cadeia biológica e também, a considerada baixa sobrevida em razão de maus-tratos, erros de manejo e inadequação da alimentação depois que os animais chegam ao destino, com dano

Artigo 29 da Lei 9.605/98, que trata da questão dos animais silvestres, foi concebido com o intuito de adequar condutas de criminosos que agem em desfavor da fauna tão somente apanhando, capturando, caçando, transportando, entre outras modalidades, com o fito de, no máximo, comercializar ou mercadejar com os animais, sem o caráter de prospecção de conhecimento e produção de riqueza. Não há uma previsão legal específica para aqueles que subtraem insumos da vida silvestre com fins industriais, de alto lucro." (PONTES, Jorge B. Projeto Drake: a Polícia Federal contra a biopirataria. *Revista ECO21*, ed. 83, out. 2003. Disponível em: <<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=572>>. Acesso em: 28 out. 2011).

¹⁶“Essa modalidade de ilicitude movimenta aproximadamente US\$ 10 bilhões anualmente em todo o planeta, sendo o Brasil responsável por aproximadamente US\$ 1 bilhão ao ano, de acordo com levantamento proveniente do IBAMA”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº, de 2012. (do Sr. Ricardo Izar). Altera o Artigo 29 da Lei Nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982124&filename=PL+3710/2012>. Acesso em: 01 out. 2012).

de monta ao patrimônio faunístico¹⁷.

No Brasil, essa mercancia é feita a partir da apreensão de animais, preferencialmente aves, pelos povos mais desprovidos de recursos das regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste, sendo seu comércio realizado nas feiras livres e nas principais rodovias, com receptação, mormente, no Sul e Sudeste.

Insuficientes a fiscalização nos aeroportos (nem toda a bagagem é submetida a aparelhos de raio X), nas feiras livres (ausência de ações de inteligência), nos pet shops (sem comprovação da ilegalidade da origem dos animais), nos criadouros legalizados (inexistência de análise de DNA nos filhotes) e em zoológicos (ausência de centros de triagem). Insatisfatórios também, a quantidade de pessoal qualificado com remuneração condigna e demais recursos materiais, o atendimento preciso à fauna apreendida e sua reintegração que por vezes, sequer respeita os espécimes liberados ou outros espécimes do ambiente que as abrigará.

A implementação de um banco de dados, denominado Banco de Dados da Delinquência Ambiental (BDDA), pela Polícia Federal e a Lista Vermelha do Tráfico Internacional de Animais Silvestres são tentativas para contribuir no monitoramento de potenciais traficantes, sendo os estrangeiros suspeitos assentados nesse rol e imediatamente identificados ao aportarem à alfândega, nada obstante a máscara de pesquisador, empresário, estudante, religioso, jornalista, membro de ONGs, etc.

A lista brasileira da fauna ameaçada de extinção, publicada desde 1973, vem crescendo, sendo que a última revisão, elenca trezentos gêneros ameaçados¹⁸. Diante disso, o tráfico de animais silvestres é tido como a segunda maior causa de extinção de espécies, perdendo unicamente para a supressão de hábitat. Aliás, no caso da Lei dos Crimes Ambientais (LCA), percebe-se que estão também, no mesmo tipo penal, infrações praticadas contra espécies ameaçadas de extinção e espécies que não estão ameaçadas.

Logo, o tráfico de animais segue infinitamente vantajoso¹⁹ porque a sanção é

¹⁷REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES (RENCTAS). Disponível em: <<http://www.rentas.com.br.htm>>. Acesso em: 26 out. 2007.

¹⁸IBAMA. Anexo à Instrução Normativa nº 3, de 27 de maio de 2003, do Ministério do Meio Ambiente. Lista das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçadas de Extinção. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/fauna/downloads/lista%20spp.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

¹⁹Convém neste íterim, um pequeno parêntese no que pertence aos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). São instrumentos pelos quais os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública celebram acordo com autor do dano visando total reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou sua prevenção, por meio de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, pena da impingência de preceitos cominatórios, ou da imposição de outras obrigações. Sublinhe-se, que o mérito do TAC é sua

diminuta, inviabilizando assim, por exemplo, o início do resgate em regime fechado, mesmo porque, é costumeiramente substituída.

Com igual danosidade é o artesanato indígena realizado com partes de animais silvestres, em que os traficantes usam os índios como fornecedores primários, estimulando a matança, sendo as peças montadas até no exterior. Autoridades CITES estão permitindo a exposição de peças de artesanato indígena do país, que, contudo, terminam ilegalmente vendidas.

Novamente: a legislação é débil, pugnando pela reincidência.

Demais, mesmo alguns crimes da Lei nº 9.605/98, que acertam a sociedade de forma mais grave, estão sob a incidência da Lei nº 9.099/95.

As multas não têm poder intimidatório e frequentemente não são solvidas. E quando são, os poucos recursos arrecadados, não são vertidos para órgãos ambientais, mas sim, para caixa único do Governo.

Poder-se-ia cogitar do funcionamento de uma agência, a exemplo dos Estados Unidos (Law Enforcement), única para a matéria ambiental; afinal, no Brasil, o Poder Judiciário é pouco acionado à preservação de nossa fauna. Aliás, neste íterim, convém um parêntese: fala-se, de fato, na necessidade de uma Agência Internacional de Meio Ambiente que juntamente a uma Corte Internacional de Meio Ambiente propiciem uma governança ambiental global.

Não se olvide que a miserabilidade propulsiona o tráfico e assim, cogentes outras opções de geração de renda e desenvolvimento sustentável, tais como, artesanato responsável, ecoturismo, criação racional de animais silvestres que componham alternativa à captura e à extração ilegal de recursos ambientais, tudo fulcrado na educação ambiental.

A Lei de Crimes Ambientais tinha finalidades nobres: sistematizar os tipos penais correlacionados ao direito ambiental, modernizar a tipologia administrativa, supostamente corrigir distorções da legislação anterior, que apresentava a inafiançabilidade como regra, no entanto, sua incidência demonstrou-se pouco produtora.

possibilidade de maior flexibilização em termos de modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação de reparar e prevenir o dano previsto. Nasceu para prevenir e reparar prejuízos, atuando na seara da responsabilidade civil, obstando pois, o ajuizamento de ações coletivas, sem repercussão na responsabilidade administrativa e penal já incidentes quando da perpetração de ilícitos ambientais. Há ataques porém, quanto ao seu emprego que afronta sua concepção como instituto, redundando em fraudes à legislação ambiental ao dar, ao cabo, desconto substancial em prévias multas administrativas.

Seria enfim fundamental, alterações de peso, *ad exemplum*, um tipo penal específico para o tráfico internacional de animais, mas principalmente, o que nos interessa nesta tese, ver-se o enquadramento penal de Biopirataria *stricto sensu*.

Contra a Biopirataria também, além de construção legislativa acoplada à repressão, repise-se, mandatórios são investimentos em ciência e tecnologia, como previamente dito. A escassez de coleções científicas brasileiras induz a uma ausência de controle da Biodiversidade e, conseqüentemente, favorece a biopirataria.

Aliás, inexecutável se estimar o *quantum* o Brasil é despojado com a Biopirataria, principalmente tendo por base a distribuição de benefícios não feita e o vácuo de oportunidades ligadas ao mercado de medicamentos²⁰.

Quanto à traficância da flora, mister não olvidar que, qualquer vegetal tem potencial farmacoterápico, cada planta pode conter cerca de dez mil diferentes constituintes químicos e destes, os classificados metabólitos secundários apreciáveis pela indústria farmacêutica.

Aqui, a biopirataria é patrocinada pela globalização que multiplica as chances de registro de patentes em âmbito internacional.

São casos de registros de patentes: andiroba (amplamente usada na indústria cosmética e farmacêutica), copaíba (de que se extrai o óleo), jaborandi (planta produtora de pilocarpina, empregado no combate ao glaucoma), espinheira-santa (já patenteada por empresa japonesa em função de seu uso contra a úlcera), dentre outros²¹.

Quanto às marcas "cupuaçu" e "cupulate", bem como às patentes mundiais sobre a extração do óleo do cupuaçu e a produção de cupulate, convém recordar que já estavam registradas na União Européia, Japão e nos Estados Unidos pela empresa japonesa Asahi Foods, o que implicou em campanha nacional "O cupuaçu é nosso!".

No que tange ao conhecimento tradicional associado conseguido sem autorização do detentor, isto é, sem conhecimento prévio fundamentado, há informes de que diversos grupamentos indígenas do rio Javari, fronteira do Brasil com Peru,

²⁰Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. CPI da Biopirataria: Relatório Final. Brasília/DF: Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações, 2007. 2ª Audiência Pública da CPIBIOPI — 17/11/04. João Paulo Ribeiro Capobianco, Secretário de Biodiversidade e Florestas do MMA. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/edicoes/lancamentos/CPI_Biopirataria.pdf>. Acesso em: 28 out. 2011.

²¹HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. *Extrativismo, biodiversidade e biopirataria na Amazônia*. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2008. p. 70.

encontram-se costumeiramente visitados por pesquisadores de inúmeras nacionalidades que efetuam todo o tipo de registro em incontestável hipótese de Biopirataria²².

Outro exemplo, centra-se na terra preta existente ao longo dos rios Negro e Nhamundá, no Amazonas, que vem sendo saqueada. As populações ribeirinhas utilizam a terra preta há muito tempo para o cultivo de subsistência, sem alguma prática de manejo e o solo continua fecundo, despertando assim, a curiosidade dos pesquisadores sobre um dos solos mais férteis do mundo²³.

Findando, a Biopirataria ainda atinge searas inimagináveis, tendo havido coleta de sangue humano indígena (leia-se: patrimônio genético *humano*) dos povos Karitiana, Suruí e Ianomâmi, vendidos posteriormente por bancos de células norte-americanos.

Esta situação foi conhecida com o artigo "Sangue, Bioética e Populações Indígenas", publicado na revista *Parabólicas*, do Instituto Sócio-Ambiental (ISA), em julho de 1996, que fazia referência à venda de material indígena brasileiro pela norte-americana Coriell Cell Repositories, da Carolina do Norte. Na realidade, incluía material biológico dos Karitiana e Suruí, do Brasil, dos Waorami e Quechua, do Equador e Peru, respectivamente. Foi localizada a origem desse material: o artigo "Studies of Three Amerindian Populations Using Nuclear DNA Polymorphisms", de J.R. Kidd *et alii*, publicado em 1991 na revista *Annals of Human Biology*. O texto apresenta o autor da coleta das amostras, Francis Black. Ainda, diz que o sangue humano foi depositado no NIGMS Human Genetic Mutant Cell Repository, no Instituto Coriell de Pesquisa Médica. Esse material foi intensamente utilizado para pesquisas, e no artigo "Global Levels of DNA Variations", assegura-se ser de tribos amazônicas. Uma dessas, particularmente interessante porque pequena, com pouca mistura e lingüisticamente isolada - os Karitiana. Há outro trabalho, "Further blood genetic studies on Amazonian diversity - data from four Indian groups", também publicado na revista *Annals of Human Biology*, em 1994, de autoria de vários pesquisadores, incluindo alguns brasileiros, que utiliza a mesma amostra.

²²Não se desconsidere também, a ação lesiva de missionários em alguns grupos indígenas que agredem o extenso patrimônio sociocultural brasileiro, violentando a sociodiversidade, intrinsecamente associada à biodiversidade. Há notícias de aldeamentos já irreversivelmente atípicos em razão de religiosos, como os localizados na bacia do rio Mapuera, no Pará, em que aproximadamente um mil e seiscentos índios de seis a oito etnias diferentes foram obrigados a conviver.

²³MOTTA, Amanda. *Envolverde* - Fórum Amazônia Sustentável reúne sociedade civil, órgãos públicos e empresas. Disponível em: <http://amazonianamidia.blogspot.com.br/2008_06_29_archive.html>. Acesso em: 26 out. 2012.

Tal ocorrência redundou em pedido de devolução pela Comissão Pró-Yanomami nos Estados Unidos.

Enfim, faz-se precisa uma legislação amplificada para barrar a Biopirataria, isto é, a criação de propriedade por meio da riqueza alheia.

Forçoso é vislumbrar então que, diversificadas proposituras legislativas estão em trâmite no Congresso Nacional dispendo-se a abolir a Biopirataria.

Com fulcro na Convenção sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, tendo-a ratificado (Decreto Legislativo nº 02/1994) e promulgado (Decreto nº 2.519/98) estando, portanto, obrigado ao seu cumprimento como versículo constitucional e ainda, centrado na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de Agosto de 2001 (implementada por meio dos Decretos nº 4.946/03 - que altera o Decreto nº 3.945/01 - e nºs 5.459/05, 6.159/09 e 6.915/09 e das resoluções – atualmente no número 35 - e das seis orientações técnicas do CGEN) dispendo sobre o acesso ao patrimônio genético, à proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, inúmeras iniciativas legislativas surgiram nos últimos anos, algumas de natureza criminal, que visam pôr fim à Biopirataria.

Melhor especificadas em espaço próprio, o quadro abaixo arrola aquelas de maior relevância com o fito de uma primeira impressão sobre a temática²⁴. Vejamos:

1. Proposição PEC 618/98 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo refere-se ao acréscimo de inciso ao artigo 20 da Constituição Federal, incluindo nos bens da União o patrimônio genético. Em andamento atualizado, há informes no sentido de que, após Parecer do Relator da Comissão Especial destinada a apreciar e proferir manifestação à Proposta de Emenda Constitucional nº 618, de 1998, Sr. Deputado Ricarte de Freitas, pela aprovação, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, dissolveu a aludida Comissão Especial em razão do término da Legislatura (inciso II do artigo 22 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Hoje aguarda constituição de Comissão Temporária na Seção de Registro de Comissões.

2. Proposição Código de Proteção ao Meio Ambiente (PL 6.219/2005) de autoria do Deputado Marcos Abramo cujo conteúdo abrange a Política Nacional do Meio Ambiente, a Educação Ambiental, a Política Nacional de Recursos Hídricos, as Unidades

²⁴Todos com andamento atualizado até a data de 01 de Outubro de 2012.

de Conservação, a Proteção à Flora e à Fauna, a Proteção aos Recursos Aquáticos Vivos, o Gerenciamento Costeiro, o Controle da Emissão de Poluentes, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e as Sanções Penais (tipificando Biopirataria) e Administrativas. O atual andamento é: Arquivada na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Notadamente:

Art. 481. Comercializar, introduzir ou retirar do país, sem a devida permissão, licença, ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, espécies dos reinos animal, vegetal, fungi ou monera:

Pena: reclusão, de 3 a seis anos e multa.

3. Proposição PL 2.057/1991 ou Estatuto das Sociedades Indígenas de autoria do Deputado Aloizio Mercadante em cujo conteúdo há dispositivos que tratam do acesso e uso de recursos biogenéticos em terras indígenas, como ainda, da ausência de prévio consentimento escrito. O atual andamento é: pronto para a Pauta no Plenário.

4. Proposição PL 4.842/98 de autoria da Senadora Marina Silva cujo conteúdo trata da disposição sobre o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados e dá outras providências, incluindo sanções penais (totalizando cinquenta e nove artigos). Após inúmeros outros projetos legislativos correlatos apensados, há notícia de criação da Comissão Especial, nos termos do inciso II e do parágrafo 1º do artigo 34 do Regimento Interno. E hoje, tem por andamento atualizado: aguardando constituição de Comissão Temporária na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

5. Proposição PL 4.751/98 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo dá conta de dispositivo sobre acesso ao patrimônio genético. Andamento atual: retirado pelo autor e arquivado. Notadamente:

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

I - acessar, em desacordo com esta Lei, para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

Pena: reclusão de seis meses a quatro anos e multa de R.00 (duzentos reais) e R.000.00 (cinco mil reais).

II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)

III - remeter para o exterior amostra de componente do Patrimônio Genético, sem a autorização prevista nesta Lei;

Pena: reclusão de seis meses a seis anos e multa de R.000,00 (dois mil reais) a R.00,00 (quinze mil reais).

IV - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana;

Pena: reclusão de quatro a oito anos e multa de R.000,00 (cinco mil reais) a R.000,00 (vinte mil reais).

V - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para o desenvolvimento de armas biológicas;

Pena: reclusão de doze a trinta anos e multa de R.000,00 (vinte mil reais) a R. 000,00 (cem mil reais).

§ 1º Incorre na mesma pena o mandante ou quem, de qualquer modo, concorre para a prática destes crimes.

§ 2º Além da pena prevista no inciso I deste artigo, o material ou produto do material acessado e os instrumentos utilizados pelos infratores serão apreendidos.

§ 3º O material ou produto e os instrumentos de que trata o parágrafo anterior terão sua destinação definida pelo órgão competente.

Art. 19. Se a infração for cometida por pessoa jurídica, ou com seu concurso, incorrerão nas mesmas penas previstas no art. 18 desta Lei os seus diretores, proprietários ou gerentes responsáveis pelo ato, ficando sujeita à multa de R.000,00 (dez mil reais) a R.000,00 (cinquenta milhões de reais), à perda de qualquer incentivo fiscal, ao cancelamento da autorização para acessar amostra de componente do Patrimônio Genético, e impedida de firmar qualquer contrato com Administração Pública, pelo prazo de dez anos.

6. Proposição PL 7.211/02 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo acrescenta artigos a Lei de Crimes Ambientais, tipificando crimes de Biopirataria, no artigo 53-A a G. Em andamento atualizado, segue aprovado na Comissão de Defesa do Consumidor, do Meio Ambiente e Minorias (CDCMAM), com substitutivo; aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC), na forma do substitutivo da CDCMAM e agora, pronto para Pauta do Plenário. Notadamente:

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar, com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de

caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ.

& 2º. Nas mesmas penas incorre quem, com fim econômico ou ilícito, se apropria, em desacordo com a legislação vigente, de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim entendido a informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Art. 61-C. Remeter para o exterior amostra de material genético ou recurso genético, em desacordo com a legislação vigente:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

7. Proposição PL 347/03 de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar o tráfico de animais e plantas silvestres (CPITRAFI) cujo conteúdo tipifica, na Lei dos Crimes Ambientais, a comercialização de peixes ornamentais e o tráfico de animais silvestres em caráter permanente. Em andamento atualizado, tramita aprovado na CDCMAM, com emenda; aprovado na CCJC, apensado a este o PL 1.100/2011 (que acrescenta o art. 29-A a Lei nº 9.605/98, estabelecendo como crime ambiental a pesca ou captura de peixes exóticos nos rios e nas encostas brasileiras), o PL 3.710/2012 (que altera a reprimenda do art. 29 da Lei nº 9.605/98, a fim de agravar a pena – reclusão de um a cinco anos - para quem matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, cuja motivação é enfim, extirpar o tráfico de animais silvestres) e o PL 4.331/2012 (que acrescenta o inciso IV ao § 1º do art. 29 da Lei nº 9.605/98, estabelecendo sanção penal e administrativa para quem pratica o sacrifício de animais em rituais religiosos) e agora, pronto para Pauta do Plenário.

8. Proposição PL 1.090/03 de autoria da Deputada Kátia Abreu cujo conteúdo refere-se à alteração do artigo 29 da LCA, fixando pena de reclusão para o crime contra fauna silvestre, quadruplicando-a com remessa ao exterior. Último andamento: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC.

9. Proposição PL 2.360/03 de autoria do Deputado Mário Negromonte cujo conteúdo trata do acréscimo de artigos ao Código Florestal e a Lei dos Crimes Ambientais, dispondo sobre pesquisa, coleta e remessa de amostras da flora brasileira. Em andamento atualizado: encontra-se apensado ao PL 4.842/98. Notadamente:

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar, com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ.

& 2º. Nas mesmas penas incorre quem, com fim econômico ou ilícito, se apropria, em desacordo com a legislação vigente, de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim entendido a informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Art. 61-C. Remeter para o exterior amostra de material genético ou recurso genético, em desacordo com a legislação vigente:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa."

10. Proposição PL 2.487/03 de autoria da Deputada Vanessa Grazziotin que institui o dia 03 de dezembro como o Dia Nacional de Combate à Pirataria e à Biopirataria, *já transformado na Lei nº 11.203/05.*

11. Proposição PL 2.695/03 de autoria do Deputado Wilson Santos cujo conteúdo torna possível o patenteamento de genes e produtos biológicos de organismos vivos. Andamento último: Parecer na CMADS pela rejeição e, designado Relator na CDEIC (Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio), Sr. Deputado Léo Alcântara; também houve manifestação desfavorável, estando agora arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

12. Proposição PL 3.240/04 da Deputada Juíza Denise Frossard cujo conteúdo diz respeito à alteração dos artigos 29 e 30 da Lei dos Crimes Ambientais, aumentando as penas de reclusão para crime contra fauna silvestre e tipificando o tráfico internacional. Andamento atual: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC.

13. Proposição PL 4.184/04 de autoria do Deputado Alberto Fraga cujo conteúdo inclui o artigo 56-A a Lei dos Crimes Ambientais para tipificar o crime de tráfico de organismo vivo, parte dele ou princípio ativo. Último andamento: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC.

14. Proposição PL 4.225/04 de autoria do Deputado Carlos Rodrigues cujo conteúdo concerne à inclusão de parágrafo aos artigos 29 e 32 da Lei dos Crimes Ambientais, agravando a pena para cidadão estrangeiro que cometer crime de Biopirataria contra a fauna. Após deliberação favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, encontra-se pronta para Pauta no Plenário.

15. Proposição PL 4.285/04 de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca cujo conteúdo regulamenta a destinação de recursos estrangeiros para fins de pesquisa e preservação da Biodiversidade. O atual andamento é: pronto para a Pauta no Plenário, depois de seu desarquivamento.

16. Proposição PL 4.961/05 de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame cujo conteúdo estabelece que substâncias ou materiais extraídos de seres vivos naturais considerados invenção ou modelo de utilidade podem ser patenteados. Em andamento atualizado, aguardando Parecer na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI).

17. Proposição PL 6.794/06 de autoria do Deputado João Campos cujo conteúdo agrega o artigo 61-A à Lei dos Crimes Ambientais criando os tipos de tráfico de animais e plantas e Biopirataria. Em andamento atualizado: desarquivado e apensado ao PL 4.225/04.

18. Proposição PL 287/07 de autoria da Deputada Janete Capiberibe cujo conteúdo institui sanção contra a Biopirataria da flora, acrescentando o artigo 47-A à Lei dos Crimes Ambientais. Em andamento atualizado, apensado ao PL 4.842/98. Notadamente:

Art. 1º Acrescenta à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o seguinte artigo:

"Art. 47-A Fica proibida a exportação para o exterior de qualquer espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença do Ibama:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa."

19. Proposição PL 7.709/10 de autoria do Deputado Ricardo Tripoli cujo conteúdo altera e inclui dispositivos na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Em andamento atualizado, apensado ao PL 4.842/98.

20. Proposição PLS 236/2012 que pretende a reforma do Código Penal, de autoria do Senador José Sarney com recebimento aos 09 de julho de 2012, da Comissão de Juristas criada pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de nº 1.034, de 2011, com aprovação pelos Senadores da República em 10 de agosto de 2011:

Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

§1º Aumenta-se a pena do caput de um sexto a um terço se houver intuito de lucro.

§2º Se a conduta visar à exportação, a pena será aumentada de um terço a dois terços.

Mister será alinhar sugestões acerca dos projetos, especificamente sobre o tipo penal de Biopirataria, contribuindo para o avanço do ordenamento jurídico hodierno brasileiro, já que, é clara a urgência no apenamento para os crimes cometidos contra a integridade de nossa Biodiversidade e contra o interesse estratégico do País de conservação e uso sustentável de nosso patrimônio genético²⁵.

No mais, questões marginais devem ser observadas, numa importante inspeção ocular, previamente à estruturação de um tipo penal da Biopirataria: glosa da atuação do Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores, do IBAMA, e de outros entes que importam no Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) no que tange à Biopirataria.

Enfim, adentrando-se no específico tópico do Tipo Penal da Biopirataria, imprescindível o comento de uma sistematização conceitual da planeada figura delitiva.

Está-se pois, a caminhar pela interrogação fulcral ao legislador penal: que classes de conduta há de selecionar como proeminentes para o Direito Penal e que tipo de consequências jurídicas há de instituir para as mesmas²⁶. Perguntas que destacam ao penalista o peso de suas escolhas na vida dos indivíduos.

Noutras palavras, é dizer, que se deveria debater justamente, se criminalizar, que criminalizar, como criminalizar²⁷.

Para alcançar tal patamar, mister medir a resistência cética e enérgica contra a intervenção do Direito Penal no âmbito de proteção ao Meio Ambiente²⁸.

Destarte, escólios sobre Bem Jurídico e outras brevíssimas ponderações sobre Sujeito Ativo e Passivo, Tipo Objetivo, Nexo de Causalidade, Classificação, Tipo Subjetivo e Consumação são capitais ao que se pretende nesta tese.

²⁵Há discriminação nítida entre o tema da tese e a Lei nº 8.974/95 (Lei da Biossegurança) responsável pelo estabelecimento de normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, consumo, liberação e descarte ao meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM), visando à proteção da vida e da saúde humana, dos animais, das plantas e da Terra. Noutras palavras, a fixação da biossegurança como conjunto de normas que tem por escopo reduzir ou evitar os riscos inerentes à manipulação genética.

²⁶HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 35.

²⁷CASTRO, Lola Aniyar de. La cuestionada tarea de criminalizar: a propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales. In: BAIGÚN, David et. al. *Estudios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 530.

²⁸Cf. Escola de Direito Penal de Frankfurt.

Diante de todo o esboçado, para se ter um posicionamento acerca da correção de incidência do Direito Penal neste mote, de acordo com a demanda da realidade, distante por conseguinte, de uma provocação despicienda de mais conflitos sociais, aflora a alteração sobre o respectivo Bem Jurídico, dentro pois, de uma concepção material do delito.

Não se olvidando da infundável discussão sobre a presença do Bem Jurídico na seara do Direito Penal, ou mesmo, a inesgotável significação de Bem Jurídico, sua consulta para a criação e interpretação de um preceito concreto insere-se na metodologia a ser cultivada pelo legislador e pelo aplicador do Direito²⁹.

E, no capítulo em tese, depreende-se a obstância na eleição do Bem Jurídico.

Noutras palavras, *a priori* pode-se principiar pelo Meio Ambiente como interesse juridicamente protegido, dentro do mandato constitucional de punir prescrito no parágrafo 3º. do artigo 225 da Constituição da República. Mister recordar contudo que, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está francamente conectado ao direito à própria vida e assim, poder-se-ia trabalhar com tipificação baseada em infrações penais contra a vida ou a integridade física, ou a saúde, etc., numa redução dos bens ambientais a bens jurídicos individuais que, por certo, não implica, necessariamente, a imperiosa proteção ao Meio Ambiente. Ainda, a garantia da sustentabilidade ambiental destaca-se como relevante enfoque contemporâneo da dignidade da pessoa no que se convencionou chamar de Direitos Humanos Ambientais.

E, por fim, em verdade, quando se está a discorrer sobre Biopirataria, são apontadas especiais conceituações, quais sejam, a Biodiversidade e a Sociodiversidade em sua faceta dos Conhecimentos Tradicionais associados (que por sua vez, envolvem tanto os recursos sobre as quais os Estados exercem sua Soberania, como os contingentes populacionais implicados), num neologismo dito Biosociodiversidade.

Não menores são os registros sobre Sujeito Ativo e Passivo.

Quanto ao Sujeito Passivo, indiscutível seu contorno estar atrelado intimamente à própria fixação do Bem Jurídico. Para responder-se à indagação sobre a vítima no delito de Biopirataria, claramente, deve ter-se em conta, o conhecimento da realidade penal que perpassa o desenho do Bem Jurídico.

²⁹ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 58.

No mais, não se pode deslembrar que no comprometimento ambiental intergeracional, a geração futura sequer se encontra representada, restando assim, ao Estado intromissão obrigatória e parcela significativa a defender.

O Sujeito Ativo ostenta particularidades pertinentes à própria construção do Tipo Penal, a saber, a viabilidade da edificação de um delito especial ou delito de infração do dever que a despeito de poder subdividir-se em próprio ou impróprio, na verdade, impinge maiores cuidados quando da probabilidade de um apenamento em sua conduta omissiva.

E, se a menção a um autor qualquer já traz à baila, genuinamente, obstáculos no que concerne à ideação daquele que exerce o domínio do fato, nos delitos de organização, as dificuldades agigantam-se. Assim, outra peculiaridade advinda da demarcação primeira do Bem Jurídico está focada na Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica. E convém recordar-se que, no Brasil, ainda que conste a portentosa exposição constitucional do parágrafo 3º. do artigo 225 da Constituição Federal, acrescida da redação em nível infra-constitucional da Lei dos Crimes Ambientais que não apenas repetiria a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º como, ainda, almejaria ordenar aos superiores hierárquicos desses entes coletivos a posição de garante, nos termos do artigo 2º da Lei regente, há contextos de autoridade em sentido diverso³⁰. Uma grave problemática originada desta opção contudo, reside na opinião segundo a qual não se pode aplicar uma sanção de natureza penal às empresas em face da inexistência de reprovação ético-social de uma coletividade e, portanto, com consequências dentro da teoria da culpabilidade e da proporcionalidade na imposição da reprimenda, a ser analisada a seguir.

No que concerne à conduta punível, o conceito básico seguinte a ser aqui enfocado é aquele referente à descrição do delito, isto é, o Tipo Penal Objetivo da Biopirataria.

³⁰DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, jun./set. 1995. Capitaneia tal contrariedade pelos ulteriores argumentos, de maneira especial, inaptidão de ação; incapacidade de mensuração da culpabilidade; insuficiência de extração do dolo ou da culpa, dentre outros. Apóia-se em Roxin, op. cit., p. 194 e 258, que exclui a responsabilidade da pessoa jurídica como sujeito ativo de um delito, porque o crime constituiria evento a ser concretizado pelo homem, em caráter de exclusividade, a partir da premissa que a Ação é conduta humana no mundo exterior dominável pela vontade, faltando à Pessoa Jurídica substância psíquico-espiritual.

A relevância do bom desenvolvimento deste pensamento dogmático implica uma tentativa de previsibilidade da interpretação, sistematização e progresso das pertinentes disposições legais em consonância aos princípios do Direito Penal e da antecedente valoração político-criminal.

Não se olvide que se busca uma caracterização crescentemente exata, na função de garantia do Tipo Penal, por intermédio inclusive, da aposição de atributos ao preceito, porém, tal tentamento não desnaturará o assunto Biopirataria, aberto à evolução do conhecimento científico e, num Estado Democrático de Direito, permeável aos demais âmbitos do ordenamento jurídico, notadamente o Direito Administrativo e suas alusões no que concerne às observâncias pelo penalista de prescrições da lei administrativa ou, sob críticas, de ingerências outras, do Poder Executivo, na forma de atos administrativos.

Enfim, o compêndio de elementos de cognição e de valoração que dão como resultado saber do que o delito tipicamente trata, cuja síntese repousa no verbo, é em resumo, o âmbito de proteção do Bem Jurídico sistematizado. E, pela interposição dos elementos do tipo, dos meios (instrumentos de que se serve o autor para a prática criminosa) e modos de execução (formas de conduta) do delito, o Jurista contempla o fenômeno social.

Aliás, neste exame, desponta séria pendência que diz respeito à justificação da Pena ou Medida de Segurança³¹ na hipótese concreta, já atalhando a infinita controvérsia sobre os fins da pena. Noutros termos, qual o formato da reprimenda penal para surtir o efeito aqui almejado, não necessariamente consubstanciado numa idéia metafísica de justiça. Assim, qual o resultado aguardado da sanção na vida futura da sociedade, quais seus motivos e fins, qual a normalização e o equilíbrio tencionados, qual o grau de agastamento da consciência normativa geral, o que o fato delituoso revela, mormente se ponderados os diversificados sujeitos ativos envolvidos.

³¹E, notadamente, no que tange às Pessoas Jurídicas, as diferentes maneiras de atuação penal, desde aquelas voltadas aos órgãos ou gestores responsáveis como aquelas alcançando as multas ou demais medidas jurídicas sobre seu patrimônio. Este último tópico, em concordância ao juízo de que os danos produzidos ao Bem Jurídico, não advêm, fundamentalmente, daquelas reconhecíveis figuras dos criminosos marginais mas sim, do próprio sistema econômico, que sacrificaria indubitavelmente o indivíduo pressuposto em prol do balanço. E, em consonância à ruptura da forma de organização que, a partir da divisão de trabalho, fragmenta a cogente tríade da ação, da decisão e do conhecimento delituosos (Neste sentido, checar, dentre outras, a *curatela temporal da empresa*. SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2, p. 154).

E, todo este debate faz-se obrigatório mesmo porque existem projetos de lei, os mais diferenciados, tramitando por longo tempo na Casa Legislativa Maior.

Por óbvio, o cuidado tanto com a técnica legislativa – cuja linguagem deve ser precisa e flexível ao mesmo tempo³² – quanto com o merecimento das proposituras, para obstaculizar resultados ruinosos para o *meio ambiente ao final*, ou até, para a segurança e certeza jurídica é inegável, havendo sólida possibilidade em concorrer com idéias para a resolução de tão judicioso obstáculo social, isto é, a Biopirataria.

A Relação de Causalidade e a Imputação do Resultado encontram-se proximamente vincadas à elaboração do Tipo Penal, no atinente à escolha político-criminal de supor cuidar-se de crime de resultado ou não, em todas as suas possibilidades apenatórias, com derradeira contemplação ao Bem Jurídico elegido, já atingindo também, a questão do crime consumado.

De sabença, ao Tipo Objetivo pertence sempre o referimento a um Sujeito Ativo do Crime, a uma Ação Típica e, por norma geral, igualmente, à narração de um Resultado Apenado³³.

Destarte, a estrutura e o conteúdo do Tipo Objetivo enredam em distinções minudenciadas na Classificação do Delito. Enfim, a proeminência desta ordenação classificatória diz respeito à limitação da responsabilidade penal com fulcro no fim de defesa da norma legal.

Dentre estas classes, sobrepõe-se aquela que pertence à previsão ou não da figura culposa. E avança-se para a interrogação do Tipo Subjetivo que novamente se liga à primitiva contenda do Bem Jurídico.

Esgotados todos estes passos, e outros que ainda se farão descobertos, ter-se-á granjeado o objetivo que reside no próprio Título desta tese, podendo-se ultimar, *ou não*, com final proposta legislativa.

³²GRECO FILHO, Vicente. Crime: essência e técnica. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 11, jul./set. 2002.

³³ROXIN, Claus. op. cit., p. 304.

2. INTERAÇÃO HOMEM E AMBIENTE

Há que se refletir sobre a crise ecológica, entendida esta como nosso crítico e ameaçador relacionamento com a Natureza, bastante longínqua de quaisquer arquétipos de eticidade. São problematizações sistêmicas, interligadas e interdependentes, cuja resolução requer novo tipo de pensamento ecológico identificado com originais valores, assinalando para um correspondente paradigma de vertente holística.

Seguramente, no contexto da sociedade pós-moderna (complexa, globalizada, de risco), se paradoxalmente, obtivemos êxito em superar fronteiras insonháveis, contudo, estamos reduzidos na essência. Também, esta pós-modernidade evidenciou a inabilidade da norma jurídica para cuidar de controvérsias em sistemas, impondo releituras e construção de novel modelo de racionalidade.

Por conseguinte, em primeiro, mister fundar uma coexistência condizente entre Homem e Natureza, que se reflexione no Direito. Noutras palavras, estabelecer uma ética ecológica, com supedâneo na redescoberta de quem somos e de quem outros seres são.

Destarte, tal inteligência é ressaltante para a eleição de políticas hegemônicas numa práxis social.

Mas, imprescindível é o prévio axioma filosófico, porque o Direito, vinculando-se à Deontologia, tem seus alicerces que radicam em universais que se sagram como princípios. Ao consignar ditames, o Direito então, deve ordenar a desordem universal armada sobre a Natureza. Para tanto, todo o seu processo normativista é revisto a partir de uma racionalidade não-instrumental, redefinindo direitos e obrigações.

Esta análise da crise ambiental deve examinar e problematizar nossa imagem da natureza, livrando o pensamento ecológico para as críticas, elevando-o à dinâmica delicada da vida.

Afloram propostas que impingem novo olhar, notadamente na cultura antropocêntrica.

Tal inquietação com o ambiente principia-se há muito, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, desde o século XVIII em virtude do desenvolvimento econômico capitalista e, na Alemanha, nos primórdios do século XIX, em virtude da exploração das florestas alternativas.

Mais proximamente, com as catástrofes ambientais das últimas décadas, tais como a de Seveso, de Bhopal, de Chernobyl Basel, a do vazamento de petróleo de Valdez e do Golfo do México, de Fukushima etc., esta conscientização atinge níveis nunca dantes observados em toda a Europa e Estados Unidos, entrando para a agenda pública mundial.

Por óbvio, inestimáveis igualmente são os danos cumulativos, gerados por numerosos poluentes de segundo plano, diuturnamente.

Destarte, a situação é gravíssima: há comprometimento de toda a biosfera, incluindo aí, a vida humana (em sua integridade física, mental, social e cultural), a fauna e a flora, devastação de florestas, redução da área própria à agricultura, acrescentamento de resíduos lançados nos solos, águas e ar.

Aliás, as pessoas que vivem este século, sujeitam-se ao perigo de, em poucos anos, defrontarem-se já com calamidades, não havendo que se falar em responsabilidade intergeracional.

A deterioração do ambiente provoca infalível impacto nas sociedades humanas. Galga um patamar inimaginável a perigosa questão dos riscos ambientais globais, para cuja propagação, com certeza, todos nós cotizamos.

Inarredável que a nocividade do comportamento humano na natureza desfigura fortemente a fundação de todas as demais espécies, inclusive da própria espécie *homo sapiens*.

É comum que as pessoas só se intranquilizem com o embaraço ambiental quando o concebem como um perigo para a *sua* qualidade de vida. O exaurimento da genética ou, por outro lado, sua coisificação quando do patenteamento e ainda, a perda da diversidade em razão da falência do meio ambiente, exemplificando, são assuntos remotos. Parecem esquecer que inexistente um confronto entre a dimensão pessoal do Meio Ambiente e sua dimensão coletiva.

De outro modo, sob uma ótica cínica, sustentável mesmo a continuidade do arrasamento eis que sempre se poderia descobrir novo habitat, descartando portanto, o planeta Terra.

Assim sendo, mister uma reflexão ética para diretrizes de legislação ambiental e administração dos recursos naturais.

Na pós-modernidade portanto, a solução para tais questionamentos perpassa por disciplinas como a bioética e, por motes basilares da filosofia, pela retentiva do transcendente, daquilo que ultrapassa nosso prosaico emprego de racionalidade. A energia hodierna é no sentido da desconstrução do ideal racional ilustrado em benefício do homem e do meio ambiente.

Na investigação acerca do caótico estado de nossos tempos, chegar-se-á, na contigüidade, à Revolução Industrial, que abalizou a transição entre a sociedade agrícola-artesanal do século XVIII para a sociedade urbano-industrial e que modificou densamente as relações de produção, exatamente entre 1750 e 1830, tornada possível na medida de outra brutal manifestação contra o feudalismo, qual seja, a Revolução Francesa (1789/1794).

Arraigadas as dificuldades, mais presentemente, alcançam-se os marcos ambientais do século XX.

Na Conferência de Estocolmo fosforecem manifestações tendentes ao equilíbrio ecológico (crescimento econômico e envergadura dos ecossistemas, leia-se: “crescer sem destruir”), à educação ambiental, à prevenção e à precaução e à recomposição, ou seja, a novos paradigmas. Porém, sabidamente, todas insuficientes.

O desenvolvimento sustentável vem ao mundo com o Relatório da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, preparatório à Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD ou ECO 92), que se reuniu no Rio de Janeiro, em junho de 1992, para celebrar os vinte anos de Estocolmo. Esse documento, conhecido como Relatório Brundtland, tinha por título oficial “Nosso Futuro Comum” (Our common future).

E, mais recentemente, tem-se outra Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, realizada de 13 a 22 de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio+20 assim conhecida porque marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92 ou Rio-92). Contudo, após seu término, de novo, surgem impressões de insucesso³⁴.

³⁴FLECK, Isabel. Secretário-geral da ONU esperava documento 'mais ambicioso'. *Folha.com*, São Paulo, 20 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1107527-secretario-geral-da-onu-esperava-documento-mais-ambicioso.shtml>>. Acesso em: 26 out. 2012.

Toda esta criação não resiste contudo, a uma permanente cosmovisão antropocêntrica, apesar de subjugar as ações antrópicas à capacidade do ecossistema planetário atendente das demandas humanas. Noutros termos, debate-se se toda a questão da Natureza, cinge-se única e exclusivamente ao seu potencial, ou não, de atendimento das necessidades do homem.

Principalmente em virtude das polêmicas suscitadas pela biotecnologia e pois, do valor Vida, sucede um abalo no jugo do antropocentrismo, e surge então, o biocentrismo. O valor Vida é alçado a referencial.

O alargamento da racionalidade crítica sobre a condição de um planeta transnacional incita a noção de ética global.

Por deslinde, inicia-se o ecocentrismo, no qual todas as apreensões (científicas, políticas, econômicas, culturais, etc.) voltam para a *oikos*, ou seja, para a Terra, como sistema vivo³⁵.

Em verdade, com a inquietante perda da Biodiversidade, um contingente de filósofos abdicou da dominante tradição ocidental - perspectiva antropocêntrica - e teceu valor em si para outras entidades³⁶.

³⁵Cf. TEORIA de Gaia de James Lovelock. Disponível em: <http://www.ecolo.org/lovelock/what_is_Gaia_sp.html>. Acesso em: 19 jul. 2011.

³⁶Assim: a todos os entes sensíveis (Singer, Regan); a todos os seres vivos (Taylor); as espécies (Callicott, Rolston, Johnson, Westra); aos processos evolutivos (Rolston); a terra (Leopold: A ética da Terra. A probabilidade evolucionista dissolve as razões filosóficas que criaram um abismo entre o ser humano e os outros organismos); a biodiversidade (Soulé, Ehrenfeld).

E ainda, aprofundando este ponto, preleciona Pedro Celso Campos: “O termo ‘ecologia profunda’ (*deep ecology*) foi utilizado no início da década de 70 pelo filósofo norueguês Arne Naess para esclarecer esse debate originado em Leopold, significando, hoje, um movimento mundial que está na raiz do ativismo radical de entidades como o *Greenpeace*, o *Earth first*, o *Sierra Club*, alguns Partidos Verdes (principalmente na França e na Alemanha), além de filósofos populares como Hans Jonas ou Michel Serres. A escola de Naess faz uma distinção entre ‘ecologia rasa’ e ‘ecologia profunda’. A primeira é antropocêntrica, o homem está acima da natureza, é fonte de todos os valores. Ele atribui à natureza um valor de uso. A natureza é objeto a ser consumido. Esta é a corrente que levou o princípio da ‘dominação bíblica’ ao pé da letra e que nem de longe aceitaria o protesto ecológico de um Francisco de Assis cultuando a água como ‘irmã’. Do ponto de vista das nações, trata-se do desenvolvimento a qualquer preço. Mesmo algumas empresas que poluem, praticam essa ‘ecologia rasa’ na tentativa de ‘clarear’ o seu produto junto à sociedade ou ao mercado de consumo. Trata-se de um termo que corresponderia, em Leopold, à corrente ‘conservacionista’ do ambientalismo internacional.

A outra distinção de Naess, para designar os que pregam uma mudança radical no comportamento ambiental, ainda a partir de Leopold, é a ‘ecologia profunda’. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. Ela reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. Portanto, a natureza é sujeito da vida, não objeto. É ela que alimenta o homem, e não o contrário. Ela sustenta a vida, regulando o equilíbrio do sistema onde o homem é apenas um ser dependente.”. CAMPOS, Pedro Celso. *Ecologia humana: o pressuposto da ética na preservação do meio ambiente: breve história sobre origens e conceitos do movimento ambientalista*. Disponível em: <<http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/ecologiaetica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

Ora, forçoso enfatizar que, as diversificadas abordagens originam-se fortemente em um vocábulo desse trinômio: *anthropos, bios, oikos*.

Em primeiro, o Antropocentrismo.

Na etimologia, trata-se de vocábulo híbrido de composição greco-latina, aparecido na língua francesa em 1907. Assim, do grego: *anthropos*, o homem (como ser humano, como espécie) e do latim: *centrum, centricum*, o centro, o cêntrico, o centrado.

Antropocêntrico traduz por conseguinte, o pensamento que eleva o Homem ao centro de um determinado universo, em cuja órbita gravitam os demais seres subalternos. O Homem é o eixo capital do mundo experimentado, máxima de valores. Cria-se relação nitidamente antagônica e de superioridade, restando aos outros, uma instrumentalidade desvalorada.

Não se mira o fato de que o Homem - valor absoluto - é parte integrante dessa mesma ecologia - valor relativo -. A ilogicidade desta visão dá-se porque o relativo extrapola o absoluto que cabe, com sobras, no relativo.

Sustenta-se enfim, que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores, negando à Natureza o seu valor intrínseco, nada obstante este seja repisado cada vez mais pela Ciência e pela Ética.

Com enorme penetração no mundo ocidental em razão das posições racionalistas, partindo-se da premissa que a *ratio* é predicado privativo do Homem e constitui-se no valor maior e determinante da finalidade das coisas.

Já o pensamento romântico, que censurava o capitalismo em ascensão, nos séculos XVII e XVIII, entremostra as origens do Ecocentrismo. Entretanto, nos estertores do século passado, deu-se seu aumento como corrente de pensamento, indicando a hora dos direitos da Natureza, concretizando algo dantes impensável.

Assim, a ecologia de cunho ecocêntrico repudia necessariamente a visão dualista dos humanos e da natureza pugnando que os seres humanos são essencialmente uma parte do ambiente natural, tudo compondo uma única entidade. Aliás, há um valor intrínseco da Natureza que impinge uma vida de todos em harmonia com seus múltiplos e ricos ritmos.

A conexão deste paradigma não é hierarquizada, vertical, de mando, mas sim, igualitária, horizontal, de responsabilidade comum pela preservação da vida, afinal, inescapável para todos se os processos vitais perecerem. Tratar-se-ia de uma rede sistêmica da vida. Todos são iguais diante do imperativo categórico da continuidade da vida.

A Ecologia, compreendida como ciência ou meio ambiente, trata, em verdade, dos conhecimentos e das interações dos seres que compõem organizadamente o ecossistema planetário. Assim, o homem não é a medida de todas as coisas³⁷, nem mesmo a referência maior para a Natureza. Ao reverso, a Natureza, com seus regramentos inexoráveis, obriga o homem, como espécie contextualizada do mundo.

Noutras palavras, o ambiente é realidade sensível de seres que se relacionam entre si, em processo ininterrupto, compondo uma rede. O homem não é distinto dessa cadeia.

Para encerrar, o homem deveria ser um mediador entre o Criador e as criaturas³⁸, sendo ele próprio uma criatura, um co-ordenador do Universo e vassalo obediente às suas leis.

Esta linha de posicionamento visa uma Epistemologia, uma metafísica, uma Cosmologia e uma ética ambiental novas.

A cosmovisão ecocêntrica contudo, é intimamente desconfortável posto que imporia a seres humanos, sociedades e Poder Público uma gigantesca alteração civilizatória, expelindo a todos do cotidiano acertado e instrumentalizado.

E, facilmente, ao inverter as polaridades, pode-se incorrer no desvio de tomar o homem como objeto da natureza.

Imperioso então, ajustar um comportamento ambientalmente correto, inclusive educando para, dentre outras coisas, um consumo ético, valoroso da cultura e dos costumes nacionais, num contexto de natureza complexa e viva.

Já com a ênfase direcionada para a vida e todos os seus caracteres, passa a existir o Biocentrismo.

³⁷Como pregava Protágoras (490-420 a.C.), filósofo grego, Sofista mais conhecido. Introduziu a problemática antropológica na Filosofia.

³⁸Como o “demiurgo” de Platão (429-347 a.C.), Filósofo e matemático do período clássico da Grécia Antiga, autor de diversos diálogos filosóficos. Juntamente com seu mentor, Sócrates, e seu pupilo, Aristóteles, Platão ajudou a construir os alicerces da filosofia natural, da ciência e da filosofia ocidental.

Destarte, se nos moldes da ética ecocêntrica, na qual somente as espécies importam, permitindo-se exterminar a vida de todo indivíduo, quando perturbador da vida de alguma espécie, distintamente aqui, a vida dos indivíduos conta, mesmo que sua presença implique conflitos para aqueles que os rodeiam.

A ética biocêntrica insta a que seja considerado o valor inerente à vida de cada indivíduo, não significando isso que em hipótese alguma uma vida não possa ser descartada. A justificativa ética, sensata e razoável todavia, pela qual uma vida pode ser exterminada, deve ser uma razão crítica, refutando-se a hipótese de que interesses comerciais, estéticos, científicos, etc. possam prestar-se como manto absoluto para tanto, valendo para humanos, animais não humanos e ecossistemas naturais.

Assim, justa a preservação da estabilidade, da integridade e da beleza da magnífica comunidade biótica cujo funcionamento nunca será totalmente entendido, sendo todavia, precioso reformar e ampliar as concepções éticas tradicionais, perfilhando as inovações apresentadas pela ecologia e a vivência de valor além do homem.

A multiplicidade de tons que transcorre o pensamento do movimento ambientalista, seguramente está mais a frente da simples oposição binária: forças sustentabilistas versus forças desenvolvimentistas.

De fato, em tempos de preservacionismo, torna-se intrincado qualquer prédica desarrazoada contemplativa de um direito humano a destruir a natureza, ou um sincero desprezo, asseverando que se poderia avançar em evolução tecnológica porque os reptos são sempre vencidos. Os níveis de ameaça e arrogância do ser humano contudo, são infindáveis, reservando também, somente ao plano do discurso midiático, as duras ações modificativas.

Verdadeiramente, o ser humano não tem influxo o bastante para, através da ciência, reverter integralmente o estágio hodierno mesmo porque a presente configuração de vida é insustentável.

A prática correta de uma ética ecocêntrica ou biocêntrica não induz à exploração do ser humano pelo ambiente porque, indissociável dele.

Tal debate aliás, remata a proeminência da proteção ambiental (indireta ou direta), da tutela enérgica ao ambiente.

Sobre esta novel ética ambiental, ilustra Eduardo Ramalho Rabenhorst:

Afinal, mesmo que toda atitude valorativa seja humana, o homem pode atribuir à natureza um valor que não seja auto-referencial, isto é, um valor que não traduza apenas os interesses humanos (como bem reconhece a Convenção sobre a diversidade biológica, todo ser vivo, pelo simples fato de existir e desenvolver estratégias complexas para conservar a vida e reproduzir-se, tem um valor inerente, independente do que possa proporcionar à espécie humana).³⁹

Parece exato que, ao final, não se pode prescindir do respeito aos homens e à natureza.

Noutras palavras, indispensável uma revisitação à concepção de comunidade, agora com uma polis planetária em congraçamento constante de homens entre homens e de homens com a natureza, incompatível com um rígido conservacionismo, incapaz de lograr alternativas. Se todos arcarão com os prejuízos ambientais, na sociedade pós-moderna, recorde-se, globalizada, a normatividade postula o direito de deliberação advindo da completude social, e primordialmente, com direito à adoção das medidas que apresentem o *menor custo moral*⁴⁰ para esta mesma comunidade.

³⁹RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. Breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (Orgs.). *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: UFPB, 2007. p. 209-230. Disponível em: <http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_line/educacao_em_direitos_humanos/14%20-%20Cap%202%20Artigo%206.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012. p. 227.

⁴⁰Cf. questão da patenteabilidade de partes ou do todo de seres não-humanos, da “eugenia liberal” e dos xenotransplantes. Quanto a este último aspecto: “Lo que está claro, sin embargo, es que incluso si uno considera estas prácticas admisibles, el sacrificio de otros animales que las mismas implican debería dar lugar a un arrepentimiento moral, dado su valor. El coste ético de estos procedimientos no ha de olvidarse. Ello conduce a considerar que existen alternativas y medios con un menor coste moral para llegar a las mismas metas en estos casos, deberíamos adoptarlos, incluso quizás si ello conlleva una menor efectividad. Esta es una importante consideración en el caso de xenoinjertos donde existen fuentes alternativas de órganos... el xenoinjerto únicamente resulta aceptable desde el punto de vista ético si hemos llegado a la conclusión de que nada más se puede hacer para incrementar la cantidad de órganos disponibles por otras vías, que impliquen un menor coste moral.” (ENGELS, Eve-Marie. op. cit., p. 322).

3. DIREITO PENAL AMBIENTAL

Debater-se-á o imperativo do Direito Penal no amparo ao Meio Ambiente.

Em primeiro, mister definir-se ambiente.

Há dispositivo legal explícito em nosso ordenamento neste sentido - artigo 3º. da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) - que assim prescreve: “*conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.

Assim, esta influência mútua de elementos naturais - base original da vida humana – que podem ser agregados aos demais elementos artificiais e culturais é o escopo mais abrangente do tema⁴¹. Convém salientar que, em última instância está a se referir ao ecossistema que mantém a vida em termos imaginados.

Tem-se que se está a palestrar, em primeiro, acerca do Ambiente que não se perfaz unicamente a partir de elementos naturais, mas, bem assim de elementos artificiais e culturais que sustentam a vida.

Destarte, o norte preconizado pela Constituição da Republica Federativa do Brasil, nesta seara, é de seu amparo integral não bastasse a precedente superior exigência de justiça.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental à boa condição de vida (artigo 225 da Constituição da República), a ponto de impor-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações. A preservação da espécie depende da sustentação ambiental. Logo, esse bem de extremada importância, caberia no Direito Penal.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 reservou capítulo próprio ao meio ambiente - Capítulo VI, Título VIII (“Da Ordem Social”) - estabelecendo em seu artigo 225, *caput*, que: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo 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*”.

⁴¹A palavra ambiente tem origem no latim, *ambiens, entis* significando o que rodeia, meio em que vivemos ou ao redor do ambiente.

E, especialmente no que concerne ao objeto da tese, vale recordar o inciso II do parágrafo 1º do mesmo dispositivo que assim prediz: “*Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”.

A defesa do ambiente foi consagrada, ainda, em diversos outros dispositivos, *ad exemplum*, o artigo 170, inciso VI da Carta Magna como um dos princípios da ordem econômica, coexistindo e interagindo esses conceitos harmonicamente no âmbito constitucional, não se traduzindo entretanto, em mero recurso de produção.

Na linha do abrigo integral ao bem ambiental, preconizada pelo já citado dispositivo da Constituição da República, deve-se entender que sua tutela atentar-se-á aos postulados da responsabilidade civil, aos princípios de direito penal e informar-se-á pelas regras do administrativo (artigo 225, parágrafo 3º, c.c. o *caput*, *in fine*: “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”). Somente um enfoque amplo e includente assistirá ao princípio constitucional da proteção integral. O que ora se denomina responsabilidade ambiental é uma visão mais global da tutela do ambiente.

Aliás, tamanha positividade reforça a presença de um prévio direito natural, de uma exigência superior de justiça que afiança tal tutela, refletindo, primordialmente após a revolução industrial, um desassossego cotidiano mundial⁴².

Em síntese, está-se diante do princípio do limite, que se traduz no dever da Administração em impor balizas às pessoas com a consequente, responsabilização. Foi melhor demarcado posteriormente na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992:

⁴²Se para os romanos, os recursos naturais - *res communi* - podiam ser usados por todos sem óbices para o emprego e até em abuso destes bens, com o progresso e a exploração acelerada das fontes de energia e matéria-prima e a degradação do ambiente, nasce aparente conflito. Diz-se aparente porque ao final, mister precaver ações que possam destruir não somente uma sadia qualidade de vida como a própria vida atual e futura.

*Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados, ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.*⁴³

E, mais proximamente na Rio +20:

*Nosotros, los Jefes de Estado y de Gobierno y los representantes de alto nivel, habiéndonos reunido en Río de Janeiro (Brasil) entre el 20 y el 22 de junio de 2012, con la plena participación de la sociedad civil, renovamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible y de la promoción de un futuro económico, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras.*⁴⁴

E, para falar-se em Biodiversidade:

Reconocemos que la adopción de medidas urgentes en relación con las modalidades insostenibles de producción y consumo, cuando ocurran, sigue siendo fundamental para ocuparse de la sostenibilidad ambiental y promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y los ecosistemas, la regeneración de los recursos naturales y la promoción de un crecimiento mundial inclusivo y equitativo.

(...)

Reafirmamos el valor intrínseco de la diversidad biológica, así como los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y el papel primordial que desempeña en el mantenimiento de ecosistemas que prestan servicios esenciales, que son bases fundamentales para el desarrollo sostenible y el bienestar humano. Reconocemos la gravedad de la pérdida mundial de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas y ponemos de relieve que socavan el desarrollo mundial, afectan a la seguridad alimentaria y la nutrición, el abastecimiento de agua y el acceso al agua, la salud de los pobres del medio rural y de los pueblos de todo el mundo, incluidas las generaciones presentes y futuras. Esto resalta la importancia de conservar la biodiversidad, reforzar la conectividad del hábitat y consolidar la resiliencia de los ecosistemas. Reconocemos que los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales aportan una contribución importante a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad y su aplicación más amplia puede apoyar el bienestar social y los medios de vida sostenibles. Reconocemos también que los

⁴³NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

⁴⁴NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20. Rio de Janeiro, jun. 2012. *El futuro que queremos*. Documento final de la Conferencia. Disponível em: <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

*pueblos indígenas y las comunidades locales a menudo son los que más directamente dependen de la biodiversidad y los ecosistemas, y por tanto, frecuentemente son los más inmediatamente afectados por su pérdida y degradación.*⁴⁵

Lança, portanto, que aos Governos cabe a obrigação de fixar parâmetros de comportamento, impingindo limites às pessoas físicas e jurídicas, de Direito Público ou Privado, com as respectivas sanções, através de responsabilização administrativa, civil e também, penal. Tudo em razão do consabido risco que a humanidade corre e cravando afinal, todas as medidas de precaução disponíveis ou ainda a serem criadas.

Aliás, uma gestão, integrada por todos os interessados, inclusive atores internacionais, de regras, organismos e maquinaria, poderia, em muito, auxiliar nas questões ambientais por todo o mundo, não apenas no que pertence à diminuição da biodiversidade, mas também no que tange às mudanças climáticas, à desertificação, à crise mundial da água, ao uso indiscriminado dos recursos não renováveis, etc., como igualmente solver controvérsias conexas, de forma única com o desenvolvimento⁴⁶. De outro modo, por exemplo, apenas uma Lei Internacional sobre o Meio Ambiente já teria o condão de influenciar os ordenamentos nacionais.

Destarte, em princípio, sendo meio ambiente bem jurídico de grandeza constitucional ter-se-ia margem de liberdade à legislação ordinária na aceção da criminalização.

Percebe-se que não se está a esmiuçar as infundáveis teorias acerca do assunto bem jurídico penalmente relevante⁴⁷ ou a especificar o ajuste do meio ambiente em casta dogmática distinta desta, qual seja, como sujeito passivo dos crimes ambientais⁴⁸ ou até a

⁴⁵NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20. Rio de Janeiro, jun. 2012, cit.

⁴⁶POSTIGLIONE, Amedeo. *Global Environmental Governance: the need for an International Environmental Agency and an International Court of the Environmental*. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 2010. p. 117.

⁴⁷Os enfoques podem encarar o bem jurídico como preexistente à própria ordem jurídica ou com natureza funcional (exercendo efeitos sobre a coesão social) ou sistêmica (garantindo a existência do sistema como um todo contra fatos de alta nocividade social) ou como simples interesse (Lizst e Hassemmer, dentre outros), como interesse e bem (Rocco, entre outros), ou como situação (Welzel especialmente), ou fins normativos (Honig, Schwinge e Grünhut), ou, como circunstâncias fáticas funcionais ou finalidades (Mestre Roxin), ou ainda, valores (Mestre Jescheck) ou, como objeto (Marx) ou como exigência de respeito (Schmidhäuser),... Para obstar tamanha incerteza de conteúdo, alcança-se a constitucionalização do bem jurídico.

⁴⁸A tendência *deep ecology* (ecologia radical ou profunda) consiste num movimento filosófico-cultural que objetiva destruir a posição antropocêntrica de mundo. De forma holística, o homem, ao lado dos demais elementos naturais, tais como, solo, água, ar, plantas e animais é somente mais um membro de uma comunidade biótica, integrante, portanto, da natureza ou do meio ambiente, este sim, titular de direitos. A

substituição do conceito de crime como “lesão ao bem jurídico” pela ideação da “violação do dever”⁴⁹ mas se parte da primária concepção de que duram injunções constitucionais expressas e, portanto, de valores jurídico-constitucionais dignos de tipologia penal sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, a enormidade dos bens abarcados no assunto ecologia impinge obstáculos na identificação do bem jurídico ambiental. Destarte, o conceito de ambiente está sim, atrelado à imprescindível investigação científica, nada obstante sua individualização a partir das idéias que permeiam o tema possa ser mais simples. Noutras palavras, os delitos pretendem conservar ou assegurar o meio ambiente e seus bens naturais ou ainda, instrumentalizar a existência de supostos bens mais importantes - vida e saúde das pessoas -, e, neste caso, relegando tudo aquilo que não é humano à categoria de meros recursos, focando o homem como mote da política ambiental num intenso antropocentrismo⁵⁰.

O Estado exclusivamente fará incidir a sanção criminal quando verificar a indispensabilidade da proteção a ser dada ao bem jurídico essencial, ou seja, a necessidade concreta de proteção pela via sancionatória penal. Não é só pelo fato de ocorrer a violação do bem jurídico efetivo que se viabilizará a sanção penal, pois essa somente ocorrerá quando for indispensável. Constitui, portanto, o Direito Penal em verdade, a *ultima ratio*⁵¹

Constituição Suíça, por exemplo, perfilha absolutamente a dignidade da criatura, seja ela uma planta ou um animal. Destarte, o meio ambiente, a coletividade e a humanidade seriam de fato co-portadores de valores ecológicos independentes (equilíbrio ecológico, vida animal, biodiversidade,...).

⁴⁹Lê Luis Jiménez de Asúa: “Los tiempos en que la doctrina del bien jurídico se considero como pieza indispensable del Derecho penal, viéronse seguidos por la moda totalitaria, en que fueron radicalmente negados. No solo ocurrió así entre los penalistas del Tercer Reich – Schaffstein, Dahm, etc. – sino entre sus seguidores españoles, que reemplazaron el concepto del delito como ‘lesión del bien jurídico’, por el de ‘violación del deber’ (Dahm).” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal: concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., [1965?]. t. 1, p. 39).

⁵⁰Pondera Ivette Senise Ferreira: “A complexidade dos bens e interesses compreendidos na matéria ecológica às vezes torna difícil individualizar o bem jurídico tutelado nos tipos penais ecológicos, embora se possa sempre identificá-lo pela idéia, neles contida, de conservar ou assegurar de alguma forma a preservação do meio ambiente e dos bens naturais. Apresentam-se freqüentemente como delitos pluriativos, relacionando inúmeras condutas ou inúmeros objetos jurídicos, tutelados de forma direta. Todavia, outros fazem referência a bens naturais, como a água, o ar, a fauna, apenas como meios de assegurar a integridade de bens mais elevados, como a vida, ou a saúde das pessoas. Ou então a própria preservação de toda a natureza é feita através da incriminação de atividades potencialmente perigosas, como acontece nos crimes relacionados com as atividades nucleares.” (in FERREIRA, Ivette Senise. *O direito penal ambiental*. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m07-009.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008).

⁵¹Cf. crítica de Schünemann. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2. p. 96-98, em que enfatiza que, por vezes, o Direito Penal não se constitui em medida mais gravosa se comparada ao Direito Administrativo. Depois, que o Direito Penal pode ser medida única e eficaz para controle. Destarte, a fórmula *ultima ratio* depende do caso concreto, não sendo verdade absoluta, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

da política criminal e sua interferência é absolutamente subsidiária.

O Direito Penal, num primeiro momento, que é do tipo penal incriminador, exerce a função de proteção de bens jurídicos essenciais, protegendo, v.g., a vida ao estabelecer tipificações cujas normas proíbem atentados contra esse bem fundamental. A função do Direito Penal deve ser acrescentada do vocábulo indispensável⁵².

Está-se, afinal, a discorrer sobre o critério da carência da tutela penal.

Recorremos ao ministério de Figueiredo Dias que alude ao princípio da proibição do excesso. Isto significa que o Direito Penal ao empregar os instrumentos mais corrosivos para os direitos das pessoas, só pode intervir nas hipóteses em que todos, repise-se, todos os demais meios desvendaram-se inócuos⁵³.

De fato, no entanto, a questão do papel do direito penal na proteção do meio ambiente constitui um problema novo e controvertido. Ele põe em causa os fundamentos e a legitimação da intervenção penal, a idoneidade dos seus instrumentos, os caminhos do labor jurídico-científico que sobre ela se exerce. Com efeito, mister observar, no Direito Penal Ambiental, o grande número de tipos penais de perigo, o caráter de criminalidade difusa, a antecipação do momento consumativo em variados crimes, pugnando a princípio por um discurso de ataque aos ditames da necessidade e da lesividade⁵⁴.

⁵²Ensina LUIGI FERRAJOLI a respeito: "el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que consiguientemente, se configura como un sistema de poder non controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación e de anulación" E encerra: "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo esta, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune" . (in FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1997. p. 105-106).

⁵³“A limitação da intervenção penal acabada de referir (mesmo independentemente do mandamento expresse contido no art. 18º. – 2 da CRP) derivaria sempre aliás, do princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*, que, como é sabido, faz parte dos princípios inerentes ao Estado de Direito. Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular da política jurídica, se revelem *insuficientes e inadequados*. Quando assim não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação ao princípio da *proibição de excesso* (...).” (in DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 78).

⁵⁴Preleciona HASSEMER: "Pero, ante todo, se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente, y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios ya no son de ponderación firme también en los 'tiempos de necesidad', pierden su valor para nuestra cultura jurídica (...). Por último, hay que preguntarse si un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá – a largo

Aliás, neste ponto, depreende-se severa altercação porque ao se deparar com bens jurídicos superindividuais, dispersos pela sociedade civil, o Direito Penal Clássico se sujeitaria à análise crítica.

A contenda perpassa pelos déficits de eficiência do Direito Penal Clássico ao tentar obstaculizar novas modalidades delitivas em novos macrorriscos sociais que acarretam a macrovitimização, numa sociedade pós-moderna; ao proteger bens jurídicos supraindividuais, coletivos ou difusos, salvaguardando interesses múltiplos contra ataques insuportáveis; bancando todo um instrumental que se vale de técnicas variadas, *ad exemplum*, do perigo abstrato, sempre impugnado.

Além disso, está-se a usar terminologia alemã – *Vorfeldschutz* – ou seja, campo-de-proteção-antecipada que indica a feitura de tipos penais de perigo abstrato protetores de bens jurídicos difusos, valorando na verdade, o perigo ou risco para o bem jurídico.

Assim, a qualidade destes bens jurídicos difusos ocasionaria dificuldade indiscutível em precisar o bem jurídico em cada ocorrência, a extensão da lesão e se por fim, houve tipicidade ou não.

Enfatiza-se aqui, um direito penal do risco ou direito penal secundário ou direito penal moderno.

Noutras palavras, há uma criminalidade estruturada e organizada que acarreta grandes riscos à humanidade: afronta ao meio ambiente e, mais especialmente, ao patrimônio genético, às atividades nucleares, às atividades econômicas e cibernéticas... A sociedade amedrontada aguarda do sistema penal providências drásticas viabilizando a adoção do dito "Direito Penal da Eficácia".

Assim, nasce um direito penal extravagante, de limites incertos mesmo porque cuida de áreas da vida social que representam igual margem de efeitos indefinidos, amplamente suscetível a mudanças.

E ainda, esta criminalidade contém uma característica ímpar: projeção de sua ação no tempo, viabilizando o dano às vítimas ultravirtuais, às gerações futuras. Daí,

plazo también ante los ojos de la población – su fuerza de convicción normativa e su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho. El derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más" . (in HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1998. p. 61).

fosforece a imprescindibilidade de proteção das gerações futuras, ditas vítimas de quarto grau. Afinal, a coletividade humana não está confinada à nossa geração, sendo nosso encargo a continuidade da espécie sob o espectro biológico, e também, histórico, cultural, econômico, etc.

Aliás, esta conceituação equívoca de gerações futuras reflete um antropocentrismo. Como dantes dito, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 põe o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações. A Lei nº 9.433/97, por modelo, aponta como objetivo da política nacional de recursos hídricos assegurar-se à atual e às futuras gerações a disponibilidade precisa deste recurso: água.

A inquietude com as futuras gerações ancora no pós-guerra, traduzida na Convenção Internacional de Regulamentação da Pesca da Baleia (1946), na Declaração de Estocolmo (1972) e nas Declarações do Rio 1992 e Rio +20⁵⁵. O enfoque alvitra auto-transcendência e atemporalidade. Assim, gerações passadas submeteram-se a hecatombes para as presentes e futuras. Contudo, incógnitos os imperativos do amanhã. Propugna-se afinal, a educação ambiental como um meio político indispensável às futuras gerações.

Indubitavelmente não se pode olvidar que há posicionamentos dissonantes no que concerne a esta inquietude quanta às futuras gerações, nada justificando pois, a preocupação em obstaculizar o acelerado caminho da extinção da espécie humana⁵⁶.

Por outro modo, no que tange à forma e modo como deve ocorrer a intervenção do direito penal, na tutela imediata dos valores ambientais, entende Figueiredo Dias que ela não tem por obrigação operar-se através de verdadeiros crimes ecológicos, a integrar no Código Penal ao lado dos outros crimes tradicionais, mas antes constar de legislação penal extravagante, constante, pois, do chamado direito penal secundário⁵⁷.

⁵⁵Cf. documento final: "Reconocemos que la oportunidad de que las personas influyan en sus vidas y su futuro, participen en la adopción de decisiones y expresen sus inquietudes es fundamental para el desarrollo sostenible. Subrayamos que el desarrollo sostenible exige medidas concretas y urgentes. Solo se puede lograr forjando una amplia alianza de las personas, los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado, trabajando juntos para lograr el futuro que queremos para las generaciones presentes y futuras." NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20. Rio de Janeiro, jun. 2012. *El futuro que queremos*. Documento final de la Conferencia, cit.

⁵⁶"Mas quem disse que é certo se preocupar com as futuras gerações? Por que seria mesmo tão importante evitar que se acelere o processo de extinção da espécie humana?". VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Ed. SENAC, 2007. p. 1.138.

⁵⁷Segundo a pena de Figueiredo Dias: "(...) o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins da política social ...é o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante, acessório ou secundário* (...)". (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 63).

E a desvantagem desta opção traduzida pela desvalorização da sua colocação numa linha de intervenção jurídico-penal sem a dignidade da incriminação do direito penal clássico seria compensada com a adequação, maleabilidade e mutabilidade com que hoje se transformam os critérios de avaliação de um ambiente sadio e evoluem, por exemplo, os fatores de natureza poluidora ou antipolvente.

Em seqüela das dificuldades descritas, com a deslegitimação do Direito Penal, que acarretaria maior violência que aquela a prevenir, surge a vetusta e simplória tese da abolição do direito penal, fundada em sua ineficácia em restaurar a ordem violada, numa preleção sobre o estado do Direito Penal e não sobre como deveria ser, de fato⁵⁸⁵⁹.

E que em determinadas searas toma outra vestimenta: a auto-regulação social, isto é, a eliminação de toda a heteroregamentação e da característica da coação que inevitavelmente a acompanha, conduzindo deste modo à prescindibilidade já não apenas do direito penal, mas de todo o Direito.

Também, há inteligência que confere a outros ramos de direito a tarefa de oferecer às gerações vindouras hipóteses acrescidas de subsistência e de progresso. Logo ao direito civil, muito mais indulgente que o direito penal na aferição da responsabilidade e muito menos exigente na sua individualização; e de resto, como direito privado, particularmente adequado ao tratamento de questões que, na sua grande maioria, emergem do mercado e têm nele a sua origem. Mas, sobretudo ao direito administrativo – porventura intensificado na sua vertente sancionatória –, a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares de situações conflitantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados; e que por isso estaria em posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais.

A imposição de sanções administrativas e civis quando da violação da legislação ambiental revela-se ineficiente para os casos em concreto e insuficiente para desacelerar o processo de degradação ambiental.

⁵⁸O Abolicionismo Penal pode representar uma indignação moral contra barbáries da Justiça Penal, educando, em verdade, a pensar sobre qualquer alternativa melhor que o Sistema Penal. PAVARINI, Massimo. Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo. *Dei Delitti e delle Pene*: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, anno 3, n. 3, p. 525-553, sett./dic. 1985.

⁵⁹Na verdade, haveria uma pacífica tendência em entender que o sistema penal deve resolver tudo e se não o faz, a problemática é do próprio sistema conjuntural. Cf. SANTIAGO NINO, Carlos; ZAFFARONI, E. Raúl. *¿Un debate sobre la pena*. Buenos Aires: Del Instituto, 2004. p. 27. Fichas del INECIP. (Fichas para el trabajo universitario). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56262190/fichaninozaffaroni>>. Acesso em: 28 out. 2012.

Quanto à ação administrativa na proteção ambiental, depreendem-se inúmeros problemas: há ausência de delimitação inconfundível do domínio de atividades dos numerosos órgãos ambientais talvez em razão da superposição de leis cujo deslinde é a sistemática nulificação dos autos infracionais administrativos ambientais gerada pela incompetência da autoridade administrativa; a fiscalização é inábil em grande parte pela descomunal concentração do sistema que tensiona o IBAMA, tornando-o lento; prescindem de previsão orçamentária, maior capacitação dos funcionários públicos, melhores instrumentos de manejo ecológico, mais numerosos e céleres tombamentos e, por vezes, atendimento do princípio da moralidade administrativa. A experiência brasileira mostra uma omissão enorme da Administração Pública na imposição de sanções administrativas diante das agressões ambientais.

Ainda há, no fechamento da temática os Termos de Ajustamento de Condutas (TAC's), isto é, instrumentos de solução consensual de conflito, desde a adequação legal da atividade à reparação de eventual dano⁶⁰.

Condutas comprovadamente lesivas ao ambiente nem sempre encontram adequação típica, e quando isso ocorre, na maioria das vezes caracterizam infração penal de menor potencial ofensivo ou menos ainda, simples contravenção, em especial quando o objeto jurídico é a flora.

É conveniente realçar que o Direito Penal não presta somente para firmar sanções penais para a violência de ditames contidos noutras searas do ordenamento, como um direito meramente sancionatório, sem qualquer caráter constitutivo, original e autônomo. O objeto de amparo entre os ramos penal, civil e administrativo é diverso. Há uma diferença ontológica.

Noutras palavras, existe distinção de conteúdo nos preceitos, reservando para o direito penal a salvaguarda de um valor social e não simplesmente privado ou de cunho administrativo. Assim, não se está a pretender retomada do *status quo ante* ou recomposição de um dano - direito civil - ou ainda, o livramento do organismo social de pessoas que afetam a sadia regência da comunidade - direito administrativo -, mas sim firmar de maneira contundente a autoridade estatal na proteção de interesses gerais.

⁶⁰“O entendimento jurisprudencial predominante, todavia, refuta alguma repercussão do ajustamento na esfera penal (leia-se, por exemplo, falta de justa causa, causa supralegal de exclusão de ilicitude ou de punibilidade, falta de interesse de agir, etc.) sob os fundamentos de ausência de previsão legal expressa e de independência das instâncias administrativa e criminal”. Cf. BARANDIER, Marcio. Repressão Criminal após o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 238, p. 14-15, set. 2012.

Por fim, não se olvidando das variadas hipóteses de precedência lógica de outros ramos do direito sobre o direito penal, ou seja, daquelas situações em que o imperativo é dotado de sanções administrativas e civis que se mostram precárias para a tutela do bem jurídico e daí, o surgimento da lei penal; há também que se considerar conjunturas substanciais absolutamente autônomas que demandam a proteção penal⁶¹.

De fato, ao direito penal resta jogar papel na proteção do meio ambiente, não se deslembrando do principal instrumento legislativo já existente: a Lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998 (Crimes Ambientais). Não se pode olvidar entretanto, de novo, que tal regulamentação faz-se frágil e primordialmente no que nos toca, inexistente para a problemática da Biopirataria.

Com seus caracteres repressivo e retributivo, mas inda, preventivo, o Direito Penal entremostra-se mais profícuo para reprovar atos de perigo ou de ataque à natureza e aos seus bens, intervindo quando falhas ou inócuas as providências administrativas ou civis.

A prevenção constitui o meio ideal para proteger o ambiente. Essa constatação, no entanto, acabou por diminuir a importância das medidas repressivas, aquelas que intervêm após o cometimento do dano. Entretanto, a função das medidas repressivas é basilar. Perpetram-se necessárias sanções penais com tratamento adequado, em caso de fracasso da prudência ou precaução.

De fato, um dos mais relevantes legados do pensamento liberal foi a apreensão do direito penal como face do respeito à dignidade e às liberdades fundamentais. Por conseguinte, tem-se o ilícito penal calcado na ofensa ao objeto protegido, ou seja, na concepção de dano ou perigo ao bem jurídico tutelado, afastando quaisquer censuras penais pautadas pela figura do autor ou em simples indisciplina aos ditames estatais.

⁶¹Dita o Mestre Giuseppe Bettiol: “Não há, por conseguinte, só razões formais, mas também razões de escopo, motivos substanciais, a mostrar que o direito penal tem uma autonomia e uma independência próprias. Ele pode, e até deve, desinteressar-se da situação extrapenal dos interesses que tutela, e daquilo que pode ser a repercussão civil dos imperativos que formula e que faz acompanhar da sanção penal. O direito penal proíbe que se maltratem os animais, ainda que próprios da pessoa; o direito penal proíbe (em tempo de guerra) a audição de transmissões radiofônicas de estações neutras ou inimigas; o direito penal proíbe as blasfêmias. Todos estes factos têm uma autonomia substancial absoluta, pelo que seria inútil procurar encontrar uma outra incriminação que, logicamente, deveria existir ou aparecer em territórios extrapenais. Sob a teoria do carácter sancionatório esconde-se uma mentalidade que é ‘corrossiva’ para a ciência do direito penal, pois se mostra decidida a mantê-la atrelada ao carro do direito civil. Mas se hoje se fala de um renascimento do pensamento penalístico, é necessário, antes de mais, proclamar a plena e absoluta autonomia do direito penal, com base em razões lógicas, ontológicas e funcionais. Qualquer outra consideração peca por formalismo, ou tem justificações históricas apenas aparentes.” (in BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 1970. t. 1, p. 177-178).

Por isto, os entraves no entendimento do direito penal ambiental, que ostenta intrincadas questões de peso - como a averiguação dos prejuízos que advém de inúmeros fatores ou o tempo diferido ou a relação causa-efeito de constatação árdua - retomam a válvula da violação dos deveres impostos pelo Estado favorecida pela fórmula dos crimes de perigo abstrato⁶² e pelos denominados crimes de acumulação⁶³.

Seja qual for a arquitetura típica que acabe por ser eleita, não existem artifícios dogmáticos capazes de ofuscar a dificuldade real que aqui se perfila. A saber, a de que a distância entre condutas em si mesmas insignificantes e lesões certas ou prováveis do bem jurídico difuso, todavia por elas (co)determinadas, são de tal maneira grandes que é a própria referência da conduta ao bem jurídico protegido que se torna questionável; e, por via disso, são princípios democráticos e constitucionais unanimemente aceites como devendo presidir à imputação penal, objetiva e subjetiva, que parecem beirar o colapso.

Contudo, a falta de efetividade da tutela penal ambiental possui diversas causas, não se restringindo à *falácia* da indevida eleição do código dos crimes de perigo.

A insuficiente técnica legislativa, descaso ou falta de compromisso ambiental de alguns aplicadores do direito, pouca clareza e certeza sobre limites de um grande número de conceitos indeterminados são apenas alguns dos itens que podemos citar inicialmente como motores do delicado direito penal ambiental.

⁶²Fábio Roberto D'Avila: "O critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na idéia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*, a ser constatada pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total - ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor -. Logo, uma realidade normativa não só diversa dos crimes de perigo concreto, nos quais se exige uma alta probabilidade de dano, mediante a realização de um duplo juízo de verificação, mas também diversa dos crimes de 'perigo (concreto) de proteção antecipada' ou 'crimes de idoneidade', nos quais, embora se dispense o juízo de verificação *ex post*, eis que se trata de uma espécie de perigo abstrato *lato sensu*, é preciso manter a exigência da alta probabilidade de dano. Uma realidade normativa que, colocada nesses termos, respeita a opção legislativa no sentido dos crimes de perigo abstrato e mantém a salutar diversidade de técnicas de tutela." In 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 Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 67, p. 39-40, 2007.

⁶³Prossegue em sua aula: "Os denominados *crimes de acumulação* chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral ou abstrata estaria associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas em relação ao objeto da tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomadas a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese da sua prática por um grande número de pessoas, ou ainda, na expressão de Herzog, 'onde iríamos parar, se todos fizessem o mesmo', se tornam extremamente danosas ao meio ambiente. Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico-penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstrato, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número." D'AVILA, Fábio Roberto. op. cit., p. 45.

As imponderações de um direito penal acicatado por manipulações simbólicas não podem redundar na restrição do Direito Penal ao seguro de bens jurídicos personalísticos, pouco profícuo em face da novel demanda social.

Novamente floresce a inquietude com o Direito penal simbólico. Quer isto dizer que o direito penal intervém, movido por boas intenções, prevendo comportamentos e penas que, só ocasionalmente e a título de exemplo, serão efetivamente preenchidas. O direito penal falha, deste modo, no seu pretenso encargo de prevenção geral, uma vez que sai abalada a confiança que a comunidade deve ter na efetividade do mesmo. Gera-se um perigoso sentimento de frustração na identidade jurídica. E desta frustração ao desrespeito pelas normas penais, dista um pequeno passo. Depressa a comunidade se apercebe da inutilidade de conformar-se ao direito, na ausência de consequências jurídico-efetivas. Noutras palavras, açodado por caracteres simbólicos, converte-se o Direito Penal mesmo em fator de intranquilidade ou de volubilidade do sistema.

Destarte, vozes autorizadas há no sentido de sua contra-produção, no assunto ambiente, *ad exemplum*, Hassemer⁶⁴.

Na Alemanha, as infrações penais ambientais foram inseridas no Código Penal como medida pedagógica. Ademais, recrudesceram determinadas sanções e inovaram-se tipos penais.

Contudo, existe indiscutivelmente um déficit de execução, isto é, cifras negras, seletividade de agentes e tendência à extinção precoce do processo em razão de sua própria complexidade. Resulta daí, a inaplicabilidade do apenamento ou um apenamento brando.

Outro problema que se instala diz respeito à responsabilidade: diversamente do direito penal, no direito ambiental as responsabilidades são coletivas.

O Mestre tedesco então levanta quatro motivos para justificar a inadequação do Direito Penal no trato do meio ambiente: problemática acessoriedade administrativa⁶⁵, ou seja, o direito penal como auxiliar da Administração, dependente, pois, de seus limites e de suas negociações com o potencial infrator; dificuldade na determinação das culpas individuais efetivas; desnecessidade da ressocialização do infrator e, finalizando, o direito

⁶⁴É minha opinião, compartilhada com alguns outros autores, tais como, Munoz Conde, aqui presente, que *o direito penal não é instrumento adequado para lidar com este tipo de problemas*. In HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal, cit., p. 35.

⁶⁵Prossegue *in op. cit.* asseverando que é assim necessário pugnar para que, a Administração se revele eficaz, o que passa por um sistema integrado com clara repartição de competências; atuante, o que pressupõe ação no terreno (...) e séria, e portanto impermeável a todo o tipo de corrupção.

penal do ambiente com caráter simbólico, desobrigando o Poder Público de implementar uma verdadeira proteção ambiental.

Daí, passaria a existir o Direito de Intervenção, jungindo o Direito Penal, fatos ilícitos civis, contravenções, o Direito de Polícia, o direito fiscal, medidas de matiz econômico e financeiro, planejamento do território, proteção da natureza e o direito municipal.

A existência de um modelo efetivo de Direito Penal Ambiental, todavia, não revela um rompimento com o Direito Penal Clássico, mas, apenas, uma adequação da tutela penal em uma área na qual anteriormente não atuava. Há uma reestruturação do Direito Penal que dá nova leitura a alguns dogmas pertencentes ao dito Direito Penal Clássico, caminhando para os ataques potenciais a enorme número de indivíduos e a bens difusos. Negar a necessidade da utilização das normas penais no controle da criminalidade ambiental poderia ao final ser tida como reacionária e que só interessaria a infratores contumazes, aliados ao poderio econômico.

Assim, no embate acerca de um direito penal ecológico, essencialmente dois tipos de valores se confrontam nesta sede. Por um lado, o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, já mencionado previamente, nos termos do qual este ramo do direito - por implicar as mais fortes restrições dos direitos, liberdades e garantias -, apenas deveria intervir, quando os restantes ramos do direito (leia-se o direito administrativo, o direito fiscal, o direito civil, ou o direito da mera ordenação social) não permitissem razoavelmente dar uma resposta ao problema. Por outro lado, o surgimento da sociedade de risco que reclama uma proteção mais forte do bem jurídico “ambiente”.

Em verdade, o direito penal ecológico exige cuidado na técnica legislativa usada, que deverá ser rigorosa, recorrendo a conceitos o mais possível determinados, para que possa haver uma segura previsibilidade dos comportamentos e com efetiva consolidação dos mesmos, sob pena de um direito penal simbólico a que anteriormente se aludiu. E daí, um ponto a ser melhor discutido em campo próprio será o emprego da categoria dos crimes de perigo.

Verazmente, uma tendência incriminadora desmesurada e pouco rigorosa comporta deslindes inquestionavelmente nefastos. Será muito difícil ou quase impossível chegar a uma incriminação, pois os comportamentos previstos pela norma penal não são detectáveis com crédito. A norma penal será letra morta. Inevitavelmente isto degradará a

confiança da comunidade no Direito Penal.

Também no mesmo mando aponta o princípio da intervenção mínima do direito penal, segundo o qual, a regulação penal dos comportamentos só se justificará, quando outros ramos do Direito não permitirem adequadamente dar uma resposta aos problemas da sociedade de risco. É nesta medida, que a tutela penal do Ambiente deverá ser muito cautelosa e obedecer a critérios de ativa precisão e rigor. Resulta que deve circunscrever-se à problemática ambiental lesiva e de verificação mais freqüente na comunidade. São condutas mais graves, por exemplo, as práticas danosas ao ambiente perpetradas direta ou indiretamente pelas pessoas coletivas. E aqui principalmente se aprova a intervenção do direito penal, porquanto a responsabilidade meramente civil e/ou fiscal (com indenizações ou agravamento de tributação) não são suficientes para funcionarem o mecanismo de prevenção geral. Muitas vezes, os agentes são empresas com elevado poder econômico-político, e que, por isso, consideram irrelevantes os custos associados à responsabilidade civil, face aos proveitos obtidos com as suas atividades perniciosas ao ambiente, ou às cobranças tributárias.

Em verdade, a efetividade da tutela que se quer prestar ao meio ambiente depende da construção do tipo penal e, a enorme gama desses bens relativos ao meio ambiente, tornando difícil sua especificação pelo legislador, dá um certo grau de indeterminação aos elementos descritivos da norma penal, como no caso das já conhecidas noções de "poluição", "degradação", "descarga", "emissões", que fundamentam várias normas penais ambientais.

Aqui, uma observação, o que se dizer então, de uma rama nova, qual seja, a do patrimônio genético e de conceitos como acessar, bioprospecção, conhecimentos tradicionais associados...?

Vale sublinhar que a técnica das normas penais em branco é de utilização maciça na tutela do meio ambiente como um dos modelos de tipo penal aberto⁶⁶, juntamente com os crimes de perigo, caracterizando a adaptação do Direito em geral às

⁶⁶Bem explica Cristiane Farias Rodrigues dos Santos em *Tipo e tipicidade nos crimes contra o meio ambiente*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 120-121: "O tipo penal aberto que exige complementação é plenamente adequado à sistemática garantista, desde que preveja a conduta ilícita com a máxima precisão possível, pelo menos nos seus elementos fundamentais, permitindo que o risco que determina a ação de dano social, ou a violação do dever de cuidado, nos casos de crimes culposos, sejam apurados em cada fato com estreita vinculação do juiz ao teor da norma e à realidade social analisada, no momento de decidir o caso concreto." E conclui: "Portanto, não obstante parte da doutrina veja com uma certa restrição a proliferação de crimes de perigo abstrato, podemos constatar que o direito moderno, como sistema aberto que é, não nos permite excluí-lo da sistemática de tipificação, pois é o que mais se adapta à tutela dos interesses difusos, notadamente o meio ambiente."

mutações sociais da sociedade de risco em inabalável evolução tecnológica e histórica. No mais, o direito ambiental ostenta caráter interdisciplinar, autorizando a referida complementação.

Qual seria então a maneira de se lidar com essa “falta de clareza” do legislador?

Seria a utilização, pelo próprio legislador de uma interpretação autêntica de terminologia ou das expressões empregadas, esclarecendo o sentido das palavras mais técnicas, ou daquelas que têm um determinado sentido comum, mas um significado especial no contexto da lei, sopesando entretanto, o risco de um endurecimento indevido e envelhecido precocemente.

O outro problema com o qual se poderia deparar repete-se: o tipo aberto, que também induziria à incerteza jurídica, abrindo margem de dúvidas quanto à correta verificação da conduta, que é legalmente indeterminada, não se faz veraz. O tipo aberto é aquele em que somente uma parte da conduta está legalmente descrita, devendo a outra ser construída pelo juiz para a complementação do tipo⁶⁷.

Assim, diante da acentuação dos riscos na sociedade complexa pós-industrial e da ambigüidade nela instalada, surgem, freqüentemente, instrumentos para incrementar a precaução, em especial, as chamadas normas penais em branco e os denominados crimes de perigo, precipuamente os de perigo abstrato, pretendendo-se, com isso, proibir condutas que, a despeito de não estarem ligadas concretamente à realização de futuros danos - típico do crime de perigo concreto -, já correspondem, por si mesmas, a certa danosidade social, com o fundamento, sobretudo, da incerteza da ocorrência e da gravidade dos riscos que

⁶⁷O Direito Penal Ambiental reveste certas características. O meio ambiente é uma realidade holística e complexa. Um crime contra essa realidade não poderia ser um tipo simples. Por isso a amplitude do tipo ambiental ou a indeterminação da conduta incriminada a caracterizar o chamado *tipo aberto*, a que se refere Ivette Senise Ferreira. Daí lembrar Gilberto Passos de Freitas ser “necessário que a lei faça remissão. E ainda, a Lei de Crimes Ambientais havia sido recomendada pelo constituinte ao legislador infraconstitucional. Foi editada em 1988 e, não obstante a polêmica, contemplou linhas avançadas do Direito Penal, como caracterizar o crime ecológico, cada vez mais, como *crime de perigo*. Este, recorda o Prof. Paulo José da Costa Júnior, vai ocorrer “*sempre que a lei transfira o momento consumativo do crime da 'lesão' para aquele da 'ameaça': aperfeiçoando-se o crime no instante em que o bem tutelado encontrar-se numa condição objetiva de possível ou provável lesão. Obtém-se dessa forma a confortadora perspectiva de avançar a fronteira protetora de bens e valores, merecedores de especial tutela. De um ponto de vista político-criminal, portanto, o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando em demasia as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de reprimir certas atividades perigosas, tidas como condições essenciais do desenvolvimento que se processa. Em tal contexto, torna-se evidente que uma técnica normativa assentada na incriminação do perigo é a mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico.*” (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 74-75).

possam advir de tais condutas.

O hodierno estágio da humanidade não viabiliza ao legislador prever, calcular antecipadamente todas as hipóteses de risco, o que só seria possível no estudo do caso concreto, leia-se no momento do comportamento infracional.

Justamente em razão do desejo de antecipação da tutela criminal a estágios iniciais é que se procede a essa transformação dos tipos penais em matéria de meio ambiente. E ainda, mostrar-se-ia preferível nessa seara a adoção de delitos de perigo abstrato, porquanto existem dificuldades associadas à utilização de tipos de perigo concreto, em particular no que diz respeito à prova da relação de causalidade entre a conduta isolada individual e a produção de um perigo concreto.

Demais, a complexidade das normas ambientais obsta sua integralidade conceitual, fazendo-se necessário o recurso prioritário ao Direito Administrativo com as limitações inerentes aos poucos aparelhos da Administração Pública, que inviabiliza assim, a repressão penal profícua dos delitos ambientais⁶⁸.

Noutras palavras, é reconhecida a importância política do princípio da reserva legal, bem como a necessidade da clareza e certeza na tipificação, mas não se pode ignorar que a pretensão do positivismo em construir uma linguagem ideal, formalizada, tendo como referência uma racionalidade universal, é irrealizável. Em confiança, o Direito positivo é dúbio por sua própria natureza, e a linguagem, fundamentalmente limitada para expressar valores permanentemente mutáveis.

Se por um lado, a vagueza e a obscuridade dos tipos transferem para os magistrados a tarefa de construí-los, a partir de uma visão privatista, muitas vezes balizada por critérios formais, por outro rumo, as noções equívocas no direito desempenham uma função admirável, na medida em que produzem válvulas de escape para o intercâmbio entre o Direito e a realidade social, instituindo instrumentos de prevenção contra decisões

⁶⁸Preleciona Daniel Roberto Fink: “Assim é que as normas penais ambientais com frequência recorrem a atos administrativos (por exemplo, a portarias que definem espécies ameaçadas de extinção) ou a conceitos também oriundos do Direito Administrativo, como licenciamento, permissões ou autorização ambiental. No primeiro caso, as normas que se utilizam da recorrência a atos administrativos são classificadas como *normas penais em branco*; no segundo, ao buscar complementariedade em conceitos extra-penais, são denominadas *normas de tipicidade aberta* (...) a aplicação da lei penal ambiental, sobretudo nos casos de *tipicidade aberta* que dependa da integração de conceitos de Direito Administrativo, dependerá diretamente da estrutura pública de realização da política ambiental (...). Se não houver cuidado nesse tema, a Lei estará fadada à impunidade ou a servir somente de instrumento de concussão por maus policiais. (in FINK, Daniel Roberto. Os crimes ambientais e a fiscalização ambiental. São Paulo, 2006. *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, ago. 2006. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_052_2006&category_id=339>. Acesso em: 12 jun. 2008).

ditas desarrazoadas ou inaceitáveis.

Em termos pragmáticos, o Direito Penal Ambiental linca-se a uma poderosa materialização da Política Nacional do Meio Ambiente, a uma vigorosa atuação da Polícia Judiciária e a uma cônica cátedra Julgadora, não se constituindo por derradeiro, em problema sem saída o emprego de outros institutos jurídicos que restam por permitir evolução em total coincidência ao ordenamento social.

E nada mais apropriado que falar-se em Direito Penal Ambiental.

4. BIOPIRATARIA

4.1. Intróito

O Brasil abriga a maior Biodiversidade do planeta. Esta abundante variedade de vida – que se traduz em mais de vinte por cento do número total de espécies da Terra – eleva o Brasil ao posto de principal nação entre os dezoito países megadiversos⁶⁹ (África do Sul, Austrália, China, Colômbia, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, Índia, Madagascar, Malásia, México, Papua Nova Guiné, Peru, República Democrática do Congo e Venezuela). O país dá morada também a uma rica Sociobiodiversidade, representada por mais de duzentos povos indígenas e por diversas comunidades – como quilombolas, caiçaras e seringueiros, para citar alguns – que reúnem um inestimável acervo de Conhecimentos Tradicionais sobre a conservação da Biodiversidade⁷⁰.

A ameaça de aniquilamento de tal patrimônio genético e também, sociocultural contudo, advém de inúmeras causas, como perda da camada de ozônio, chuvas ácidas, erosão, poluição do ar, do solo, das águas. Demais, estes fatores são potencializados a partir da pressão do crescimento populacional nos países em desenvolvimento e do consumo descomedido nos países desenvolvidos⁷¹. Neste instante, merece realçar que, se um único recurso biológico é extinto, tal situação pode, por liames outros, comprometer todos aqueles que dele dependem, numa escala interminável de destruição.

Outrossim, acrescido a todo este contexto de risco que paira sobre a Biodiversidade e os Conhecimentos Tradicionais associados⁷², tem-se ainda, a Biopirataria.

⁶⁹A origem do termo megadiverso pode ser encontrada com Russell Mittermeier, em 1988, como uma maneira de priorizar ações de defesa. Com ênfase no estudo de conservação dos primatas, ele encontrou quatro países que possuíam dois terços de todas as espécies de primatas. Esta análise estendeu-se para mamíferos, aves, répteis, anfíbios e insetos. BIODIVERSITY hotspots. *Megadiverse countries*. Disponível em: <<http://www.environment.gov.au/biodiversity/hotspots/index.html>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

⁷⁰Estatísticas contidas no site do MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idMenu=2338>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

⁷¹HERINGER, Astrid. Os conhecimentos tradicionais associados e o acesso aos recursos genéticos: um estudo sobre a regulamentação da medida provisória nº 2.186-16/01. *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*, Cuiabá, ano 1, n. 2, p. 133, jul./dez. 2007.

⁷²Nesta direção, minudencia Eduardo Carlos Bianca Bittar: ‘No caso do Brasil, em sua modernidade precária, é capaz de degradar sua sociobiodiversidade para acolher interesses endógenos e exógenos, às custas do equilíbrio dessa relação. É de todo preocupante que pouco esteja sendo feito para conter o conjunto dos

Importa avivar que o vocábulo Biopirataria não encontra assento na legislação brasileira, nem mesmo em qualquer instrumento jurídico internacional⁷³. Trata-se, em verdade, de conceito doutrinário referente à apropriação não autorizada do patrimônio genético, como também, dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Empregado pela primeira vez, no ano de 1993, por uma organização não governamental canadense, denominada RAFI (Rural Advancement Foundation International), hoje chamada de ETC-Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration), denotava a exploração e ulterior patenteamento de recursos biológicos e processos derivados de conhecimentos tradicionais associados de outros países por multinacionais ou mesmo instituições de pesquisa⁷⁴, engendrando consequências graves, dentre elas, a não repartição dos lucros revertidos com o comércio de produtos originados a partir de seus tirocínios e a impossibilidade, numa derradeira instância, por causa das patentes, das próprias comunidades tradicionais de usar seus conhecimentos gerados⁷⁵⁷⁶.

processos de degradação do País, que ao lado da Indonésia, é considerado o de maior biodiversidade do planeta. O crescimento exponencial da degradação ambiental e da exploração desenfreada, especificamente nos últimos 20 anos, produziu como consequência o atual quadro oficial de governo que indica 627 espécies animais ameaçadas de extinção, que revela, de 1989 a 2006, a triplicação do número de espécies constantes da lista, o chamado “livro vermelho”. (in BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 501).

⁷³Segundo Nuno Pires de Carvalho, à época, Chefe da Seção de Recursos Genéticos, Biotecnologia e Conhecimentos Tradicionais Associados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) em entrevista intitulada: Em defesa da biodiversidade [Entrevista]. *Revista Pesquisa FAPESP*, ed. 84, p. 17-20, fev. 2003. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=2061&bd=1&pg=2&lg=>>. Acesso em: 23 jun. 2011, a OMPI estaria substituindo o termo Biopirataria por Biogrilagem, primordialmente porque, na falta de uma legislação de acesso, não haveria ilegalidade na exploração dos recursos genéticos. Inda, mesmo com a citada legislação, a ilegalidade dar-se-ia apenas no país da coleta desaprovada e não no país da patente do bioproduto. Por fim, a palavra pirataria, desde o advento do Acordo Trips, aplicar-se-ia para denominar alguns tipos de infração dos direitos de autor, não incluindo marcas e patentes. Assim: “sugere-se que a qualificação mais apropriada para esses atos seria a de *biosquatting*, que poderia ser traduzida por biogrilagem. *Squatting* significa a reivindicação privada de terras que pertencem a outrem ou que são de domínio público. Também designa simplesmente ‘invasão’ ou ‘ocupação’ de propriedade imóvel e não são necessariamente ilegais, pois pode haver lacunas na lei que acabam por ‘legitimar’ a ocupação privada de terras públicas.”

⁷⁴Sob a figura de convênios de cooperação científica, laboratórios de institutos e universidades amazônicas eram visados na década de 90 pelos Biopiratas, que conseguiam assim, plantas e animais para fins de emprego na indústria farmacêutica, têxtil, cosmética e alimentícia, inclusive a partir de pesquisadores brasileiros ingênuos. OTÁVIO, Chico. *Inventário Amazônia: ocupação, preservação e futuro*. Rio de Janeiro: Desiderata, 2007. p. 117.

⁷⁵WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). *Socioambientalismo: uma realidade: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 68.

⁷⁶Cf. CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. Bioderecho: propiedad intelectual, comercio y ambiente. San José, C.R.: EUNED, 2011. p. 99: “Cabe, además, citar la preocupación de quienes consideran que en aquellos casos en los cuales las patentes cubran un componente activo de una planta específica, la cual es utilizada tradicionalmente por comunidades locales o indígenas, el efecto de la protección por la patente podría restringir las posibilidades de los pueblos indígenas o comunidades locales de exportar la planta tal cual al país que la proteja, aún si se realiza para un uso medicinal diferente o incluso para un uso no relacionado. Este tópico cobra especial relevancia ante las denuncias de que el sistema de patentes constituye un mecanismo de apropiación de conocimiento tradicional y de recursos genéticos sin una justa y equitativa distribución de beneficios, e incluso sin el consentimiento fundamentado previo de éstos y del Estado de donde provienen los recursos.” (g.n.).

Cuida-se portanto, de um exercício ilícito de evasão de material biológico e/ou microbiológico para o exterior, com posterior incorporação de tecnologia, transformando tal material em inovação tecnológica e, por conseguinte, patenteando seja o próprio processo seja o produto.

Tais métodos ilegais incidem de maneira assemelhada sobre os conhecimentos tradicionais. Os Biopiratas entram em contato com as antigas comunidades, sob o manto de estudiosos ou mesmo religiosos, e apropriam-se das práticas milenarmente consagradas por estas populações⁷⁷.

Conforme o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED)⁷⁸, Biopirataria consiste no “ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos”, procedimento este que transgride os arranjos vinculantes da Convenção das Organizações Unidas sobre Diversidade Biológica. A Biopirataria compreende ainda, a “não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos.”

Biopirataria é portanto, em última instância, a utilização da propriedade intelectual sobre a Biosociodiversidade em desobediência aos requisitos prescritos pela Convenção de Diversidade Biológica, quais sejam, preservação da Biodiversidade, respeito à Soberania do país sobre seus recursos naturais, implemento da legislação de acesso do país de origem, inclusive com consentimento prévio e informado, proteção dos direitos das comunidades autóctones, repartição de benefícios, inclusive com transferência de tecnologia.

Em nosso país, a Biopirataria faz-se presente sobretudo em virtude da já citada megadiversidade biológica e social, da enorme extensão territorial que impede efetiva fiscalização, da falta de investimentos nas áreas de ciência e tecnologia⁷⁹, tornando-se a

⁷⁷DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: MEZZAROBBA, Orides. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003. p. 305.

⁷⁸AMBIENTE Brasil. *Biopirataria na Amazônia*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/amazonia/floresta_amazonica/biopirataria_na_amazonia.html>. Acesso em: 28 out. 2011.

⁷⁹GRIMALDI, Karina. Tutela jurídica administrativa da biodiversidade de fauna silvestre brasileira e o combate à biopirataria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, ano 6, v. 14, p. 176, abr./jun. 2008.

nação deste modo, altamente exposta nesta conjuntura de avanços das demandas biotecnológicas.

Destarte, o mote é complexo e delicadíssimo, pois envolve tanto os recursos sobre as quais os Estados exercem sua soberania, como os contingentes populacionais implicados.

E não se pode olvidar que a Soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo disposto no inciso I do artigo 1º. da Constituição da República.

Aliás, importa salientar que a citada Convenção da Diversidade Biológica representou um marco à medida que pontuou como princípio em seu artigo 3º. para os Estados “o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais”, observada a correlativa responsabilidade ambiental, abandonando a concepção prévia de bens ambientais como patrimônio comum da humanidade⁸⁰, o que propiciava o acesso direto, por quaisquer exploradores, a estes recursos dispensada algum tipo de autorização do país de origem.

Assim sendo, *pretende-se, em verdade, obstaculizar a consumação de um ‘bioimperialismo’*, isto é, o vetusto abuso dos recursos naturais dos países em desenvolvimento pelos países ricos (agora detentores da biotecnologia), sob um novo paradigma, qual seja, o patenteamento de bioprodutos a partir do patrimônio genético e, por sua vez, dos conhecimentos tradicionais associados, em acesso ou uso ou aproveitamento ilegal, irregular ou não equitativo⁸¹.

Ainda, cogente fazer mais referência a outro aspecto deste assunto, qual seja, o prejuízo financeiro desta prática para o país.

O combate à Biopirataria assegura, além da garantia do equilíbrio ecológico do meio ambiente, bem assim, o desenvolvimento nacional, um dos objetivos da República inserido no inciso II, do artigo 3º. da Constituição do Brasil, diante do inestimável

⁸⁰GRIMALDI, Karina. op.. cit., p. 169.

⁸¹Biopirataria não se confunde com *Bioprospecção*, conceituada esta como “o método ou forma de localizar, avaliar e explorar sistemática e legalmente a diversidade de vida existente em determinado local, tendo como objetivo principal a busca de recursos genéticos e bioquímicos para fins comerciais” (HERINGER, Astrid. op. cit., p. 135) ou “atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial” (artigo 7º, inciso VII da Medida Provisória nº 2.186-16/2001).

potencial econômico compreendido na idéia de Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais associados⁸².

Por derradeiro, tem-se que anotar que, à expressão desenvolvimento nacional, hodiernamente agrega-se o predicado sustentável, à medida que se percebe a urgente obrigação da atividade econômica respeitar a noção de finitude dos recursos naturais, conformando-se a um uso racional, equilibrado, planejado e assim, sustentável⁸³.

Uma observação faz-se de relevo entretanto.

Na realidade, pode-se ter a expressão “desenvolvimento sustentável” como de forte incoerência, à medida que, de maneira singela, é certa a destruição do Planeta se bilhões de seres humanos principiarem a consumir. Assim, nada obstante se tratar de fórmula já muitíssimo consagrada, há de ver-se que, de fato, a sustentabilidade a ser perseguida e prioritária é aquela que diz respeito à vida do ecossistema na Terra, e não do desenvolvimento⁸⁴.

De sorte que, tal expressão cunhada na Declaração do Rio de Janeiro e adotada em 1992, verdadeiramente, alterou tudo o que dantes se perfilhava na íntima relação entre defesa ambiental e Direitos Humanos, isto é, a proteção ambiental como essencial para o bem-estar e o gozo dos direitos humanos básicos⁸⁵, e não com este caráter de transferência para a esfera político-econômica (desenvolvimento como sinônimo de riqueza no século XX) do Direito ao Meio Ambiente.

Valemo-nos entretanto, da consagrada doutrina do Professor Celso Fiorillo, no que concerne ao princípio do desenvolvimento sustentável e sua proeminência, inclusive no tópico Direitos Humanos Ambientais⁸⁶:

⁸²GRIMALDI, Karina. op. cit.

⁸³A ordem econômica, cuja finalidade expressa na Carta Suprema é “assegurar a todos existência digna, tem como um de seus princípios a “defesa do meio ambiente”. Conferir artigo 170 da Constituição Federal.

⁸⁴POSTIGLIONE, Amedeo. op. cit., p. 3-7.

⁸⁵Cf. Id. Ibid., p. 77: “The relation between environmental protection and human rights was explicitly recognised for the first time in Stockholm in 1972: it is significant that the object of the Conference was ‘the human environmental’ and that Principle No. 1 proclaimed that ‘Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for the present and future generations’. In the Preamble, it stated that ‘man is both creature and moulder of his environment’ and that environment protection is essencial to his well-being and to the enjoyment of basic human rights; even the right to life itself”.

⁸⁶Cf. artigo 5º., parágrafo 2º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

Constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a este fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das *bases vitais* da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre homens e destes com o seu ambiente, para que futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (grifos nossos)⁸⁷.

Assinale-se inda que, as áreas biodiversificadas estão concentradas nas mãos das populações indígenas e não indígenas. Assim, a prática de Biopirataria atinge diretamente tais comunidades que restam lesadas em seu estilo de vida e no uso sustentável e alternativo destes recursos naturais que lhes são expropriados⁸⁸.

Torna-se imperativa a adoção de medidas diligentes contra a Biopirataria, certificando assim, uma proteção ao patrimônio genético e também, ao próprio homem, em suas mais variadas relações com o meio ambiente.

Assim, delineia-se que este peculiar perigo nomeado por Biopirataria, isto é, exploração de recursos naturais, inclusive por intermédio dos conhecimentos tradicionais associados, sem respeito às condicionantes de acesso, consentimento e por fim, repartição dos lucros revertidos, atinge o Direito à Biodiversidade e o Direito à Sociodiversidade, na sua faceta seguinte, Conhecimentos Tradicionais *associados*.

Destarte, preleciona o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição da República que cabe ao Poder Público, com o fito de garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo 215 da Constituição Federal doutrina que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-

⁸⁷FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82-83.

⁸⁸WANDSCHEER, Clarissa Bueno. op. cit., p. 72-73.

brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, valorizando assim, os direitos culturais⁸⁹.

Fundadas brevissimamente algumas de suas matrizes legais, principiemos pela Biodiversidade, isto é, o bem afrontado pela Biopirataria.

A Biodiversidade ou diversidade biológica, por conseguinte, origina-se do grego *bios* e ostenta a significação de variedade da natureza viva. A expressão diversidade biológica foi engendrada por Thomas Lovejoy em 1980 e o termo biodiversidade foi empregado inicialmente pelo biólogo americano Edward O. Wilson em 1986 em atendimento a sugestões de técnicos do Conselho Nacional de Pesquisas dos Estados Unidos (National Research Council, NRC) que a percebiam de melhor eficácia comunicativa⁹⁰, nada obstante sua real noção como heterogeneidade de vida já se fazer presente em inúmeras civilizações antigas, tais como, os gregos, romanos, chineses e outros que tracejavam sistemas de classificação e interessavam-se por catalogar os vários organismos vivos conhecidos em distintas épocas⁹¹.

A Biodiversidade, pois, em brevíssimas palavras, consiste na variabilidade de organismos vivos de todas as origens e os complexos ecológicos de que fazem parte.

Singular definição da Biodiversidade é laborada através de nítido paralelo à sociedade humana, podendo-se apreender a biodiversidade, em primeiro, como a coexistência de diferentes e, em segundo lugar, como a compreensão da necessidade da coexistência de diferentes para a sobrevivência de um sistema. Supõe assim, tanto a diversidade da área – díspares ecossistemas – como a diversidade dentro de um ecossistema – distintas espécies – e, por final, a diversidade no interior da própria espécie – variantes genes⁹².

Enfim, consoante o artigo 2º. da Convenção da Biodiversidade (CDB), Diversidade Biológica significa “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens” englobando “os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os

⁸⁹O patrimônio cultural brasileiro ainda é impulsionado e defendido na forma do artigo 216 da Constituição do Brasil. E, notadamente, em pertinência aos direitos indígenas, o artigo 231 da Constituição Federal assegura não apenas o reconhecimento às terras bem como, seus costumes e tradições.

⁹⁰HERINGER, Astrid. op. cit., p. 133.

⁹¹CARNEIRO, Ana Cláudia Mamede. Acesso a recursos genéticos, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 88, p. 4, maio/jun. 2007.

⁹²D'INCAIO, Maria Ângela. Limites Culturais na responsabilidade de conservação da biodiversidade. In: D'INCAIO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da. *A Amazônia e a crise de modernização*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009. p. 25.

complexos ecológicos de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.”

Prossegue a Convenção sobre Diversidade Biológica, no mesmo versículo, fixando o conceito de material genético como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade” que, por sua vez, distingue-se de recurso genético, isto é, o “material genético de valor real ou potencial”. Finalmente, a partir da aceção de recurso biológico como compreensão “de recursos genéticos, organismos ou parte destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade” depreende-se a nítida diferença entre recurso genético, que revela a potencialidade valorativa do material genético, e o recurso biológico que os abarca.

Finalmente, a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, legislação interna regulamentadora das normas gerais encontradas na Convenção da Diversidade Biológica, no artigo 7º., inciso I bem deste modo demarca o seguinte significado para patrimônio genético: “informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos”, podendo ser encontrados em condições *in situ*, leia-se, em seu habitat natural, mesmo que domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, leia-se, em habitat diverso, mas devendo sempre serem recolhidos no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

A Sociodiversidade por seu turno, diz respeito à multiplicidade de populações: povos indígenas, quilombolas, colonos, caiçaras, ribeirinhos, extrativistas, populações rurais e urbanas de diversificadas matrizes étnicas e culturais.

Desta diversidade de populações, passa a existir um Conhecimento Tradicional, que se associa à Biodiversidade. Assim, estas antigas comunidades desenvolvem uma lógica do funcionamento e do manejo dos recursos biológicos de sua fauna e flora e dos próprios processos biológicos⁹³.

Noutros termos, as populações tradicionais interrelacionam-se com a diversidade biológica da natureza, adquirindo informações que restam por ser determinadas pelas próprias características da comunidade em tela, numa cumulação

⁹³HERINGER, Astrid. op. cit., p. 136.

cognitiva de geração em geração, verdadeiramente enciclopédica, de organização do manuseio e emprego dos recursos naturais, da Biodiversidade que as circunda.

E, estas populações indígenas e não indígenas – mas distintas por suas condições culturais⁹⁴ - ensinam lições obrigatórias para a preservação da natureza. Empregam o patrimônio natural na medida de seu equilíbrio dinâmico. Aliás, a heterogeneidade destes sistemas naturais se mantém exatamente mediante um contínuo processo regenerativo, não embaraçado pelo estilo de vida extrativista destes povos, mas, ao reverso, estimulado⁹⁵.

O artigo 8 (j) da Convenção sobre Diversidade Biológica traz à baila a expressão “conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas” com realce à utilização sustentável da diversidade biológica.

Conforme o artigo 7º., inciso II da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, Conhecimento Tradicional associado “é a informação ou a prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local⁹⁶, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.”.

Noutras palavras, pretende-se aqui a proteção dos bens socioambientais intangíveis: conhecimentos, inovações e práticas dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais associados à Biodiversidade⁹⁷ no seu enfoque econômico, podendo estes conhecimentos ser empregados direta ou indiretamente⁹⁸.

Tal qualificativo “associado à Biodiversidade” é de suma relevância para distinguir este objeto de amparo de todas as demais diversificadas manifestações em outros âmbitos, por exemplo, as criações artísticas, literárias e mesmo científicas tuteladas pelo regime dos direitos autorais coletivos⁹⁹.

⁹⁴Grupo humano distinto por suas condições culturais.

⁹⁵CARNEIRO, Ana Cláudia Mamede. op. cit., p. 7.

⁹⁶A definição de comunidades locais pode ser extraída do artigo 7º., inciso III da Medida Provisória nº 2.186-16/2001: comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas.

⁹⁷Cf. SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Ed. Fundação Peirópolis, 2005. p. 185.

⁹⁸Um exemplo de uso indireto é dado pela mesma autora, nesta última obra: “Um povo indígena usa espigas de milho multicoloridas para produzir adornos e enfeites, e essa característica fenotípica do milho selecionado por esse povo dá indicações claras sobre certas propriedades genéticas suas, que o tornam particularmente atraente para as pesquisas genéticas. Há uma utilização indireta dos conhecimentos tradicionais que também merece ser reconhecida e recompensada.” Id. Ibid., p. 196.

⁹⁹Cf. finalmente, Id. Ibid., p. 191.

Os Conhecimentos Tradicionais associados à Biodiversidade não implicam apenas conhecimentos antigos, mas igualmente conhecimentos presentes, dinâmicos e vivos, inseridos num contexto cultural mas, passíveis de ordenação fora deste mesmo contexto, cuja titularidade nada obstante ser da própria comunidade, pode estar centrada em um único membro¹⁰⁰ – pajé, xamã, parteira,... – ou espargida entre vários povos, em compartilhamento.

Esta titularidade influi desde um consentimento prévio fundamentado, uma anuência livre de vícios depois de pormenorizado esclarecimento acerca do específico objeto de pesquisa, com todas as suas nuances e detalhamentos, a ser concedida pelas comunidades indígenas e não indígenas até o direito à objeção de uso e divulgação dos Conhecimentos Tradicionais associados¹⁰¹.

Em epítome, a Biopirataria exhibe-se, num primeiríssimo momento, em sua forma de coleta de animais ou vegetais ou microorganismos em nações megadiversas, podendo haver, em concomitância, o emprego dos Conhecimentos Tradicionais associados, em princípio, sem o consentimento prévio e informado dos países de coleta, levando-os para o exterior com o fito de individualizar princípios ativos passíveis de patenteamento, despida esta transação de qualquer repartição dos benefícios¹⁰² com os países de origem.

Cogente registrar que, tal se dá através de legal instrumento, qual seja, o Direito de Propriedade Intelectual, sobretudo em referência a Patentes.

Destarte, a questão do resguardo da Biodiversidade e dos Conhecimentos Tradicionais associados insere-se no tema proteção do Meio Ambiente¹⁰³, focado este

¹⁰⁰Cf. artigo 9º., parágrafo único da Medida Provisória nº 2.186-16/2001.

¹⁰¹Cf. artigo 9º., do CAPÍTULO III. Da Proteção Ao Conhecimento Tradicional Associado da Medida Provisória nº 2.186-16/2001.

¹⁰²Veja o artigo 25 do CAPÍTULO VII. Da Repartição de Benefícios da Medida Provisória nº 2.186-16/2001: Art. 25. Os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo, desenvolvido a partir de amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, poderão constituir-se, dentre outros, de:

- I - divisão de lucros;
- II - pagamento de royalties;
- III - acesso e transferência de tecnologias;
- IV - licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; e
- V - capacitação de recursos humanos.

¹⁰³Veja: “(...) a demanda crescente do setor industrial por matérias-primas naturais ameaça a sustentabilidade dos ecossistemas naturais em que se refugiam as comunidades tradicionais. O setor farmacêutico, por exemplo, produz um sem número de produtos farmacêuticos, cujos princípios bioativos são extraídos diretamente de recursos da biodiversidade. A demanda crescente por esses produtos e a falta de compromisso do setor privado para com a conservação do meio ambiente estimulam o uso insustentável de ecossistemas naturais. Desaparecendo os vínculos que ligam as comunidades locais à natureza, extinguem-se as fontes que alimentam os Conhecimentos Tradicionais, os recursos biológicos e as Expressões Culturais Tradicionais.”

¹⁰³RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010. p. 27.

também sob sua perspectiva de essencialidade à manutenção da sadia qualidade de vida e à própria vida à medida que além da obviedade do suporte tangível para os seres vivos, constituem eles também, fonte intangível de soluções técnicas para pesquisa e desenvolvimento da humanidade.

4.2. História

Para alguns, a história da Biopirataria no Brasil teria surgido com sua própria descoberta¹⁰⁴, quando os portugueses granjearam o segredo da extração do pigmento vermelho do pau-brasil (*Caesalpinia echinata*), subtraindo conhecimentos tradicionais dos povos indígenas.

O labor dos índios, conhecedores do corante, foi empregado fortemente para cortar e triturar o tronco da árvore e assim, estabeleceu-se a concorrência com aquele corante que ia de Sumatra para as tecelagens do norte da Europa, e que era de melhor qualidade do que o corante brasileiro, mas muito mais caro¹⁰⁵.

Outro exemplo simbólico da persistente prática é aquele referente à seringueira (nome binomial: *Hevea brasiliensis*), árvore nativa da Amazônia e aplicada na produção de borracha, alcançando posição de destaque dentro das atividades econômicas do País, entre o final do século XIX e o início do século XX. No fim daquele século porém, o botânico inglês Henry Alexander Wickham, a serviço do Império Britânico, transferiu setenta mil sementes de seringueira do vale do Tapajós, com a cooperação do cônsul inglês Thomas Shipton Green, residente em Belém, sendo o material enfim, levado para as colônias britânicas, África e Ásia, atualmente grandes produtores e fornecedores mundiais da matéria-prima¹⁰⁶.

E, num indiscutível salto, no cenário recente, em janeiro de 2003, a organização não governamental Amazonlink descobriu o registro do cupuaçu pelos japoneses, originando intensa cobertura midiática.

¹⁰⁴GOMES, Rodrigo Carneiro. O controle e a repressão da biopirataria no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, ano 21, n. 2, p. 30, fev. 2009.

¹⁰⁵Segundo CARVALHO, Nuno Pires de. op. cit.

¹⁰⁶ROCHA, Letícia Kolton. Um estudo crítico sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, ano 6, v. 24, p. 109, out./dez. 2010.

Tudo se iniciou em 1998, quando a multinacional japonesa Asahi Foods Co. Ltd. registrou perante os escritórios de patentes do Japão, dos Estados Unidos e da União Européia, a marca comercial do Cupuaçu, para fins de comercialização e produção de uma espécie de chocolate dita “cupulate”. Anos depois, a organização não governamental Amazonlink foi impedida de comercializar doces para a Alemanha porque ostentavam marca já protegida. Diz-se que: “Em outras palavras, a marca ‘Cupuaçu’ foi utilizada pela Asahi como uma patente de fato, a fim de impedir a entrada de concorrentes, produtores de alimentos derivados do cupuaçu, nos mercados onde a marca foi registrada”¹⁰⁷.

Em 2004, o Escritório de Marcas do Japão, restou por cancelar o registro como marca comercial do cupuaçu, solicitado pela multinacional japonesa Asahi Foods Co. Ltd., em virtude de demanda impetrada pelo Grupo de Trabalho Amazônico, Amazonlink, APA flora e outros¹⁰⁸. Aliás, convém ressaltar que, em realidade, já havia titularidade, desde a década de 1990, por empresa brasileira – EMBRAPA – sobre o produto patenteado pela companhia asiática¹⁰⁹.

Por consequência, o Brasil restou por redigir lista não exaustiva de nomes imbrincados à Biodiversidade¹¹⁰ e remeter à Organização Mundial da Propriedade Intelectual numa tentativa de refrear próximas condutas expropriatórias e prioritariamente, como maneira de robustecer prova reivindicatória futura em demandas altamente custosas, lembrando que faz parte da responsabilidade intergeracional na preservação de tal patrimônio.

Podem-se mencionar ainda, os episódios envolvendo a Castanha-do-pará, a Andiroba, a Ayahuasca (principal planta empregada nos rituais do Santo Daime), a Copaíba, o Curare, a Espinheira-Santa, o Jaborandi, a Unha-de gato, a Vacina do Sapo, dentre muitos outros planilhados.

Assim, afinal, o rol exemplificativo da Biopirataria é extenso¹¹¹.

E aliás, por obviedade, a Biopirataria atinge outras Nações.

Conforme levantamento da RAFI na América, poder-se-ia citar ainda Direitos de Propriedade Intelectual sobre algodão *naturalmente* colorido originário dos Andes, quinua andina, o feijão “nuna”, também herança andina¹¹².

¹⁰⁷RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. op. cit., p. 13-15.

¹⁰⁸HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. op. cit., p. 69.

¹⁰⁹HERINGER, Astrid. op. cit., p. 139.

¹¹⁰Cf. artigos 7º. e 9º. da CDB.

¹¹¹Por HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. op. cit., p. 70.

¹¹²CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. op. cit., p. 100.

Mister, neste ínterim, pontuar que nada obstante a concepção até este presente instante assumida¹¹³ - acesso irregular ao Patrimônio Genético – não se pode olvidar que existem sim, outras definições com outros enfoques. Veja:

Biopiratería: no existe una definición internacionalmente acordada del término. Para algunos consiste en la adquisición de recursos genéticos y conocimiento tradicional sin el permiso del país o titular del recurso o conocimiento; es decir, cuando no se establecen reglas de distribución de beneficios que sean justas y equitativas, se protegen por DPI (Derechos de Propiedad Intelectual) innovaciones, que son copias o modificaciones cosméticas de los primeros o se protegen por DPI (Derechos de Propiedad Intelectual) invenciones biotecnológicas, independientemente de la existencia de consentimiento fundamentado previo (g.n.)¹¹⁴.

Todavia, a Convenção sobre Diversidade Biológica referenda o primordial aspecto que funda toda esta discussão, qual seja, a Soberania dos países sobre seus recursos naturais, leia-se, sobre seu Patrimônio Genético¹¹⁵, ao reverso do que antes regia – Biodiversidade como Patrimônio Comum da Humanidade - e por consequência, a indispensabilidade de uma distribuição justa e equitativa de benefícios resultantes do uso destes recursos, que por sua vez, dentre uma série de requisitos deve sim, ser facilitado.

Destarte, os Direitos de Propriedade Intelectual vislumbrados como meio de privatização, de fato, não confrontam, ao final, com tal idéia de Soberania, eis que sujeitos a inúmeros condicionamentos, chegando mesmo à sua proibição, para o que nos interessa, *ad exemplum*, se prejudiciais ao ambiente¹¹⁶.

¹¹³Conceituação de Biopirataria conforme o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED): "Biopirataria consiste no ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações Unidas sobre Diversidade Biológica). A Biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos."

¹¹⁴CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. op. cit., p. 3.

¹¹⁵Vale salientar que existe alargamento desta visão acerca de Soberania sobre Patrimônio Genético. Veja neste sentido, o REGIMEN COMUN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENETICOS - DECISION 391 DE LOS PAISES DEL PACTO ANDINO. (...) TITULO IV PRINCIPIOS CAPITULO I De la soberania sobre los recursos geneticos y sus productos derivados. (g.n.).

¹¹⁶ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO.

(...)

SEÇÃO 5: PATENTES

ARTIGO 27 Matéria Patenteável. 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão

Em verdade, o que se deve perceber é que, nos últimos tempos, qualquer informação, seja advinda do Patrimônio Genético, seja advinda do conhecimento tradicional associado, floresceu como maior fator de produção – commodity - aliás numa sequência de agigantamento do Direito de Propriedade Intelectual¹¹⁷. Noutras palavras, a pesquisa sobre os Recursos Genéticos pode redundar em novos conhecimentos ou mesmo em *royalties* e portanto, dever-se-á ter um compartilhamento entre quem forneceu os recursos e quem os processou, estes resguardados pelas Patentes¹¹⁸.

Contudo, não se pode olvidar que esta hipertrofia protetora dos inventores confronta com uma real defesa da Biosociodiversidade, principalmente no que concerne à prévia repressão aos atos de apropriação indébita sucedidos nos países ditos provedores. Noutras palavras, a preocupação dá-se, nos países industrializados, já num momento posterior àqueloutro expropriatório, e igualmente, envolvendo diferentes atores. Aliás, em propositada irresponsabilidade no que concerne às medidas protetivas enquanto países usuários¹¹⁹.

E depreende-se afinal que:

A visão estreita de curto prazo dos regimes de Propriedade Intelectual ignora as conseqüências nefastas que advirão, inclusive, aos países industrializados e suas instituições. No longo prazo, se as comunidades tradicionais continuarem a ser sistematicamente espoliadas, é possível que, em meio à miséria material em que muitas delas vivem, venham a perecer e com elas seu Patrimônio Biocultural Imaterial e biomas a ele relacionados. Neste contexto, os Direitos de Propriedade Intelectual representam uma ferramenta biocolonial, ao promover crescimento

disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

- a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;
- b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. (g.n.).

¹¹⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. op. cit., p. 2.

¹¹⁸ Cf. CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. *Biopiratería en America Latina*: desafios y respuestas legales e institucionales. Artigo ainda não publicado gentilmente cedido pelo próprio autor em mãos.

¹¹⁹ Cf. entretanto, *recomendação* em Diretrizes de Bonn sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios Provenientes de sua Utilização: “Medidas para promover a revelação do país de origem dos recursos genéticos e de origem dos conhecimentos, inovações e práticas tradicionais das comunidades indígenas e locais em aplicações de Direitos de Propriedade Intelectual” (16.d.ii). Aqui ainda, vale um parêntese quanto ao diferenciado tratamento para a inobservância dos ditames para patenteamento, isto é, afetação ou não da própria validade da patente.

econômico selvagem, marcado pela busca incessante do lucro pelos grandes conglomerados e instituições dos países industrializados às expensas dos grupos marginalizados e da natureza.¹²⁰

Importa reiterar no que tange ao tudo que já foi dito sobre Biopirataria que se tem como inegável um imbricamento entre Direitos de Propriedade Intelectual e Biodiversidade. E tal impactação transcende o que já fora disposto entre Direitos de Propriedade Intelectual e Convenção sobre Diversidade Biológica e seus principais objetivos. Por exemplo, os impactos dos Direitos de Propriedade Intelectual sobre a Biodiversidade atingem inclusive sua interface de permuta de benefícios, ao se pensar em transferência de tecnologia energeticamente eficaz ou numa agregação de valor a todos os produtos por conta da incorporação verde¹²¹.

Contudo, também no que concerne ao compartilhamento de benefícios, ausente uma severa política para tanto¹²².

Aqui, alerta-se para a força dos países megadiversos em compelir os países desenvolvidos a um maior respeito aos ditames da CDB e à proteção da Biosociodiversidade¹²³.

Noutras palavras, a proteção da Biosociodiversidade justifica-se ilimitadamente.

¹²⁰RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. op. cit., p. 79.

¹²¹CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. *Bioderecho*: propiedad intelectual, comercio y ambiente, cit., p. 2 e 111.

¹²²Cf. entretanto, *recomendação* em PROTOCOLO DE NAGOIA NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA SOBRE ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS E A REPARTIÇÃO JUSTA E EQUITATIVA DOS BENEFÍCIOS DECORRENTES DE SUA UTILIZAÇÃO: “Cada Parte tomará as medidas legislativas, administrativas e de política, conforme adequado, para que os benefícios decorrentes da utilização do conhecimento tradicional associado a recursos genéticos sejam repartidos de forma justa e equitativa com as comunidades indígenas e locais detentoras desse conhecimento. Essa repartição deve se dar em termos mutuamente acordados.” (Artigo 5º. 5).

¹²³Cf. CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. *Biopiratería en America Latina: desafíos y respuestas legales e institucionales*, cit.

“(…) en enero del 2002, se formó en México el Grupo de Países Megadiversos Afines o GAPMA (creado mediante la Declaración de Cancún).

A iniciativa del gobierno de México, los ministros y altos funcionarios de los países megadiversos de Brasil, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, India, Indoneia, Kenia, México, Sudáfrica y Venezuela, se reunieron la ciudad de Cancún del 16 al 18 de febrero del 2002 y decidieron establecer el GAPMA. Posteriormente, suscribieron la Declaración de Cancún y fueron aceptados formalmente en el Grupo de Acción, Bolivia, Malasia y Filipinas.

En su conjunto, el Grupo de Acción de Países Megadiversos Afines representa aproximadamente el 70% de la diversidad biológica del planeta, cerca de 45% de la población mundial, así como una extraordinaria diversidad cultural.” (g.n.).

A defesa do Patrimônio Genético, inclusive para fins de criação de novas variedades em contraste a uma ameaçadora erosão genética estimulada pelo patenteamento de variedades homogêneas, por exemplo, nos sistemas de monocultivo, alerta para a gravidade do problema¹²⁴.

Assim, ao combater-se a Biopirataria, pretende-se tutelar a Biodiversidade, inclusive em sua interface dos Conhecimentos Tradicionais Associados, leia-se, as diferenciadas Comunidades Tradicionais, erradicando a pobreza destas e, por consequência, a dos países provedores, em integral realização dos direitos humanos, e por que não dizer, numa visão biocêntrica do Direito.

4.3. Instrumentos Legais de Combate

Quando se discorre sobre a repressão à Biopirataria, são ponderadas algumas relevantes legislações de âmbito nacional e internacional, além da própria resposta do Direito Penal Ambiental¹²⁵.

Em primeiro um parêntese.

Discute-se a necessidade de uma Governança Ambiental Global. Noutros termos, uma gestão integrada, por todos os interessados, de regras, organismos e maquinaria poderia, em muito, auxiliar nas questões ambientais por todo o mundo, não apenas, no que pertence à diminuição da biodiversidade, mas também, no que tange às mudanças climáticas, à desertificação, à crise mundial da água, ao uso indiscriminado dos recursos não renováveis, etc., como igualmente solver controvérsias conexas, de forma única, com o desenvolvimento¹²⁶.

¹²⁴CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. *Bioderecho: propiedad intelectual, comercio y ambiente*, cit., p. 107.

¹²⁵Novéis ferramentas são buscadas, *ad exemplum*, Educação em Direitos Humanos Ambientais, como proposta trabalhada para o controle da Biopirataria. Neste sentido, a partir da consolidação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos que já em seu Prólogo introduz a atenção com a natureza quando assevera que “Uma concepção contemporânea de direitos humanos incorpora os conceitos de cidadania democrática, cidadania ativa e *ciudadania planetária*” (grifos nossos), todas elas inspiradas em valores humanistas e no princípio da diversidade, afirmando então “sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.”. E ainda, conferir dispositivo da CDB: “Artigo 13 - Educação e Conscientização Pública - As Partes Contratantes devem: a) Promover e estimular a compreensão da importância da conservação da diversidade biológica e das medidas necessárias a esse fim, sua divulgação pelos meios de comunicação, e a inclusão desses temas nos programas educacionais (...)”. Não se esquecendo todavia, da já instrumentalizada Lei Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/99, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental).

¹²⁶POSTIGLIONE, Amedeo. *Global Environmental Governance: the need for an International Environmental Agency and an International Court of the Environmental*, cit., p. 117.

De outro modo, por exemplo, apenas uma Lei Internacional sobre o Meio Ambiente já teria o condão de influenciar os ordenamentos nacionais, como aliás, um metaprincípio vinculante ao lado das correlatas normas protetivas dos direitos humanos.

E, mais especialmente, poder-se-ia cogitar de estrutura institucional global para monitoramento do uso da Biosociodiversidade, com acesso até a arbitragem¹²⁷, se for o caso, repelindo meras regulações formais.

Não se olvidando dos marcos constitucionais já aludidos, atinentes à proteção da Biodiversidade e dos Conhecimentos Tradicionais associados, no plano infraconstitucional, pretendem conceder amparo à diversidade biológica e ao integrado conhecimento tradicional, *como preponderantes*, os seguintes diplomas: Convenção da Diversidade Biológica, e sob seu feixe, em primeiro, as Diretrizes de Bonn sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios Provenientes de sua Utilização, e, em segundo, o Protocolo de Nagoya sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivem de sua Utilização ao Convênio sobre a Diversidade Biológica; Medida Provisória nº 2.186-16/2001 e respectivos decretos, nº 5.459/2005, nº 6.159/09 e nº 6.915/09 e ainda, as resoluções – atualmente no número 35 - e as seis orientações técnicas do CGEN; Lei nº 4.771/1965, Lei nº 6.938/1981, Lei nº 9.605/1998, Lei nº 9.985/2000 e Lei nº 11.284/2006¹²⁸; e finalizando, Decreto nº 4.339/02.

Em inversa ordem, tem-se em primeiro o Decreto nº 4.339/02 que institui diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, com a participação dos governos federal, distrital, estaduais e municipais, e da sociedade civil.

Uma das diretrizes mais relevantes é a que diz respeito à Diversidade biológica em seu “valor intrínseco, merecendo respeito independentemente de seu valor para o homem ou potencial para uso humano.” (cf. 2, I).

O Código Florestal (*atualmente* Lei nº 12.651/2012) confere proteção às florestas e demais formas variadas de vegetação, em atenção à manutenção de vida florística e faunística.

¹²⁷Cf. CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS, celebrada em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958. Imprensa Oficial, Região Administrativa Especial de Macau. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/49/resoluar37.asp#ptg>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

¹²⁸Conferir ainda, a Lei nº 9.279/97 que trata da Propriedade Industrial.

Assim, dispõe ele especialmente sobre a proteção da vegetação nativa, alterando as Leis sobre Política Nacional do Meio Ambiente e Mata Atlântica, revogando o antigo Código Florestal e pertinente Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, e ainda, a Lei nº 7.754/1989 (sobre florestas em nascentes de rios).

Indica como um de seus princípios: “I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras” (cf. artigo 1o.-A, parágrafo único, inciso I e também, artigo 41, I “c”)

A Lei nº 6.938/1981 ou Lei da Política Nacional do Meio Ambiente tem por finalidade a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, propondo-se assegurar, dentre outras, condições ao desenvolvimento sócio-econômico e à proteção da dignidade da vida humana.

A Lei nº 9.605/1998 ou Lei dos Crimes Ambientais tipifica condutas dissonantes à conservação da fauna e da flora e ainda, aquelas causadoras de poluição.

Vale apontar contudo que, em verdade, como já visitado, poucas figuras penais podem ser invocadas no combate à Biopirataria, de conformidade aos conceitos até agora delineados e mormente, seus ilícitos penais são classificados como infrações de menor potencial ofensivo o que, por óbvio, abranda o sancionamento e, não contribui para o arrefecimento desta prática¹²⁹.

A Lei nº 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC), garante a preservação da Biodiversidade à medida que prescreve a formação de áreas com distintiva proteção ambiental.

Dentre outros objetivos, visa contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais, promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais e proteger tais recursos, necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e, por fim, promovendo-as social e economicamente.

¹²⁹Tem-se por *infrações penais de menor potencial ofensivo* aquelas todas cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapassar a dois anos ou multa (parágrafo único do art. 2.º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001). Dentre as conseqüências legais desta classificação, há a transação penal - criação consensual, intermediada por um representante do Ministério Público, - de uma obrigação ao provável infrator, que tenha certa familiaridade com a qualidade da infração, apresentando-se como alternativa imediata à penalização.

A Lei nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, disciplina, em particular, a proteção dos ecossistemas e da Biodiversidade e o respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, ao acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação.

A Medida Provisória nº 2.186-16/2001 dispõe sobre: a) o acesso a componente do Patrimônio Genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção; b) o acesso ao Conhecimento Tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da Diversidade Biológica, à integridade do patrimônio genético do país e à utilização de seus componentes; c) à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional associado e d) o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.

Destarte, objetiva explicitar critérios ao emprego do patrimônio genético e dos saberes tradicionais associados. Capital é seu artigo 30 que define como infração administrativa contra o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional, toda ação ou omissão que viole as normas da respectiva Medida Provisória e demais legislações pertinentes, prevendo penalidades como: suspensão ou cancelamento do registro, patente, licença ou autorização¹³⁰.

Neste diapasão, advém o Decreto nº 5.459/2005 que disciplinou minudentemente as sanções contra o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado.

O Decreto nº 6.159/09 tem por principal vocação estabelecer normas de funcionamento do CGEN e o Decreto nº 6.915/09, estabelecer a destinação de lucros e dos royalties resultantes da exploração econômica de processo ou produto desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, bem como de eventuais indenizações.

Enfim, como proeminência, tem-se a Convenção da Diversidade Biológica.

Esta revela-se como um Código de Conduta¹³¹ a ser aplicado quando da exploração da Diversidade Biológica e dos Conhecimentos Tradicionais associados.

¹³⁰Esta Medida Provisória restou conhecida por *MP da Novartis* porque fora editada em decorrência a rumoroso episódio sucedido um mês antes, qual seja, a subscrição de um acordo, de questionável benefício aos interesses do Brasil, entre a Associação Brasileira para Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (BIOMA) e a empresa suíça Novartis Pharma A.G. sem portanto, qualquer sustento jurídico à época de sua assinatura. DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas*, cit., p. 308.

¹³¹ROCHA, Letícia Kolton. op. cit., p. 102.

Cento e noventa e dois países e a União Européia fazem parte do Convênio¹³², todavia, há uma ausência de peso: os Estados Unidos nada obstante, terem-na assinado em 6 de junho de 1993, não a ratificaram até o momento, não estando portanto, a ela vinculados.

No artigo 1º, fixa seus objetivos: “a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos”. Tal preservação do patrimônio dar-se-á por intermédio de um acesso apropriado aos recursos genéticos e de uma transferência de tecnologia pertinente, sempre com absoluto respeito a todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e, enfim, mediante um regular financiamento.

A Convenção da Biodiversidade contudo, espalha-se para além destes escopos, cuidando igualmente dos Conhecimentos Tradicionais associados à medida que reconhece, em seu Preâmbulo, “a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais”, e, em seu artigo 8º, como matriz para as Partes Contratantes, o respeito ao “conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica”. Ainda, neste mesmo versículo, incentiva a aplicação destas referidas informações desde que “com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas”, encerrando com o devido encorajamento à “repartição equitativa dos benefícios oriundos.”

A Convenção da Diversidade Biológica entretanto, não prescreve instrumentos sancionatórios para o descumprimento de suas diretrizes, suscitando pois, sério óbice para sua plena implementação¹³³¹³⁴.

¹³² Informação obtida no site oficial da CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Disponível em: <<http://www.cbd.int/>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

¹³³ Consoante estudiosos de renome, há conflito evidente entre a CDB e o Acordo para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (mais conhecido por sua sigla em inglês TRIPS - trade-related aspects of intellectual property rights), notadamente porque não exige como condição para o patenteamento a identificação da fonte do material genético e do conhecimento tradicional eventualmente utilizado, bem como, não há necessidade de prova da obtenção do consentimento prévio e informado e da repartição justa e equitativa de benefícios: “Certo é que, enquanto for legalmente possível que uma empresa européia, dos EUA ou do Japão (países onde estão concentradas as multinacionais da área biotecnológica) colete material biológico em um país do Sul, leve-o para o exterior, identifique um princípio ativo, sintetize-o e obtenha uma patente sobre um produto ou processo resultante, sem a imposição de qualquer sanção ou penalidade pelo sistema internacional, muito pouca eficácia prática terá a CDB.” (SANTILLI, Juliana. Acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: aspectos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 39, jul./set. 2005).

¹³⁴ Começou em 08 de outubro, na Índia, a 11ª Conferência das Partes (COP-11) da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), no Centro de Convenções Internacional de Hyderabad, na Índia, com a presença de representantes dos 100 países. O desafio cardeal da 11ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP11) será a captação de recursos para a conservação das espécies ainda existentes no planeta.

No que diz respeito aos instrumentos legais *em trâmite*, impõe-se sempre fazer menção ao PL 4.842/1998 da Senadora Marina Silva, primeiro projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional, que restou por centralizar todas as demais proposições legislativas que tratam de Biopirataria, ou melhor, do Acesso aos Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais associados, como ainda, da Repartição Justa e Equitativa de Benefícios dos Recursos da Biodiversidade, a ele pois, apensados.

Apresentado em 18 de Novembro de 1998, pelo Senado, aguardava junto à Câmara dos Deputados, a criação de Comissão Especial destinada a proferir parecer e debater e analisar propostas para conter a Biopirataria no Brasil, fato somente ocorrido agora em 13 de Abril de 2011, por ato da Presidência¹³⁵.

Importa destacar prioritariamente que há construção de tipos penais para as infrações que afetem o patrimônio genético, tudo com vistas à contenda contra a Biopirataria, dentro da ideação de um Direito Penal Ambiental.

Enfim, a luta por uma pauta ao menos regularizada neste domínio da Biopirataria passa pelo imperioso debate sobre a criação de uma figura penal.

4.4. Direito Comparado

Não se olvidando que em termos de Direito Comparado torna-se trabalhoso trasladar perspectivas de uma realidade para outra, tal óbice não impossibilita uma análise mesmo que perfunctória de outras composições nacionais, mormente ao estudar o tema em questão – Biodiversidade - que tem inegavelmente fronteiras transnacionais. Ter-se-á o foco em alguns países megadiversos, eleitos por razões geográficas e de integração regional¹³⁶¹³⁷.

¹³⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Andamento da Proposição junto à Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21168>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

¹³⁶ Cf. LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo. *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Ástrea, 2012. p. 34.

¹³⁷ Nada obstante não se tratar de país componente do rol dos megadiversos, cogente retratar a previsão seguinte sobre proteção ambiental na Constituição do Paraguai: Artículo 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar. (g.n.)

Destarte, antes de adentrar no estudo propriamente dito, mister uma rapidíssima contextualização, lembrando que o enfoque em testilha é o tratamento criminal da questão da Biopirataria.

Principiemos então, por uma visão célere da situação da América Latina, berço da maioria dos países analisados, mormente focalizando sinais da Justiça Penal.

Uma observação a ser traçada diz respeito ao risco de sob o manto da legalidade formal, haver verdadeiro desrespeito aos Direitos Humanos, instrumentalizado a partir do Direito Penal e do Direito Processual Penal que, em verdade, deveriam mesmo, assegurar os direitos da pessoa humana.

O aumento da resposta sancionadora por conta dos problemas não solvidos por outros âmbitos sócio-econômico-políticos provoca uma hipercriminalização, que pode redundar em afronta aos mencionados Direitos Humanos em sua vertente – Princípio da Lesividade – inclusive à medida de um incremento desmedido dos delitos de perigo abstrato.

E, mais especialmente, depreende-se que a operatividade deste sistema de poder penal funda-se num inicial patamar de seletividade distorcida, aliás, a cargo das forças policiais, justificado por maciço e rentável aparato midiático absolutamente vindicativo, que encobre afinal, crônica omissão estatal em diversificadas áreas. Sistema penal este que desborda para um ambiente prisional com elevado índice de violência e pois, reincidência, atingindo o ápice na supressão física do indivíduo encarcerado¹³⁸.

Agora, especificamente a Colômbia.

A Colômbia ostenta ímpar situação. Ao lado de uma renitente guerra armada, com grupos insurgentes e paramilitares, existe um inafastável desenvolvimento econômico global. E, em tal quadro, o Direito Penal resta por configurar-se como um esforço descomunal do Estado para fazer-se presente, com nobres pretensões de preservação da cidadania que redundam sim, em garantias constitucionais arranhadas¹³⁹, recordando ainda

¹³⁸Cf. GUSIS, Gabriela L.; VEJA, Pablo D. El encarcelamiento en América Latina: perspectivas y propuestas. In: VACANNI, Pablo Andrés (Coord.); ZAFFARIONI, Eugenio Raul (Dir.). *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 73.

¹³⁹SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colômbia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial IB de f., 2008. p. 76.

que, mesmo nesta crise de governabilidade, a Constituição Colombiana tem caráter democrático.

E, por óbvio, em face deste delineamento, em que impera, ainda, altíssimo índice de impunidade, banalização da violência, Justiça Penal trivial¹⁴⁰, a criminalidade percebida pela população certamente não diz com os crimes ambientais.

Assim, na última reformulação do Código Penal colombiano no ano de 2000, sucedeu uma marca indelével da função simbólica do Direito Penal, com a criação de sessenta novos delitos, transformação de contravenções em crimes, aumento da pena máxima para o patamar de quarenta anos, integração no direito ordinário da legislação de emergência, etc. e, especialmente nesta profusão legislativa afinal, um populismo punitivo que renderia lucros eleitorais¹⁴¹. Vale ressaltar que, tem-se como inquietante, sobretudo nesta hemorrhagia legal, a redação de novas infrações penais que “falariam por si mesmas”, sem quaisquer debates democráticos ou, o que parece-nos ser, ao contrário, uma interessante idéia, a elaboração de projetos legislativos já com a previsão dos resultados a serem esperados¹⁴².

Nada obstante o previamente aludido, a República da Colômbia não se furtou a tratar do assunto Biodiversidade e depois, da Biopirataria.

Aqui, convém fazer referência ao documento “Política Nacional de Biodiversidade”, que se configura, em verdade, como uma política da nação para a conservação, conhecimento e uso sustentável da Biodiversidade, como também, da distribuição justa e equitativa de seus benefícios. Nele há importante relação de estratégias para a manutenção da Biodiversidade, desde sistemas de áreas preservadas, diminuição de atividades prejudiciais, recuperação de ecossistemas¹⁴³, caracterização de componentes da

¹⁴⁰Para apresentação de critérios quantitativos de eficiência, o sistema judicial colombiano empenha-se predominantemente na resolução de casos com menor complexidade, que são exatamente aqueles opostos aos de maior significação impactante na sociedade civil. Cf. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. op. cit., p. 84.

¹⁴¹Id. Ibid., p. 105.

¹⁴²Id. Ibid., p. 117.

¹⁴³Prosseguindo nos apontamentos peculiares da Colômbia, a questão das drogas aflora. Veja: “Por outra parte, los cultivos ilícitos y las actividades de erradicación han contribuido en forma substancial a la pérdida de diversidad biológica. Esta pérdida de diversidad se origina indirectamente por los patrones de consumo de drogas por parte de los países desarrollados. Las regiones que han sido más afectadas por la presencia de estos cultivos coinciden con ecosistemas de alta vulnerabilidad, tales como los ecosistemas amazónicos y andinos. Se ha estimado que el establecimiento de una hectárea de coca conlleva la destrucción de dos hectáreas de bosque; y la siembra de una hectárea de amapola, la tala de dos y media hectáreas, existiendo para el año de 1994, 39.800 hectáreas sembradas de coca, 20.200 hectáreas em amapola, y 5.000 hectáreas de marihuana.”

Igualmente, a questão dos guerrilheiros e dos paramilitares influencia na proteção da Biodiversidade. Veja:

Biodiversidade e dos Conhecimentos Tradicionais, uso sustentável, inclusive com promoção de bancos de germoplasma, sistemas de valoração multicriterial da Biodiversidade, alcançando mecanismos de distribuição equitativa de suas vantagens, tudo com vistas afinal, ao *ajuste das contas nacionais que então devem refletir corretamente valor e custo da Biodiversidade*.

Importante aporte vem com a constatação de que a sobrevivência de qualquer ser vivo depende da Biodiversidade. Aqui se está a dizer, prioritariamente, a prestação de serviços ecossistêmicos¹⁴⁴ que se perfazem em condições de existência dos habitats, além do evidente fornecimento de bens e satisfação cultural.

Após a prolação do documento acima, foi editado o Plano de Ação Nacional em Biodiversidade para desenvolver as estratégias antes demarcadas. De interesse, tem-se a preocupação com a pressão sofrida pelos povos indígenas, afrocolombianos e comunidades locais e a indispensabilidade da recuperação, proteção e divulgação dos conhecimentos tradicionais, como parte de um saber coletivo, inclusive a ser inovado, passando-se a objetivos como sua garantia em efetivo exercício dos direitos fundamentais coletivos dos povos a serem tutelados, por exemplo, por ações populares ou mesmo por uma normatividade cautelar. E, a imprescindibilidade de participação do setor privado no aproveitamento sustentável, identificando espaços de participação e benefícios tributários. Também, a promoção e organização de extratores artesanais para produtos. Por derradeiro, a recomendação da atualização do regime nacional e internacional dos Direitos de Propriedade Intelectual, dentre outras medidas.

“Por otra parte, la presencia del Estado colombiano ha sido tradicionalmente muy baja en las zonas de mayor biodiversidad. Estas zonas por lo general coinciden con áreas con problemas de orden público, presencia de guerrilla y paramilitares. La baja presencia del Estado ha afectado tanto la atención de este a las poblaciones locales en salud, educación y servicios básicos, como en el control de cumplimiento de las normas ambientales. La capacidad institucional de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible (CAR) en estas zonas es usualmente muy inferior a la requerida para cumplir con sus funciones de ejecución de políticas, programas y proyectos de medio ambiente. Esta debilidad institucional ha llevado a un alto grado de incumplimiento de las normas ambientales y especialmente a un alto deterioro de los recursos naturales renovables. Un orden de magnitud de esta débil capacidad institucional se expresa en el hecho de que se ha encontrado que 42% de la explotación forestal en Colombia es ilegal. Los efectos de esta debilidad institucional se reflejan en el deterioro de ecosistemas estratégicos. Por ejemplo, la asociación del *Catival* ha sido intervenida en un 80% por causas de colonización. Esto ha llevado al cambio de uso del suelo de 72.000 hectáreas quedando bajo esta asociación sólo 363.000 hectáreas. Dadas las características del *Catival*, esta modificación del uso del suelo contribuyó a una substancial pérdida de diversidad biológica.” (POLÍTICA Nacional de Biodiversidad. República de Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. Departamento Nacional de Planeación. Instituto "Alexander von Humboldt". Disponível em: <http://www.minambiente.gov.co/documentos/politica_nacional-biodiversidad.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012).

¹⁴⁴Leia-se: controle dos hidrológicos, fixação de carbono, produção de oxigênio e regulação do clima.

Enfim, no que interessa, ao estudar o Código Penal Colombiano, há dois artigos cujos espíritos *parecem indicar parcial inquietude com a Biodiversidade*. Trata-se no Título XI – De Los Delitos Contra Los Recursos Naturales Y El Medio Ambiente, em seu Capítulo Único – Delitos Contra Los Recursos Naturales Y Medio Ambiente, o que segue:

Artículo 328 – Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables. – El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos faúnicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en via de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años e multa hasta de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 329 – Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales.- El extranjero que realizare dentro del territorio nacional acto no autorizado de explotación de recursos naturales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de 100 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Outro país de suma importância para uma digressão. É a Costa Rica.

A Costa Rica tem elevados índices de qualidade de vida, entretanto, a imigração de naturais principalmente da Nicarágua, foragidos da crise econômica que lá se instalara e cresce nos últimos tempos, redonda em um território em que pequenos delitos patrimoniais são a regra. Mais, a intranquilidade com a violência doméstica contra mulheres também existe, todavia, persegue-se há muito a conscientização e outros mecanismos de reforço para este mal. Por final, não se pode olvidar que a Costa Rica ainda, presta-se como ponte para a traficância de drogas entre países produtores e países consumidores.

Importa anotar entretanto que, se a criminalidade não é um problema de enorme valia para os costa-riquenhos, ao contrário, a sua percepção da delinquência como uma das principais dificuldades aflora muitíssimo, perfazendo a questão da segurança pública uma agenda para eles e para toda a América. Aliás, no que concerne a esta sensibilidade dos cidadãos da Costa Rica, o Meio Ambiente também torna-se tema crescente, sendo por exemplo, a segunda nação, depois da Argentina, a perceber que qualquer câmbio climático impactará seu país e sua família¹⁴⁵.

¹⁴⁵Cf. INFORME Latinobarómetro 2011. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

No que tange à Biodiversidade, a norma mais relevante já publicada é a Lei de Biodiversidade nº 7788 de 27 de maio de 1998. Em seu primeiro artigo assegura que ostenta como objetivo a conservação da Biodiversidade e a utilização dos recursos de forma sustentável e a distribuição *razoável* de benefícios e de custos. Nesta seara, não se afastam as patentes - que todavia, deverão atender os ditames da patenteabilidade dispostos na Lei de Patentes de Invenção nº 6867 de 5 de abril de 1983 e suas reformas - nem quaisquer outros Direitos de Propriedade Intelectual, desde que, sua exploração comercial não cause danos graves ao meio ambiente (cf. artigo 78). Estabelece um título denominado “Os direitos intelectuais comunitários *sui generis*” no qual são reconhecidos e protegidos os conhecimentos, as práticas e inovações dos povos indígenas e das comunidades locais relacionadas com o emprego de elementos da biodiversidade e do conhecimento associado, sendo que, tais direitos de natureza coletiva dispensam prévio registro oficial e abrem oportunidade de um processo participativo para as comunidades envolvidas (cf. artigo 82 e ss.). Perceba-se que tal sistema é diferente do seguinte Patenteamento ou dos Direitos de Propriedade Intelectual outorgados sobre Conhecimentos Tradicionais associados, sendo que a Lei de Biodiversidade contudo, é omissa em dois importantes aspectos: quanto às consequências para o caso de infração a estes direitos comunitários e, em verdade, quanto ao término de proteção deste direitos ou ao seu caráter indefinido. Especificamente quanto ao acesso irregular ao Patrimônio Genético, tem-se relevante disposição consubstanciada no artigo 112:

Acceso no autorizado a los elementos de la biodiversidad a quien realice exploración, bioprospección o tenga acceso a la biodiversidad, sin estar autorizado por la Oficina Técnica de la Comisión, cuando sea necesario en los términos de esta ley o se aparte de los términos en los cuales le fue otorgado el permiso, se le impondrá una multa que oscilará desde el equivalente a un salario establecido en el artículo 2 de la Ley nº 7337, hasta el equivalente a doce de estos salarios.

Importa anotar todavia que, de fato, falta a antevisão de um procedimento para a imposição da penalidade prescrita, quando do acesso não autorizado pela Comissão Nacional de Gestão da Biodiversidade (CONAGEBIO). E, que ademais, mesmo que se possível sua imposição, teria valor diminuto para justificar uma demanda de cobrança, por exemplo, em termos internacionais.

E, por fim, nada obstante a citada Lei de Biodiversidade nº 7788 de 27 de maio de 1998 aponte o sancionamento criminal, a previsão de um tipo penal de combate à Biopirataria inexistente no ordenamento Costa-riquense, podendo apenas a conduta ser enquadrada em outros tipos penais com bens jurídicos absolutamente distintos. Veja o que diz a mencionada legislação, no artigo 111:

Responsabilidad penal general. Salvo las situaciones ilícitas tipificadas en esta ley, la responsabilidad penal será la prescrita en el Código Penal y leyes especiales. Tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos o profesionales en el ejercicio de sus cargos o profesiones, la autoridad judicial podrá imponer la pena de inhabilitación especial por un máximo hasta de cinco años, de acuerdo con los criterios generales de imposición de las penas.

E, segundo sondagem junto ao Sistema de Consulta Costa-riquense de Informação Jurídica não há qualquer sentença associada à norma indicada¹⁴⁶.

Prosseguindo, no que concerne ao Equador, outras lições podem ser de valia.

Em princípio, não obstante a idéia de encerrar a violência que permeia a sociedade equatoriana, tanto advinda do fato criminoso quanto da própria resposta estatal, a melhor solução parece-nos que não é aferida. Novamente se reporta a um Direito Penal máximo, a uma redução de garantias constitucionais e aumento de pena, inclusive com o debate acerca da prisão perpétua¹⁴⁷.

Destarte, há uma inequívoca cruzada para o incremento das penalidades travada pelos meios de comunicação, com alarma social para delitos especialmente selecionados, obviamente distantes dos centros de poder, e, pelos setores políticos. Ademais, se observam as tais “marchas brancas”¹⁴⁸ em que se justifica um Estado policialesco, que confunde prevenção policial com repressão penal.

¹⁴⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Sistema Costarricense de Información Jurídica. Disponível em: <http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=JUR&nValor2=39796&nValor1=1&nValor3=74714&nValor5=175269&strTipM=J>. Acesso em: 27 nov. 2012.

¹⁴⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. La reciente política legislativa penal en Ecuador. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*, cit., p. 202.

¹⁴⁸ Veja: “Ya en el Ecuador se han producido las denominadas ‘marchas blancas’ a partir de la trágica e injustificada muerte de la niña Fabara en el 2006, em algunas ciudades. En Guayaquil se afirma que la manifestación congregó a más de cien mil ciudadanos, y outro tanto ocurrió en Quito, Cuenca, etc. Este ‘movimiento blanco’ en Bruselas, en 1996, congregó a 300.000 personas, y, al igual que lo ocurrió en Ecuador, estuvo promovido por los medios de comunicación, grupos políticos no progressistas, y contó con la presencia de los padres de la víctima. En el Ecuador, los atribulados padres presentaron el proyecto de *cadena perpetua*, que fue incluso entregado a la legislatura ecuatoriana, al tiempo que se clamaba por alimentar un discurso de seguridad ciudadana y de *tolerância cero* como combate a la delincuencia.” Cf. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. op. cit., p. 220.

O Equador ostenta peculiar problemática criminal consistente no tráfico ilegal de emigrantes, como nova faceta da delinquência organizada, altamente rentável, o dito “coyoterismo”¹⁴⁹.

Ao vislumbrar-se entretanto, a Constituição da República do Equador, mormente no que nos importa, admirável é seu enfoque do Meio Ambiente.

O artigo 71 do referido documento, *ad exemplum*, consagra o direito da Natureza ou *Pachamama* ao respeito integral à sua existência, em liberal visão¹⁵⁰.

Depois, quanto à Biodiversidade¹⁵¹ e a Biopirataria, há previsões expressas na mesma Carta Constitucional, maiormente no artigo 322¹⁵², que proíbe a apropriação de Conhecimentos Coletivos e Recursos Genéticos.

¹⁴⁹ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. op. cit., p. 203.

¹⁵⁰Derechos de la naturaleza

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

¹⁵¹Biodiversidad

Art. 400.- El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.

Art. 401.- Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales.

Art. 402.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.

Art. 403.- El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.

¹⁵²Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

Ainda, em atendimento ao Regime Comum sobre o Acesso aos Recursos Genéticos na aplicação da Decisão 391 da Comunidade Andina, foi editado o pertinente Regulamento Nacional nº 905.

Este, dentre outras providências, demarca o Princípio do Consentimento Fundamentado Prévio, tanto do Estado quanto da Comunidade envolvida e, nesta última hipótese, com previsão de interrupção dos prazos de obtenção e tramitação da solicitação enquanto não houver a resposta; o posicionamento que exclui do âmbito de incidência desta normativa, o uso de material genético e biológico para alguns fins científicos, como taxonomia, biogeografia e filogeografia; estabelece a figura do Contrato Marco conceituado como aquele que se subscreve com fins de investigação de acesso a recursos genéticos cujos resultados não poderão ser utilizados para fins comerciais; cria ainda outra entidade, qual seja, a Instituição Nacional de Apoio, pessoa jurídica nacional, dedicada à investigação biológica de índole científica ou técnica, que acompanha o solicitante e participa junto com ele nas atividades de acesso; traz ao Instituto Equatoriano da Propriedade Intelectual a competência da coordenação das ações encaminhadas a determinar a existência de componente intangível associado aos recursos genéticos; apõe previsão expressa de aumento do valor dos benefícios quando o recurso genético for compartilhado por outros países; dá a resolução do Contrato de Acesso no caso de adulteração de informes e, por fim, abre a viabilidade de medidas de natureza administrativa, civil e penal para o incumprimento dos requisitos de empréstimo nos Contratos Marco.

Especialmente no tema em testilha¹⁵³, vale sublinhar a recente reforma penal ocorrida com a lei 99-49 de 25 de janeiro de 2000, que cuida dos Delitos contra o Patrimônio Cultural assim como, dos Delitos contra o Meio Ambiente que incluem os ecológicos. Veja-se então, no Código Penal Equatoriano, no Capítulo X-A: Dos Delitos contra o Meio Ambiente, as ímpares prescrições acrescentadas, mormente os crimes funcionais postos nos versículos 437-E¹⁵⁴ e 437-J¹⁵⁵, as medidas cautelares do ditame 437-K¹⁵⁶ e, para finalizar:

¹⁵³Perceba, nada obstante, noutros termos, a preocupação com o patrimônio genético e com a Biodiversidade: Art. 437-B.- El que infringere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido. (g.n.).

¹⁵⁴Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más

Art. 437-F. – El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años.

La pena será de prisión de dos a cuatro años cuando:

- a) El hecho se cometa em período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;*
- b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o,*
- c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.*

No que diz respeito à quadra do Estado Mexicano¹⁵⁷, persiste, como nos países anteriores, um forte processo de reforma penal expansionista, igualmente sem implicar eficazes respostas sociais, e daí, o afastamento entre a normação e a realidade social tornou-se um fato. Também, não desprezando o grave problema da criminalidade, como em outras nações, os meios de comunicação incrementam o sentimento de medo na sociedade civil, em nada colaborando com a resolução da crise, principalmente esquecendo seu relevante papel de aparato preventivo. E, indubitavelmente, este pânico gerado agrega maior violência à comunidade na medida em que legitimaria a Justiça pelas próprias mãos¹⁵⁸.

Aliás, esta tendência político-criminal de reforma por reforma redonda em ausência de maturação o bastante para aferição dos erros e acertos da nova legislação regente causando, ao reverso de solução, nítido caráter de insegurança jurídica e reconhecimento de encurtada visão da problemática por aqueles que tomam tais decisões. Por final, importa lembrar que a simples modificação da lei penal não tem o condão de

severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.

¹⁵⁵Art. 437-J.- Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.

¹⁵⁶Art. 437-K.- El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental.

¹⁵⁷“(…) en la Republica Mexicana existen 31 Codigos Penales de los Estados y (desde 2002) un Código Penal para el Distrito Federal, además del Código Penal Federal y de un Código de Justiça Militar.” Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. La reciente política legislativa penal en México. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada* (2000-2006), cit., p. 283-286.

¹⁵⁸Cf. Id. Ibid., p. 321.

trazer novos contornos ao sistema penal, se não for acompanhada de uma política criminal hígida, com lei adjetiva à altura, capacitação dos operadores do Direito, etc., além de outras providências fora do âmbito penal.

Também assolado pelo narcotráfico, o México, buscando instrumentos ágeis para o combate a este tipo de criminalidade, empreendeu um “interessante” caminho de elaboração de reformas legislativas na Constituição Federativa, com o fito de dar suporte a novel e conforme base constitucional do Direito Penal, no final do ano de 1993; e, segundo esta inteligência, seria melhor proceder a uma mutação da Máxima Carta que pugnar pela constitucionalidade de lei duvidosa¹⁵⁹. Entretanto, é conveniente pontuar que, a lei penal mais que uma resposta estatal deve ser cogente reflexo do Estado Democrático de Direito.

Não se deve olvidar que, a delinquência organizada de cunho transnacional ostenta obstáculos para identificação de autores e vítimas, bem como conceituação dos reais interesses abarcados, leia-se bem jurídico, e por isto, sua erradicação é de extrema dificuldade. Ademais, esta internacionalização do delito resulta em subsunção a outros mecanismos de controle advindos de planos internacionais¹⁶⁰. Tal última ilação serve para os crimes ambientais também.

Destarte, a problemática ambiental após a Rio 92 espargiu-se mais severamente por todo o mundo e o México não poderia estar a isto imune. Assim, pouco tempo depois, com a CONABIO (Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de La Biodiversidad), o Estado Mexicano debruça-se sobre a temática Ambiental basicamente com a produção de documentos como “La Diversidad Biológica de México”, “Estrategia nacional sobre biodiversidad de México” e “Plan de acción nacional”¹⁶¹. Ademais, oferta como normativas para o Acesso a Recursos Genéticos, a Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e Proteção Ambiental, de 1 de março de 1988, Lei Geral de Vida Silvestre, de 4 de julho de 2000 e Lei Geral de Desenvolvimento Florestal Sustentável, de 26 de maio de 2003.

Quanto ao Código Penal Mexicano, no Título Vigésimo Quinto, nos Delitos contra o Ambiente e a Gestão Ambiental, especialmente no assunto que nos toca, em

¹⁵⁹Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. op. cit., p. 299.

¹⁶⁰“(...) en los tiempos actuales, los países del mundo – y por tanto México – se encuentran ineludiblemente inmersos en un proceso de *globalización*, así como en un proceso de *internacionalización del delito*, de la política criminal y del derecho penal, en que los Estados nacionales ya no pueden por sí solos controlar las diversas situaciones que son generadas por dicho proceso, como es el caso de la delincuencia organizada transnacional, que ha motivado la generación en el plano internacional de otros mecanismos de control y que han tenido sus implicaciones en el plano nacional.” Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. op. cit., p. 308.

¹⁶¹COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD - CONABIO. Disponível em: <<http://www.conabio.gob.mx/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

primeiro, vale fazer prévia menção às suas previsões acerca dos delitos de cumulação (Artículo 414 - CAPITULO PRIMERO – De las actividades tecnológicas y peligrosas)¹⁶², dos delitos de falso e dos crimes funcionais (Artículo 420 Quater – CAPÍTULO CUARTO – Delitos contra la gestión ambiental)¹⁶³, da imposição de penas ou medidas de segurança (Artículo 421 – CAPÍTULO QUINTO – Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente) e finalmente, de todo o Capítulo Segundo que tem como temática, a Biodiversidade, notadamente:

Artículo 417. – Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que introduzca al territorio nacional, o trafique con recursos forestales, flora o fauna silvestre viva o muerta, sus productos o derivados, que porten, padezcan o hayan padecido, según corresponda alguna enfermedad contagiosa, que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio a la flora, a la fauna, a los recursos forestales o a los ecosistemas.

Artículo 420. – Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

(...)

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte (...)

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

¹⁶²“Artículo 414 (...) Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo, se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad.” (g.n.).

¹⁶³“Artículo 420 Quater . Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

(...)

II. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal;

III. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal;

IV. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente, o

V. No realice o cumpla las medidas técnicas, correctivas o de seguridad necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

Enfim, um país que serve de modelo na temática é o Peru.

Há um sentimento recente de progresso no país, mormente no que concerne à justiça distributiva. Contudo, isto não repele absolutamente o desassossego com a questão da delinquência (no ano de 2011, tido como o primordial problema para os cidadãos)¹⁶⁴ com o narcotráfico e com a corrupção, esta última, alastrada por toda a população que não estaria disposta a cumprir com seus deveres. E, some-se a isto o alto grau de insatisfação com o sistema judicial pelos peruanos¹⁶⁵.

E se não é tido como o país mais ambientalista da América, como o Chile, o Peru dá mostras de evolução e exemplo no combate à Biopirataria.

Em primeiro, vale salientar que, existe a Lei de Proteção ao Acesso a Diversidade Biológica Peruana e aos Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas, isto é, Lei 28216. Como sua ementa indica pretende assegurar a defesa da Biosociodiversidade Peruana (cf. ainda, artigo 1º.) contra atos de Biopirataria (artigo 4º. alínea “b”). Para tanto, cria uma Comissão Nacional de Coordenação e Ação (cf. artigo 2º.) que ostenta as seguintes funções (artigo 4º.):

- a) Crear y mantener un Registro de los Recursos Biológicos y Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Perú.*
- b) Proteger de actos de biopiratería.*
- c) Identificar y efectuar el seguimiento de las solicitudes de patentes de invención presentadas o patentes de invención concedidas en el extranjero, relacionadas con recursos biológicos o con conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú.*
- d) Evaluar técnicamente las solicitudes presentadas y las patentes concedidas, precisadas en el literal anterior.*
- e) Emitir informes acerca de los casos estudiados, realizando recomendaciones a seguir en las instancias del Estado competentes.*
- f) Interponer acciones de oposición o acciones de nulidad contra las solicitudes de patentes de invención o contrapatentes concedidas en el extranjero, que se relacionen con material biológico o genético del Perú o los conocimientos colectivos de sus pueblos indígenas y nativos.*
- g) Establecer canales permanentes de información y diálogo con las oficinas de propiedad industrial de otros países.*
- h) Promover vínculos con los organismos de participación regional del Estado y de la Sociedad Civil.*

¹⁶⁴Cf. LATINOBAROMETRO. *Informe Latinobarómetro Perú 1995-2011*. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

¹⁶⁵Id. Ibid.

i) Elaborar propuestas con la finalidad de proteger en los diversos foros internacionales la posición del Estado y de los pueblos indígenas y nativos del Perú, con la finalidad de prevenir y evitar los actos de biopiratería.

E, com fulcro nesta regulamentação ambiental, faz-se possível a interessante tipificação penal a seguir que abarca as duas frentes de ataque da Biopirataria, ou seja, tanto o Patrimônio Genético, quanto os Conhecimentos Tradicionais Associados. Algumas prévias observações. Em primeiro que, o Código Penal Peruano, na Exposição de Motivos, classifica o meio ambiente como bem jurídico de caráter sócio-econômico¹⁶⁶. Depois, há previsões de crimes funcionais¹⁶⁷, responsabilidade penal dos *representantes legais* da pessoa jurídica incriminada por algum delito ecológico¹⁶⁸ e medidas cautelares determinadas pelo julgador penal¹⁶⁹.

¹⁶⁶Veja: “11. La Constitución Política es contundente al señalar que todos tenemos el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza y que todos tenemos el deber de conservar dicho ambiente. Además el Estado está obligado a prevenir y controlar la contaminación ambiental. Con este objetivo protector, el Código Penal prevé los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socio económico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal.

Toda actividad humana por sí misma es contaminante máxime si es industrial. Por ello, a fin de establecer un criterio que compatibilice la explotación industrial con la protección del medio ambiente, el Código Penal precisa que el acto contaminante debe sobrepasar los límites establecidos para que constituya delito”.

¹⁶⁷Artículo 314.- Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos.

El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento o renovación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

La misma pena será para el funcionario público competente para combatir las conductas descritas en el presente Título y que, por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, facilite la comisión de los delitos previstos en el presente Título.

Artículo 314-B.- Responsabilidad por información falsa contenida en informes

El que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba o realice estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal u otro documento de gestión forestal, exigido conforme a ley, en los que se incorpore o avale información falsa o inexacta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.

¹⁶⁸Artículo 314-A.- Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas.

Los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título serán responsables penalmente de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 23 y 27 de este Código.

¹⁶⁹Artículo 314-C.- Medidas cautelares

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito.

Todavia, o mais relevante é a prescrição do crime do Tráfico Ilegal de Recursos Genéticos que parece afinal, deter em absoluto a previsão de um tipo penal para a Biopirataria do Patrimônio Genético.

Artículo 308-D.- Tráfico ilegal de recursos genéticos

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.

La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.

Outro país megadiverso é a África do Sul.

Crime é um tema de destaque na África do Sul, tendo uma taxa extraordinariamente elevada de assassinatos, assaltos, estupros (de crianças e adultos) e outros crimes em comparação com a maioria dos países. Tal fator influencia em demasia a emigração. A banalização da violência e a desigualdade social explicam tal situação em junção a um desmoralizado serviço policial.

Um específico cenário ganha destaque na mídia, qual seja, os roubos contra fazendeiros brancos. Enquanto o governo explica tal fato no seio da criminalidade, os fazendeiros alegam serem vítimas de um movimento anti-brancos orquestrado para o abandono de suas terras.

Também ela possui um Plano Estratégico para Assuntos Ambientais (01 de Abril de 2012 a 31 de Março de 2017), notadamente para a Biodiversidade e Conservação. Nele, define-se um projeto para um desenvolvimento justo, ambicioso e juridicamente vinculativo em futuro multi-lateral e baseado em regras globais. E a Biopirataria surge como prioridade do Governo no combate à criminalidade e corrupção.

Há ênfase nos pretendidos benefícios econômicos daquela rica Biosfera, buscando-se garantir um desenvolvimento econômico que seja sustentável sem ofensa ao Meio Ambiente, numa abordagem preservacionista e desenvolvimentista. A proteção da

Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal. En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos. En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

Biodiversidade aflora então como um instrumento inclusive para geração de empregos e rendas para aqueles indivíduos não qualificados no mercado formal. A abordagem segue níveis de atuação global, nacional e regional. E a imprescindibilidade de uma legislação ambiental adequada surge como meta para redução do déficit entre a normativa e o cumprimento desta.

De mais interessante no Plano de Ação que se segue é a consideração de que a Biodiversidade deve integrar todos os demais planos governamentais, numa visão abrangente da Biodiversidade. *A Biodiversidade que, de fato, ostenta um papel relevantíssimo nas planificações de subsistência, não tem seu valor associado em diversificados cálculos para tomada de decisões.* Noutras palavras, a Biodiversidade não compõe o Produto Interno Bruto (PIB). A isto, agregue-se a urbanização e o Apartheid que restam por alienar todas as pessoas da Natureza. E o caminho para a desconsideração da Biodiversidade está aberto.

Não se olvida nesta seara, a área de Bioprospecção e “privatização” dos recursos biológicos como espaços que demandam cuidados, dentre eles, um acelerado incremento de uma legislação protetiva, inclusive dos indivíduos nos Conhecimentos Tradicionais associados. Destarte, uma ampla revisão das leis intelectuais de propriedade da África do Sul é recomendada, combinada com um processo de política pública para explorar a interface entre aqueles tais Conhecimentos Tradicionais relacionados ao Comércio dos Direitos de Propriedade (TRIPS) e à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), tudo com o fito de garantir o exame da ABS (Acordo de Acesso e Compartilhamento de Lucros – ABS em inglês) e questões de conhecimentos tradicionais e rever a abordagem da África do Sul sobre política ao patenteamento da vida.

Enfim, sobre Biodiversidade tem-se como principal documento “National Environmental Management: Biodiversity Act, 2004”. Nele há, além das óbvias diretrizes sobre Biodiversidade, o Capítulo Nove sobre Infrações e Penalidades, inclusive de cunho penal¹⁷⁰.

¹⁷⁰Offences

101. (1) A person is guilty of an offence if that person contravenes or fails to comply with a provision of-
(a) section 57(1), 65(1), 67(2), 71(1) or 81(1);

(b) a notice published in terms of section 57(2); or

(c) a directive issued in terms of section 69(2) or 73(3).

(2) A person who is the holder of a permit is guilty of an offence if that person-

(a) contravenes or fails to comply with a provision of section 69(1) or 73(1);

(b) performs the activity for which the permit was issued otherwise than in accordance with any conditions subject to which the permit was issued; or

Atingindo agora a Ásia e a Oceania, principiamos com a Índia.

O crime na Índia está presente de diversificadas formas.

O crime organizado inclui o Tráfico de drogas e de seres humanos, o branqueamento de dinheiro, a extorsão, o sequestro, o homicídio, a violência de cunho político ou religioso, o terrorismo, a fraude, a corrupção, etc.

A Índia está localizada entre dois dos maiores produtores de ópio da Ásia - o Golden Crescent compreendendo Paquistão, Afeganistão e Irã e o Golden Triangle compreendendo Myanmar, Tailândia e Laos. É a maior produtora mundial de ópio lícito para o comércio farmacêutico, mas uma quantidade indeterminada de ópio é desviada para ilícitos mercados internacionais de drogas. Cuida ainda de ponto de trânsito de drogas ilícitas produzidas em países vizinhos e em todo o Sudoeste da Ásia. É vulnerável ao crime de lavagem de dinheiro advindo dos narcóticos. Produz ilicitamente a droga metaqualona e lícitamente, a cetamina¹⁷¹.

Quanto à diversidade biológica, a Índia apresenta o seguinte ato regente na questão da Biodiversidade: The Biological Diversity Act, 2002. Trata-se de uma série de dispositivos legais que pretendem a conservação da heterogeneidade biológica, seu uso sustentável e o compartilhamento equitativo dos benefícios daí advindos, inclusive dos conhecimentos a eles atrelados, realçando os direitos soberanos dos Estados sobre recursos genéticos.

Nele há previsões de penalidades, que incluem aprisionamento, bem como, pena de multa, com possibilidade de agravamento em caso de recidiva ou continuidade,

(c) permits or allows any other person to do, or to omit to do, anything which is an offence in terms of paragraph (a) or (b).

(3) A person is guilty of an offence if that person-

(a) fraudulently alters any permit;

(b) fabricates or forges any document for the purpose of passing it as a permit;

(c) passes, uses, alters or has in his or her possession any altered or false document purporting to be a permit; or

(d) knowingly makes any false statement or report for the purpose of obtaining a permit.

Penalties

102. (1) A person convicted of an offence in terms of section 101 is liable to a fine, or to imprisonment for a period not exceeding five years, or to both fine and such imprisonment.

(2) A fine in terms of subsection (1) may not exceed-

(a) an amount prescribed in terms of the Adjustment of Fines Act, 1991 (Act No. 101 of 1991); or

(b) if a person is convicted of an offence involving a specimen of a listed threatened or protected species, an amount determined in terms of paragraph (a) or which is equal to three times the commercial value of the specimen in respect of which the offence was committed, whichever is the greater.

¹⁷¹ CIA – CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. Publications The World Factbook. *South Asia: India*. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/in.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

infrações cometidas por pessoas coletivas e a consequente culpabilidade dos responsáveis, etc.¹⁷².

Como em qualquer outro país megadiverso, a temática da Biodiversidade e da Sociodiversidade já rendeu normativas nas Filipinas.

Antes, mantendo a mesma didática vale fazer referência à questão da criminalidade, cujo enfoque aqui, é o narcotráfico.

A produção de metanfetamina doméstica tem sido um problema crescente nos últimos anos, apesar da repressão do governo. Por outro lado, o país é grande consumidor de anfetaminas. Enfim, é igualmente produtor de maconha de longa data, principalmente em áreas rurais onde o controle de Manila é limitado¹⁷³.

Já com vistas à Biopirataria, analisando a regência da prospecção dos recursos genéticos e biológicos (Executive Order nº 247), que não repele outras normas protetivas,

¹⁷²CHAPTER XII – MISCELLANEOUS: 55. Penalties.-(1) Whoever contravenes or attempts to contravene or abets the contravention of the provisions of section 3 (Certain persons not to undertake Biodiversity related activities without approval of National Biodiversity Authority) or section 4 (Results of research not to be transferred to certain persons without approval of National Biodiversity Authority) or section 6 (Application for intellectual property rights not to be made without approval of National Biodiversity Authority) shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to five years, or with fine which may extend to ten lakh rupees and where the damage caused exceeds ten lakh rupees such fine may commensurate with the damage caused, or with both. (2) Whoever contravenes or attempts to contravene or abets the contravention of the provisions of section 7 or any order made under sub-section (2) of section 24 shall be punishable with imprisonment for a term which may extend to three years, or with fine which may extend to five lakh rupees, or with both.

And 56. Penalty for contravention of directions or orders of Central Government, State Government, National Biodiversity Authority and State Biodiversity Board.-If any person contravenes any direction given or order made by the Central Government, the State Government, the National Biodiversity Authority or the State Biodiversity Board for which no punishment has been separately provided under this Act, he shall be punished with a fine which may extend to one lakh rupees and in case of a second or subsequent offence, with fine which may extend to two lakh rupees and in the case of continuous contravention with additional fine which may extend to two lakh rupees everyday during which the default continues.

57. Offences by companies.-(1) Where an offence or contravention under this Act has been committed by a company, every person who at the time the offence or contravention was committed was in charge of, and was responsible to, the company for the conduct of the business of the company, as well as the company, shall be deemed to be guilty of the offence or contravention and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly: Provided that nothing contained in this sub-section shall render any such person liable to any punishment provided in this Act, if he proves that the offence or contravention was committed without his knowledge or that he had exercised all due diligence to prevent the commission of such offence or contravention. (2) Notwithstanding anything contained in sub-section (1), where an offence or contravention under this Act has been committed by a company and it is proved that the offence or contravention has been committed with the consent or connivance of, or is attributable to, any neglect on the part of any director, manager, secretary or other officer of the company, such director, manager, secretary or other officer shall also be deemed to be guilty of the offence or contravention and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly. Explanation.-For the purposes of this section,- (a) "company" means any body corporate and includes a firm or other association of individuals; and (b) "director", in relation to a firm, means a partner in the firm.

¹⁷³CIA – CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. Publications The World Factbook. *East & Southeast Asia*: Philippines. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/rp.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

depreende-se, em primeiro, a demarcação de um princípio, qual seja, a inadmissibilidade de qualquer prejuízo à Biodiversidade. Depois, há o acurado com o consentimento informado prévio todavia, em interessante consonância às leis costumeiras das comunidades envolvidas. Após ainda, o estabelecimento de um lapso máximo de três anos no acordo para a pesquisa comercial, contudo renovável, e de cinco anos, para pesquisa acadêmica. Há seção específica que prevê sanções e penalidades, inclusive no âmbito criminal e a possibilidade de imposição do banimento perpétuo¹⁷⁴.

Também, no que concerne à Bioprospecção (D.A.O. 96-20), repete-se a válida previsão da persecução criminal, do banimento perpétuo, no caso de incumprimento das regras apostas, agregados ao confisco dos espécimes coletados, da publicação em mídia nacional e internacional das violações cometidas, e principalmente, a possibilidade de inculpação do Presidente da pessoa jurídica responsável pela transgressão¹⁷⁵.

E, por final, no que concerne às comunidades indígenas (Republic Act 8371), existe igualmente capítulo sobre sanções, prescrevendo desde a responsabilização penal da pessoa jurídica, de modo inclusivo, seu Presidente e outros, até a viabilidade de aplicação de penalidades costumeiras, excepcionadas aquelas cruéis, degradantes ou desumanas¹⁷⁶.

E a Austrália.

Uma excelente visão da problemática da criminalidade na Austrália pode ser aferida com supedâneo no “AUSTRALIAN CRIME COMMISSION ANNUAL REPORT 2010–11”. Cuida-se de balanço oficial preparado pela Comissão de Crime Australiano, a ser apresentado ao Parlamento pelo Ministro da Justiça. Dentro da prioridade nacional – segurança e bem-estar social e econômico – almeja desbaratar o crime organizado, a partir da conscientização, da reforma legislativa e de prática política.

Destaca que, na sociedade globalizada hodierna, as oportunidades para o crime organizado são sem quaisquer precedentes, dispersado o crime organizado por inúmeros setores na lógica da maximização do retorno e minimização dos riscos, estendendo-se por todos os lados, na perpetração do tráfico de drogas, crime cibernético, evasão, falsificação de produtos, lavagem de dinheiro, fraudes em geral e crime ambiental, sendo altamente sofisticado e resiliente, protege-se a partir da contra-inteligência, emprega profissionais da área financeira e jurídica para apoio de sua atividade, com aliás, mútua colaboração entre

¹⁷⁴SECTION 10. Sanctions and Penalties.

¹⁷⁵SECTION 14. Sanctions and Penalties.

¹⁷⁶CHAPTER XI PENALTIES.

os diferentes grupos. E, se a geografia da Austrália resta por isolá-la, igualmente fá-la dependente de elevado mercado com possibilidades de ilícitos, perpetrados com base transnacional.

E, no seio deste quadro, um dado preocupante é a paulatina proximidade entre crime organizado e terrorismo, com este último se voltando ao crime organizado para financiamento de suas ações. Contudo, parece que em termos de Austrália, tal ligação dá-se em situações específicas de curta duração como o fornecimento de documentação falsa e a lavagem de dinheiro.

Enfim, no que tange à última nação megadiversa, Austrália, vale fazer referência à legislação basilar para entrever a questão da proteção ambiental e conservação da Biodiversidade, qual seja, Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999. A partir desta peça primordial da legislação ambiental australiana, outros documentos foram redigidos, bem como programas para a atuação daquele outro. Dentre observações relevantes que poderiam ser tomadas neste documento e nos demais está, em primeiro, aquela que diz respeito à manutenção da Biodiversidade que passa pelo cuidado inclusive com o movimento da vida selvagem internacional no que interessa à defesa da Biodiversidade australiana. Também, o alerta para o caráter dinâmico da Biodiversidade, noutras palavras, a constante mudança que sofre a Biodiversidade, desde processos evolucionários até seu declínio por conta de inúmeras ameaças. Ainda, a importância da Biodiversidade para sustentar um ecossistema resiliente.

Muito relevante aqui é fazer-se menção de que esta Lei de Proteção do Ambiente e Conservação da Biodiversidade expressamente, em preliminar, refere-se à aplicação do Código Criminal para as condutas contra seus princípios¹⁷⁷. Todavia, embora diga indubitavelmente sobre a identificação e o monitoramento da biodiversidade, com seu uso ecologicamente sustentável, inclusive definindo “componentes da biodiversidade”, não cria um tipo penal específico para a proteção contra a Biopirataria¹⁷⁸.

Alcançando a edição do “Caring for our Country. An outline for the future. 2013-2018” atinge-se também, o ideal de compartilhamento da responsabilidade pela atenção com o meio ambiente entre Governo, indústria e comunidade, clareando que as opções de nossa vida impactam sim, a Biodiversidade e que nosso bem-estar, ao mesmo

¹⁷⁷Chapter 1—Preliminary. Part 1—Preliminary. 7..... Application of the *Criminal Code*

¹⁷⁸Part 12 – Division 1 – 171. (...) (3) In this Act:

components of biodiversity includes species, habitats, ecological communities, genes, ecosystems and ecological processes.

tempo, depende dos ecossistemas saudáveis. Há, por derradeiro, uma preocupação em reforçar a capacidade das comunidades indígenas em conservar e proteger seus recursos naturais.

4.5. Projetos Legislativos

Com fulcro na Convenção sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, tendo-a ratificado (Decreto Legislativo nº 02/1994) e promulgado (Decreto nº 2.519/98) estando, portanto, obrigado ao seu cumprimento como versículo constitucional (ditando os seguintes princípios: informação da origem do material genético a ser usado em produto; consentimento prévio e fundamentado para seu uso e obrigação da repartição dos benefícios advindos do uso comercial do recurso genético) e ainda, centrado na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de Agosto de 2001 (implementada por meio dos Decretos nº 4.946/03 - que altera o Decreto nº 3.945/01 - e nºs 5.459/05¹⁷⁹, 6.159/09 e 6.915/09 e das resoluções – atualmente no número 35 - e das seis orientações técnicas do CGEN) que regulamenta o inciso II do parágrafo 1º. e o parágrafo 4º. do artigo 225 da Constituição Federal, os artigos 1º., 8º., alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispondo sobre o acesso ao patrimônio genético, à proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização; inúmeras iniciativas legislativas surgiram nos últimos anos, algumas de natureza criminal, que visam pôr fim à Biopirataria.

O quadro abaixo arrola aquelas de maior relevância com o fito de uma impressão sobre a temática¹⁸⁰. Vejamos:

1. Proposição PEC 618/98 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo refere-se ao acréscimo de inciso ao artigo 20 da Constituição Federal, incluindo nos bens da União o patrimônio genético. Em andamento atualizado, há informes no sentido de que, após Parecer do Relator da Comissão Especial destinada a apreciar e proferir manifestação à Proposta de Emenda Constitucional nº 618, de 1998, Sr. Deputado Ricarte de Freitas, pela aprovação, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, encerrou a aludida Comissão

¹⁷⁹Não se desconhecem aqui, as críticas acerca da inconstitucionalidade por afronta ao Princípio da Legalidade na imposição de sanções administrativas.

¹⁸⁰Todos com andamento atualizado até a data de 01 de Outubro de 2012.

Especial em razão do término da Legislatura (inciso II do artigo 22 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Hoje aguarda constituição de Comissão Temporária na Seção de Registro de Comissões.

2. Proposição PLC 12/03 de autoria do Deputado Sarney Filho cujo conteúdo regula a competência comum de União, Estados e Municípios no trato da questão ambiental, com base no artigo 23, parágrafo único e incisos VI, VII e XI da Constituição Federal. Com Parecer do Deputado Nilson Pinto, na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), pela aprovação, foi transformada então, na Lei Complementar 140/2011.

3. Proposição Código de Proteção ao Meio Ambiente (PL 6219/2005) de autoria do Deputado Marcos Abramo cujo conteúdo abrange a Política Nacional do Meio Ambiente, a Educação Ambiental, a Política Nacional de Recursos Hídricos, as Unidades de Conservação, a Proteção à Flora e à Fauna, a Proteção aos Recursos Aquáticos Vivos, o Gerenciamento Costeiro, o Controle da Emissão de Poluentes, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e as Sanções Penais (tipificando Biopirataria e ainda, outros crimes contra a Administração Ambiental) e Administrativas. O atual andamento é: Arquivada na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Em verdade, tal PL cuida de coligir as principais leis sobre o tema, em suas redações mais atuais (muitas modificadas por novas leis ou por medidas provisórias), e de tratá-las em um texto único, com adequações em razão de exigências constitucionais e de melhor técnica legislativa, e inclusive acompanhando as tendências de modernização da legislação, expressas em inúmeros projetos de lei que tramitam nesta Casa.

Notadamente:

Art. 481. Comercializar, introduzir ou retirar do país, sem a devida permissão, licença, ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, espécies dos reinos animal, vegetal, fungi ou monera:

Pena: reclusão, de 3 a seis anos e multa.

4. Proposição PL 2.057/1991 ou Estatuto das Sociedades Indígenas de autoria do Deputado Aloizio Mercadante em cujo conteúdo há dispositivos que tratam do acesso e uso de recursos biogenéticos em terras indígenas, como ainda, da ausência de prévio consentimento escrito. O atual andamento é: pronto para a Pauta no Plenário.

Há ainda, toda uma regulamentação acerca da Propriedade Intelectual - nos Capítulos III e IV do Título II, tendo neste último capítulo, a preocupação inclusive sobre a Propriedade Intelectual não Patenteável, com o enfoque maior no consentimento prévio fundamentado e nos benefícios daí resultantes.

5. Proposição PL 4.842/98 de autoria da Senadora Marina Silva cujo conteúdo trata da disposição sobre o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados e dá outras providências, incluindo sanções penais (totalizando cinquenta e nove artigos). Após inúmeros outros projetos legislativos correlatos apensados, há notícia de criação da Comissão Especial, nos termos do inciso II e do parágrafo 1º do artigo 34 do Regimento Interno. E hoje, aguarda constituição de Comissão Temporária na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Em verdade, nada obstante minuciosa descrição acerca do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, após interessante prescrições de ordem penal no que concerne à responsabilização dos autores, encerra a imaginação de um único tipo objetivo, notadamente:

TÍTULO VI

DAS INFRAÇÕES E DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAIS

Art. 56. A obtenção, comercialização e remessa para o exterior de recursos genéticos e produtos derivados, bem como a utilização de conhecimentos tradicionais, sem a autorização prevista nesta Lei, constituem crime punível com pena de reclusão de um a quatro anos e multa de até dez mil vezes a multa diária prevista no artigo seguinte (leia-se a ser estabelecida em regulamento pelo Poder Executivo).

Parágrafo único. Em caso de reincidência, a multa será aumentada até o dobro.

6. Proposição PL 4.579/98 de autoria do Deputado Jaques Wagner cujo conteúdo diz respeito ao acesso a recursos genéticos; semelhante ao PL 4.842/98, mas sem "agências de acesso" (totalizando sessenta artigos). Consta como andamento atualizado seu apensamento ao PL 4.842/98.

7. Proposição PL 4.751/98 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo dá conta de dispositivo sobre acesso ao patrimônio genético. Andamento atual: retirado pelo autor e arquivado.

Interessante, na Exposição de Motivos é a especial atenção quanto à definição de Patrimônio Genético, principalmente para evitar alargamentos indevidos. Veja:

“A definição de ‘Patrimônio Genético’ para os fins deste projeto de lei está estrategicamente colocada como ‘informação de origem genética, contida no todo ou em parte de espécime vegetal, microbiano ou animal, em substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ* ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ*, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, de forma a abranger a totalidade dos recursos genéticos originários no País, mas suficientemente restrita para não se confundir com outros recursos utilizados nas atividades econômicas como, por exemplo, aquelas envolvidas na agropecuária e no agronegócio (criação de animais domésticos, cultivo de grãos, legumes, frutas, na exploração madeireira, na pesca e outras”.

Notadamente, no que mais diretamente nos interessa:

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

I - acessar, em desacordo com esta Lei, para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

Pena: reclusão de seis meses a quatro anos e multa de R.00 (duzentos reais) e R.000.00 (cinco mil reais).

II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)

III - remeter para o exterior amostra de componente do Patrimônio Genético, sem a autorização prevista nesta Lei;

Pena: reclusão de seis meses a seis anos e multa de R.000,00 (dois mil reais) a R.00,00 (quinze mil reais).

IV - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana;

Pena: reclusão de quatro a oito anos e multa de R.000,00 (cinco mil reais) a R.000,00 (vinte mil reais).

V - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para o desenvolvimento de armas biológicas;

Pena: reclusão de doze a trinta anos e multa de R.000,00 (vinte mil reais) a R. 000,00 (cem mil reais).

§ 1º Incorre na mesma pena o mandante ou quem, de qualquer modo, concorre para a prática destes crimes.

§ 2º Além da pena prevista no inciso I deste artigo, o material ou produto do material acessado e os instrumentos utilizados pelos infratores serão apreendidos.

§ 3º O material ou produto e os instrumentos de que trata o parágrafo anterior terão sua destinação definida pelo órgão competente.

Art. 19. Se a infração for cometida por pessoa jurídica, ou com seu concurso, incorrerão nas mesmas penas previstas no art. 18 desta Lei os seus diretores, proprietários ou gerentes responsáveis pelo ato, ficando sujeita à multa de R.000,00 (dez mil reais) a R.000,00 (cinquenta milhões de reais), à perda de qualquer incentivo fiscal, ao cancelamento da autorização para acessar amostra de componente do Patrimônio Genético, e impedida de firmar qualquer contrato com Administração Pública, pelo prazo de dez anos.

8. Proposição PL 1.953/99 de autoria do Deputado Silas Câmara cujo conteúdo dispõe sobre o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados e dá outras providências, incluindo sanções penais (resumidamente: coletar, utilizar e remeter para o exterior amostra do patrimônio genético). Em andamento atualizado: encontra-se apensado ao PL 4.842/98.

9. Proposição PL 3.634/00 de autoria do Deputado Paulo Mourão cujo conteúdo normatiza o acesso a recursos genéticos e seus produtos derivados. Último andamento: retirado pelo autor e arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

10. Proposição PL 5.458/01 de autoria do Deputado Paulo Souto cujo conteúdo modifica o artigo 325 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - e cria o artigo 325-A, com o intuito de fixar o mínimo e o máximo da fiança em valores condizentes com a importância de que deve gozar tal instituto jurídico. Em andamento atualizado, pronto para Pauta no Plenário.

11. Proposição PL 7.135/02 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo altera a composição do CGEN (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético), órgão secretariado pelo Ministério do Meio Ambiente e composto por integrantes de diversos órgãos do Poder Público, bem como representantes do setor privado, incluindo representantes da Administração Pública e ONGs. Andamento atual: retirado pelo autor e arquivado.

12. Proposição PL 7.211/02 de autoria do Poder Executivo cujo conteúdo acrescenta artigos a Lei de Crimes Ambientais, tipificando crimes de Biopirataria, no artigo 53-A a G. Em andamento atualizado, segue aprovado na Comissão de Defesa do Consumidor, do Meio Ambiente e Minorias (CDCMAM), com substitutivo; aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC), na forma do substitutivo da CDCMAM e agora, pronto para Pauta do Plenário. Notadamente:

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar, com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ.

& 2º. Nas mesmas penas incorre quem, com fim econômico ou ilícito, se apropria, em desacordo com a legislação vigente, de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim entendido a informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Art. 61-C. Remeter para o exterior amostra de material genético ou recurso genético, em desacordo com a legislação vigente:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa."

13. Proposição PL 347/03 de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar o tráfico de animais e plantas silvestres (CPITRAFI) cujo conteúdo tipifica, na Lei dos Crimes Ambientais, a comercialização de peixes ornamentais e o tráfico de animais silvestres em caráter permanente.

Em andamento atualizado, tramita aprovado na CDCMAM, com emenda; aprovado na CCJC, apensado a este o PL 1.100/2011 (que acrescenta o art. 29-A a Lei nº 9.605/98, estabelecendo como crime ambiental a pesca ou captura de peixes exóticos nos rios e nas encostas brasileiras), o PL 3710/2012 (que altera a sanção do art. 29 da Lei nº

9605/98, a fim de agravar a pena – reclusão de um a cinco anos - para quem matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, cuja motivação é enfim, extirpar o tráfico de animais silvestres) e o PL 4331/2012 (que acrescenta o inciso IV ao § 1º do art. 29 da Lei nº 9.605/98, estabelecendo sanção penal e administrativa para quem pratica o sacrifício de animais em rituais religiosos)e agora, pronto para Pauta do Plenário.

14. Proposição PL 1.090/03 de autoria da Deputada Kátia Abreu cujo conteúdo refere-se à alteração do artigo 29 da LCA, fixando pena de reclusão para o crime contra fauna silvestre, quadruplicando-a com remessa ao exterior. Último andamento: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC.

15. Proposição PL 2.360/03 de autoria do Deputado Mário Negromonte cujo conteúdo trata do acréscimo de artigos ao Código Florestal e a Lei dos Crimes Ambientais, dispondo sobre pesquisa, coleta e remessa de amostras da flora brasileira. Igual conteúdo àquele do PL 7211/02. Em andamento atualizado: encontra-se apensado ao PL 4.842/98. Notadamente:

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar, com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ.

& 2º. Nas mesmas penas incorre quem, com fim econômico ou ilícito, se apropria, em desacordo com a legislação vigente, de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim entendido a informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Art. 61-C. Remeter para o exterior amostra de material genético ou recurso genético, em desacordo com a legislação vigente:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa."

16. Proposição PL 2.487/03 de autoria da Deputada Vanessa Grazziotin que institui o dia 03 de dezembro como o Dia Nacional de Combate à Pirataria e à Biopirataria, já transformado na Lei nº 11.203/05.

17. Proposição PL 2.695/03 de autoria do Deputado Wilson Santos cujo conteúdo torna possível o patenteamento de genes e produtos biológicos de organismos vivos. Andamento último: Parecer na CMADS pela rejeição e, designado Relator na CDEIC (Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio), Sr. Deputado Léo Alcântara, também houve manifestação desfavorável, estando agora arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

18. Proposição PL 3.240/04 da Deputada Juíza Denise Frossard cujo conteúdo diz respeito à alteração dos artigos 29 e 30 da Lei dos Crimes Ambientais, aumentando as penas de reclusão para crime contra fauna silvestre e tipificando o tráfico internacional. Andamento atual: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC.

19. Proposição PL 3.656/04 de autoria do Deputado Sarney Filho que instituía o dia 10 de novembro como o Dia Nacional de Combate à Biopirataria, declarada prejudicado em função da Lei nº 11.203/05.

20. Proposição PL 4.184/04 de autoria do Deputado Alberto Fraga cujo conteúdo inclui o artigo 56-A da Lei dos Crimes Ambientais para tipificar o crime de tráfico de organismo vivo, parte dele ou princípio ativo. Último andamento: apensado ao PL 347/03 mas, rejeitado na CCJC. Notadamente:

Art. 56-A. Transportar, traficar, vender, doar, exportar, entregar de qualquer modo ou receber, gratuitamente ou não, organismo vivo, parte dele ou substância dele derivada, como seu princípio ativo, para qualquer fim científico, sem autorização do órgão ambiental competente.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a conduta prevista no caput objetivar atender a pesquisa científica no exterior, ou registro de patente, sem conhecimento do órgão ambiental competente, a pena é aumentada da metade até o dobro.

21. Proposição PL 4.225/04 de autoria do Deputado Carlos Rodrigues cujo conteúdo concerne a inclusão de parágrafo aos artigos 29 e 32 da Lei dos Crimes Ambientais, agravando a pena para cidadão estrangeiro que cometer crime de Biopirataria contra a fauna.

De fato, não há correlação entre o móvel posto na Exposição de Motivos – combate à Biopirataria (“... a escandalosa reportagem, apresentada em todas as televisões, sobre a biopirataria cometida por um cidadão alemão, que não teve nenhuma penalização (*sic*). A reportagem alegou que o cidadão alemão, pego com várias aranhas e ovos das mesmas, em sua bagagem, pronto para serem levados para fora do país, não podia ficar detido e nem responder a nenhum processo”) - e o conteúdo do presente projeto. Após deliberação favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, encontra-se pronta para Pauta no Plenário.

Notadamente:

“Art. 1º - Os arts. 29º e 32º, da Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

.....
§ 7º A pena é aumentada até o quádruplo, se o crime for praticado por cidadão estrangeiro, o qual, após o cumprimento da pena estabelecida será imediatamente expulso do país. ”

“Art. 32 Praticar ato de abuso, mastratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

.....
§ 3º A pena é aumentada até o quádruplo, se o crime for praticado por cidadão estrangeiro, o qual, após o cumprimento da pena estabelecida será imediatamente expulso do país. ”

22. Proposição PL 4.285/04 de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca cujo conteúdo regulamenta a destinação de recursos estrangeiros para fins de pesquisa e preservação da Biodiversidade. O atual andamento é: pronto para a Pauta no Plenário, depois de seu desarquivamento.

23. Proposição PL 4.961/05 de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame cujo conteúdo estabelece que substâncias ou materiais extraídos de seres vivos naturais considerados invenção ou modelo de utilidade podem ser patenteados. Em andamento atualizado, aguardando Parecer na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI).

24. Proposição PL 6.794/06 de autoria do Deputado João Campos cujo conteúdo agrega o artigo 61-A à Lei dos Crimes Ambientais criando os tipos de tráfico de animais e plantas e Biopirataria, instituindo peculiar previsão de expulsão do estrangeiro. Em andamento atualizado: desarquivado e apensado ao PL 4.225/04. Notadamente:

Art. 61-A. Coletar, transportar, guardar, entregar, obter, vender ou doar espécime da flora ou fauna nativas, parte ou produto dele ou substância dele derivada como princípio ativo, para fim comercial ou científico, sem a autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se a conduta prevista no caput objetivar a remessa para o exterior do espécime, parte ou produto dele ou substância dele derivada como princípio ativo, sem a autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida, a pena é aumentada da metade até o dobro.

§ 2º Se a conduta prevista no caput objetivar a remessa para o exterior do espécime, parte ou produto dele ou substância dele derivada como princípio ativo, para o desenvolvimento de pesquisa científica no exterior ou o registro de patente, sem a autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida, a pena é aumentada de uma vez e meia até o triplo.

§ 3º Nos casos em que a conduta prevista no caput e em seus parágrafos for realizada por estrangeiro, caberá à autoridade competente a remessa dos autos do processo ao Ministério da Justiça para fins de sua expulsão, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis.

25. Proposição PL 80/07 de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame cujo conteúdo altera a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, aumentando a pena cominada a alguns crimes ambientais e modificando, em outros, a pena de detenção para reclusão. Em andamento atualizado, aprovado pela CMADS e com Parecer favorável do Relator Deputado Sarney Filho na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

(CCJC), agora lhe é devolvido em virtude de apensamento do PL 2.149/2011 (que altera o art. 55 da Lei nº 9.605/98 que trata da extração irregular de minério).

26. Proposição PL 287/07 de autoria da Deputada Janete Capiberibe cujo conteúdo institui sanção contra a Biopirataria da flora, acrescentando o artigo 47-A à Lei dos Crimes Ambientais. Em andamento atualizado, apensado ao PL 4.842/98. Notadamente:

Art. 1º Acrescenta à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o seguinte artigo:

"Art. 47-A Fica proibida a exportação para o exterior de qualquer espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença do Ibama:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa."

27. Proposição PL 7.709/10 de autoria do Deputado Ricardo Tripoli cujo conteúdo altera e inclui dispositivos na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Tem interessante inclusão de sanções administrativas na respectiva MP. Veja:

Art. 30-A. Consideram-se infrações administrativas, sem prejuízo das demais violações às normas desta Medida Provisória: I. acessar componente do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado sem comunicar o órgão competente ou sem a licença exigida; II. remeter para instituição estrangeira, no exterior amostra de componente do patrimônio genético em desacordo com as exigências previstas nesta Lei; III. deixar de repartir, quando existentes, os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir do acesso a amostra do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; IV. prestar falsa informação ou omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de pesquisa, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico relacionada ao patrimônio genético, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa; V. omitir a origem de conhecimento tradicional associado em publicação, registro, inventário, utilização, exploração, transmissão ou qualquer forma de divulgação em que este conhecimento seja direta ou indiretamente mencionado; VI. omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de acesso a conhecimento tradicional associado, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa.

Em andamento atualizado, apensado ao PL 4.842/98.

28. Proposição PL 1.100/2011 de autoria do Deputado Cleber Verde cujo conteúdo acrescenta o art. 29-A a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelecendo como crime ambiental a pesca ou captura de peixes exóticos nos rios e nas encostas. Em

andamento atualizado, apensado ao PL 347/03.

29. Proposição PL 3710/2012 que altera a pena do art. 29 da Lei nº 9605/98, a fim de agravar a pena – reclusão de um a cinco anos - para quem matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, cuja motivação é enfim, extirpar o tráfico de animais silvestres. Em andamento atualizado, apensado ao PL 347/03.

30. Proposição PL 4331/2012 que acrescenta o inciso IV ao § 1º do art. 29 da Lei nº 9.605/98, estabelecendo sanção penal e administrativa para quem pratica o sacrifício de animais em rituais religiosos. Em andamento atualizado, apensado ao PL 347/03.

31. Proposição PLS 236/2012 que pretende a reforma do Código Penal, de autoria do Senador José Sarney com recebimento aos 09 de julho de 2012, da Comissão de Juristas criada pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de nº 1.034, de 2011, com aprovação pelos Senadores da República em 10 de agosto de 2011:

Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

§1º Aumenta-se a pena do caput de um sexto a um terço se houver intuito de lucro.

§2º Se a conduta visar à exportação, a pena será aumentada de um terço a dois terços.¹⁸¹

Mister alinhar sugestões acerca dos projetos, especificamente sobre o tipo penal de Biopirataria, contribuindo para o avanço do ordenamento jurídico hodierno brasileiro; afinal, é clara a urgência no apenamento para os crimes

¹⁸¹ Aqui, vale a pena trazer prescrição comparativa do Código Penal Peruano. Veja:

CAPÍTULO II

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 308.- Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa. (g.n.)

cometidos contra a integridade de nossa Biodiversidade e contra o interesse estratégico do País de conservação e uso sustentável de nosso patrimônio genético¹⁸².

¹⁸²Repise-se que há discriminação nítida entre o tema da tese e a Lei nº 8.974/95 (Lei da Biossegurança) responsável pelo estabelecimento de normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, consumo, liberação e descarte ao meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM), visando à proteção da vida e da saúde humana, dos animais, das plantas e da Terra. Noutras palavras, a fixação da biossegurança como conjunto de normas que tem por escopo reduzir ou evitar os riscos inerentes à manipulação genética.

5. BIOPIRATARIA E TIPO PENAL

5.1. Bem Jurídico

A Teoria do Bem Jurídico é de indiscutível relevo dentro do Direito Penal, e mormente nos dias coevos, em face da globalização, ofertando pressupostos mínimos para uma ordem jurídica universalizada¹⁸³. Tal assertiva é realçada, no estudo em foco – Biopirataria - por óbvias ingerências da problemática em uma multiplicidade de países.

A definição de Bem Jurídico todavia, é daquelas que maior polêmica acarretam. Talvez em sede de reflexões filosóficas haja uma melhor busca de um conceito material.

Considerando-se que o Direito Penal revela-se altamente constritor das liberdades impõe, igualmente, forte fator de legitimação, podendo estar consubstanciado então, na concepção de Bem Jurídico¹⁸⁴. E assim, imprescindível esta análise.

Aliás, pode-se principiar afirmando que o Princípio da Proteção ao Bem Jurídico encontra-se radicado na fórmula do Contrato Social sob o marco da possibilidade de livre evolução da pessoa, que abjurou a menor parcela possível de sua liberdade para a maior garantia exequível de tranquilidade. Desta forma, são traçados os lineamentos sobre o que o Estado pode ou não deliberar, através do Direito Penal. Noutras palavras, como e em que medida justifica-se a intervenção estatal, via Direito Penal, na liberdade do indivíduo¹⁸⁵. E ainda, tendo-se como verdade que, a renúncia ao Bem Jurídico indicaria a supressão de balizas ao Legislador e ao Intérprete.

¹⁸³SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización, cit., v. 2, p. 67.

¹⁸⁴Há inúmeros posicionamentos acerca das funções legitimadoras do Direito Penal, a saber: controle social formal, função ético-social, simbólica, promocional, ordenar e regular as vontades, fazendo do dever e da desobediência, pontos nevrálgicos da infração punível, etc. Parece, entretanto, o mais interessante é o contraponto daquilo que não é tarefa do Direito Penal, por exemplo, fazer as pessoas felizes. Para isto, existe, segundo opinião do Prof. Edgardo Alberto Donna, a psicologia. (Cf. DONNA, Edgardo Alberto. Prologo. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Abosoy la Prof. Tea Low. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004. p. 9-11).

¹⁸⁵A contenção do Direito Penal manifestou-se no decurso do tempo a partir de diferentes formulações: “dano social” em Beccaria e Homel, “lesão de Direito” em Feuerbach ou de “Bem Jurídico” em Birnbaum e Liszt. Conferir: SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2007. p. 254.

Assim, repudia-se a formação da ideia de que se proíbe por proibir, castiga-se por castigar, olvidando quaisquer reclamos dos conflitos sociais ou da paz social¹⁸⁶. Tal se consolidou principalmente após a 2ª. Guerra Mundial, oportunidade em que o Direito Penal tentou fixar limites ao poder de intervenção estatal com a Teoria de Proteção dos Bens Jurídicos, obstaculizando, por exemplo, comportamentos dotados tão somente de certo repúdio moral¹⁸⁷.

Enfim, o Bem Jurídico sintetiza o fundamento da tipificação, a finalidade da reação estatal e assim, valora a legitimidade do tipo e da reprimenda.

De toda maneira, são inúmeras as concepções de bem jurídico¹⁸⁸.

E, mister realçar que tais diferenciadas conceituações de Bem Jurídico são contextualizadas, eminentemente históricas e variáveis.

Parte-se da premissa de que o termo bem jurídico apontou no século XIX com Birnbaum e especial ênfase na concretude dos bens que o Direito Penal deveria tutelar. Difere pois, da etapa seguinte, com Binding e o positivismo, que indica em realidade, tão só um valor sob os olhos do poder legiferante. Após, o pêndulo histórico retorna a um discurso de política criminal configurado nas palavras de Liszt que inclusive não limita a novel noção entre bens jurídicos individuais e supra-individuais, prosseguindo para a fase

¹⁸⁶ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: parte general. Fundamentos*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areceres, 2009. p. 131.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 118.

¹⁸⁸ “El concepto de ‘bien jurídico’ nace de la mano del *positivismo jurídico* para explicar y sistematizar las decisiones del legislador (*‘ex lege lata’*). BINDING puso el mismo en relación concreta del mundo empírico. VON LISZT, con distintos ‘interesses del hombre’ que no precisó, de modo que ni uno ni outro dieron al concepto un contenido ‘material’. Los ‘*neokantianos*’, precisamente con esta intención, trasladaron el centro de gravedad al mundo dos valores. SAX há intentado dar al concepto de bien jurídico un contenido material refiriéndolo a los valores plasmados en la Constitución. ROXIN, definiendo dolo como conjunto de presupuestos imprescindibles de la vida social, con notoria imprecisión. Otros autores han optado por formulaciones funcionalistas. Así, AMELUNG propugnó sustituir esta categoría por la de ‘dañosidad social’ (disfuncionalidad), de suerte que el cometido del Derecho Penal sería asegurar la subsistencia de los sistemas sociales, frente a las alteraciones disfuncionales de los mismos. Y MIR PUIG, entre nosotros, conecta el concepto de bien jurídico con la ‘realidad social’, definiéndolo como el conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el funcionamiento del sistema y se traducen, además, en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. Y SILVA SÁNCHEZ, desde una posición funcionalista moderada, entiende el bien jurídico como contenido material de las normas cuya infracción requiere la imposición de una pena, conectado a la función básica del Derecho Penal que sería *estabilizar la vigencia de las normas esenciales para una sociedad según su concreta configuración histórica*. La Constitución aportaría los criterios necesarios para identificar las expectativas normativas de aquella. Para el autor, el concepto de *bien jurídico*, por sí solo, por su origen histórico y posterior desarrollo -y por su relativismo- no podría llevar a cabo la función limitadora que se espera del mismo.” (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 133-134).

seguinte, já na 2^a. década do século XX com o contorno, de novo, de um conceito metodológico de bem jurídico¹⁸⁹.

Assim, uma observação faz-se premente aqui: considerações tão apenas formais do bem jurídico, por óbvio, afastam qualquer relação social concreta, que é aquela advinda do conteúdo material¹⁹⁰.

Destarte, Bem Jurídico pode ser reputado como interesse da vida humana juridicamente protegido¹⁹¹ ou sob dupla ótica, como bem vital da comunidade ou do indivíduo e parte de um estado social desejável¹⁹² ou pressuposto existencial de utilidade¹⁹³ ou inda, de outra forma, ter sua relevância desconsiderada, sendo substituído pelo conceito de validade da norma¹⁹⁴.

Noutros termos, a apreciação sobre o juízo de bem jurídico é de inenarrável embaraço, havendo vozes autorizadas que restam por negar sua existência, comparando sua integral descrição material com a “quadratura do círculo”¹⁹⁵.

Por sua vez, também na atualidade, há defensores comprometidos com a Teoria do Bem Jurídico, notadamente Roxin. Veja:

“(…) se pueden definir los *bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre e segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*. La distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados ao legislador, como ocurre por ejemplo com la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos”¹⁹⁶.

¹⁸⁹FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. 2008. Monografia - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2008. p. 45-60.

¹⁹⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p. 155, jun. 1996.

¹⁹¹LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão, tradução para o português por José Hygino, Brigueit, Rio de Janeiro, 1899. *apud* TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. de Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 15.

¹⁹²WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 15, *apud* Id. *Ibid.*, p. 16.

¹⁹³MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 65 *apud* Id. *Ibid.*, p. 16.

¹⁹⁴JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin; New York: Gruyter, 1993. p. 46 *apud* Id. *Ibid.*, p. 16.

¹⁹⁵STRATENWERTH, Günther, *apud* ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 445.

¹⁹⁶ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 124.

Importa fazer alusão ainda, ao ideário de Juarez Tavares para quem bem jurídico é um valor que se liga à norma como seu objeto de preferência real, formando elemento primário da estrutura do tipo ao qual se devem referir ação típica e demais componentes¹⁹⁷.

Hodiernamente, apresenta maior propósito estabilizante que edificante, reflexo de uma ótica funcionalista que redunde na marginalização de um substrato, de uma concretização de bem jurídico, na perda de sua objetividade perceptível aos sentidos, com prevalência, em verdade, de seu aspecto de exigência formal como pressuposto da norma sancionatória, elemento primário da estrutura do tipo, olvidando a pessoa e protegendo o ordenamento jurídico, cada vez mais intrincado em virtude da complexidade das sociedades contemporâneas que, em razão de sua natureza, impingem inclusive posições incompreensíveis de ausência de proteção penal diante de situações fáticas inequívocas¹⁹⁸, repelindo assim, quaisquer censurabilidades éticas evidentes.

Parece contudo, mais ressaltante que este Bem Jurídico, de fato, sirva a intentos limitativos ao *ius puniendi*, a intuitos garantistas, e não, ao revés, corresponda a meros objetivos punitivos e a realidade normativa, mesmo porque se todo cidadão pode ser vítima em potencial, ostentando interesse em maior proteção de seus próprios bens, por outro lado, igualmente pode ser autor e daí, a maximização também, das garantias¹⁹⁹. Enfim, que espelhe valor atrelado à finalidade sim, da ordem jurídica, mas nos marcos para a defesa da pessoa humana, com suas novas facetas de cidadania, validando ou dando eficácia à norma porque indubitavelmente há risco de lesão ou perigo para aquela.

¹⁹⁷TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, cit., p. 39: “Siendo un valor, y, por lo tanto, un objeto de preferencia real y no simplemente ideal o funcional al sujeto, el bien jurídico condicional la validez de la norma y, al mismo tiempo, subordina su eficacia a la demostración real de que el bien jurídico efectivamente haya sido lesionado o puesto en peligro. Por eso son inválidas las normas incriminatorias sin referencia directa a un específico bien jurídico, ni se admite su aplicación sin un resultado de daño o de peligro a ese mismo bien jurídico. La existencia de un bien jurídico es la demostración de su efectiva lesión o colocación en peligro, que constituyen, así, presupuesto indeclinable del injusto penal.”

¹⁹⁸Veja: “Como incompreensível se torna que o lançamento (doloso) de um produto químico na água de um poço particular seja considerado inequivocamente, de novo, uma ação típica de dano e seja questionada a dignidade penal da contaminação de um rio com uma quantidade muito superior do mesmo produto – como sucedeu com a contaminação das águas do Reno na sequência de um incêndio na empresa Sandoz, em Basileia que atingiu proporções catastróficas (1725) – com os argumentos da ampla superfície do objecto atingido e da imperceptibilidade das ramificações presentes e futuras do resultado.” (DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 779).

¹⁹⁹CARNEVALE RODRÍGUEZ, Raúl. Algunas cuestiones sobre el derecho penal de la globalización en el planteamiento del professor Jesús-María Silva Sánchez. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coords.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011. p. 175.

Pertinentes entretanto, são as ponderações sobre este último dogma: cogente vinculação entre o bem jurídico e a pessoa humana em última instância, ou seja, a indiscutível referência individual abarcada em todo bem jurídico. Assim, não existiriam bem jurídicos sem titulares, tais titulares fundamentalmente seriam pessoas e, por conseguinte, não haveria dano sem vítima.

Neste tópico aliás, está a se engendrar a inteligência antropocêntrica que prega a da argumentação moral como basilar à identificação dos sujeitos²⁰⁰.

Este mote é influente porque toca diretamente aos crimes ambientais.

De fato, não se pode desconsiderar que as inúmeras transformações tecnológicas e, enfim, a evolução econômico-social da sociedade, fizeram emergir outras entidades dignas de proteção penal, como *ad exemplum*, o meio ambiente.

Discute-se entretanto, se tal se faria por conta de uma relação necessária à pessoa ou não, isto é, sua funcionalidade, ostentando sentido porque refere-se a outros bens como a vida, a saúde, etc.

Coloca-se em discussão a viabilidade do Meio Ambiente (e seus inúmeros cortes, inclusive aquele referente à Biodiversidade) como bem jurídico por si mesmo e não, percebido como essencial à pessoa e à sua vida de relação com outras pessoas e com a própria Natureza, com reflexos sobre o Sujeito Passivo e Ativo, inclusive aqui, a responsabilidade das Pessoas Jurídicas ou dos gestores das mesmas por fatos por elas cometidos. Aliás, ao deslocar-se o foco da responsabilidade daquele que é sujeito responsável pela ação para aquele que é responsável frente a outro, chega-se ao debate das questões concernentes às gerações vindouras e ao meio ambiente.

E isso, interfere no nexo de causalidade, comportando distinção entre dano e resultado e opção ou não de esgotamento do ilícito penal na ação delituosa. Percebe-se ainda que, no que tange à responsabilização advinda do nexo de causalidade, sobejam outros questionamentos e um dos primordiais é a compatível ligação a ser obtida entre o autor do ato delituoso e as vítimas, dentre as quais aquelas de gerações futuras.

Em última análise, debate-se a autonomia e independência destes bens difusos, mormente o Meio Ambiente como Bem Jurídico ou, por outro lado, a divisão entre Bem Jurídico mediato corporificado na saúde das pessoas e Bem Jurídico imediato consolidado no entorno natural em si mesmo.

²⁰⁰DIAS, Augusto Silva. op. cit., p. 771.

Ou mesmo, arguiu-se a inteligência da presença de um único Bem Jurídico abrangente, qual seja, o Entorno Humano²⁰¹.

Assim, nesta seara, questiona-se ainda, a possibilidade do bem jurídico ser a Administração Pública ou a Gestão Administrativa do Ambiente ou o Controle Ambiental, com repercussões sobre a estrutura normativa do ilícito penal.

É o debate afinal, sobre o Bem Jurídico no Direito Penal do Meio Ambiente.

E, de maneira absolutamente resumida, têm-se as seguintes linhas mestras nos crimes ambientais.

Em termos de tutela jurídico-penal do Meio Ambiente, está a se falar da adoção, por exemplo, de uma perspectiva resumidamente ou antropocêntrica ou ecocêntrica.

Em uma concepção indisfarçável Antropocêntrica - Bem Jurídico Vida ou Integridade Física - resta por propugnar que diante de uma sociedade de elevada tecnologia, a vida e a saúde não deveriam ser defendidas unicamente diante de um homicídio ou uma lesão corporal, etc.²⁰². Noutros termos, o Meio Ambiente não subsiste como Bem Jurídico independente dos Bens Jurídicos individuais, vida, integridade física, patrimônio, etc.

Destarte, está a se exigir a lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos individuais, sendo atípica aquela conduta na qual não se constata tal situação *ainda que* tenha sido afetado o meio ambiente. Havendo contudo, ataque a ambos os bens jurídicos, dever-se-ia aplicar o princípio da especialidade em relação a outros eventuais tipos penais²⁰³.

Outra perspectiva, mais moderada, pugna o Bem Jurídico Meio Ambiente sem absoluta autonomia em relação aos bens jurídicos individuais, isto é, admite a existência de bens jurídicos coletivos como simples instrumentos de assistência aos aludidos bens jurídicos individuais. Destarte, os tipos penais apenas incriminariam as condutas lesivas

²⁰¹GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. Delito contra el medio ambiente: el tipo básico en la Ley Orgánica 5/2010. *La Ley Penal*: revista de derecho penal, processal y penitenciário, Madrid, v. 8, n. 79, p. 41, fev. 2010.

²⁰²O. HOHMANN, 1992 *apud* ALASTUEY DOBON, Maria Carmen. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO: Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 212.

²⁰³FUENTES OSORIO, Juan Luis. Delitos contra el medio ambiente. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 447-448.

contra a pessoa humana ao menos em perigo abstrato, caso contrário, repudiar-se-ia a sanção penal. Configurada está tal digressão na Escola de Frankfurt.

E mais, configurando-se como delito *pluriofensivo*, depreca a lesão, ou seu perigo, cumulativa de ambos os bens jurídicos, embaraçando a incidência do Direito Penal Ambiental, inclusive no que pertence à exigibilidade peculiar de cada bem jurídico envolvido. Por óbvio, a opção pelo perigo abstrato no que tange aos bens jurídicos individuais, far-se-ia como técnica estrutural para obstar os empecilhos do nexo de causalidade²⁰⁴.

Por outro lado, poder-se-ia cogitar da eleição de um novo e distinto bem jurídico, isto é, a Saúde pública.

Assim, se a conduta não for suscetível a comprometer bens jurídicos individuais, demanda-se desregulamentação penal, restando singular competência administrativa.

Em opção Ecocêntrica, tem-se o Bem Jurídico Meio Ambiente propriamente dito, ou seja, a proteção por si mesmo, em respeito a Direitos próprios da natureza. Dessarte, está a se exigir lesão ou perigo de lesão ao ecossistema.

Noutras palavras, é de inarredável relevância fixar o Bem Jurídico pois, a demarcação que se faça deste terá incidência político-criminal, assim como, de interpretação dogmática²⁰⁵.

De forma geral, a inquietação da sociedade com a perda ambiental, nos últimos decênios, acarreta uma finalidade preventiva que fundamenta a seara dos delitos ambientais.

Aliás, uma maior coordenação entre os diversos mecanismos de controle dos ataques ambientais, inclusive o Direito Penal Ambiental, ostenta maior efetividade que mero incremento de tipos penais e penas.

Tal ilação contudo, não se faz de maneira pacífica.

O questionamento acerca do emprego adequado do Direito Penal para obstar desafios advindos primordialmente no pós-guerra atinge níveis extremamente requintados de acerto, como, *ad exemplum*, os transcendentais prejuízos ao meio ambiente que

²⁰⁴FUENTES OSORIO, Juan Luis. op. cit., p. 452.

²⁰⁵GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. op. cit., p. 40.

restam por alcançar gerações futuras sinalizando igual debate sobre seus efeitos transnacionais, sobre o abstraimento possível nos delitos de perigo abstrato, e, aqui, a especial justificação necessária para uma intervenção penal a estado prévio ao da lesão materializada do bem jurídico, e afinal, sobre o aumento dos bens jurídicos coletivos²⁰⁶.

Tais pontos no entanto, não são insolúveis.

Para exemplificar, no que concerne especificamente às gerações futuras, aspecto que se refere assim ao sujeito passivo, vale antecipar que, dentro do âmbito da Teoria da Proteção do Bem Jurídico, não há qualquer óbice.

Nada obstante, num primeiro momento, possa-se pensar que não há nenhuma lesão às pessoas vivas e assim, impossível se discorrer sobre bem jurídico, permanece a viabilidade de falar-se em bem jurídico e proteção das gerações futuras. Importa sublinhar que, cuida-se de uma justa ampliação da aludida teoria – ampliando seu espectro para todas as criaturas viventes e também para as vítimas virtuais - aliás, adotada recentemente pela Constituição Alemã, em seu artigo 20²⁰⁷.

Destarte, a proteção ao meio ambiente no âmbito jurídico hoje é de inegável imprescindibilidade e, inclusive no citado âmbito penal²⁰⁸.

Com a ressalva da Escola de Frankfurt²⁰⁹ e a Teoria Pessoal do Bem Jurídico, há consenso da necessidade de intervenção do Direito Penal na Defesa do Meio Ambiente²¹⁰. Veja Schünemann:

²⁰⁶ROXIN, Claus. *La teoria del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ed. Jurídica Grijley E. I. R. L., 2007. p. 10-11.

²⁰⁷“Yo también penso que el maltrato de animales o la extinción de especies puede penarse, igual que por ejemplo la destrucción del clima que perjudique de forma duradera la vida das generaciones futuras. Ello parecería contradecir la idea de protección de bienes jurídicos, porque lo que se haga a los animales o a las generaciones futuras no tiene por qué perjudicar a las personas actualmente vivas. Pero uno no tiene que renunciar al principio de protección de bienes jurídicos, como pretende STRATENWERTH, sino que sólo tiene que ampliarlo, extendiendo el contrato social del círculo de las personas vivientes a otras criaturas de la creación [*Mitgeschöpfe*] y a las generaciones futuras. En Alemania ello ha sido aclarado por la Constitución, que en un precepto introducido en una reforma reciente establece: ‘En cumplimiento de su responsabilidad para con las generaciones futuras, el Estado protegerá la fauna y los recursos naturales.’ Entiendo que la evolución internacional sigue esta misma dirección.” (ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 137-138).

²⁰⁸Existem Resoluções Internacionais que pugnam o uso do Direito Penal para a proteção do Meio Ambiente: Resolución (77) 28, de 27 de setembro, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre “a contribuição do Direito Penal na proteção do meio ambiente” e a Resolução n.º 1 da XVIII Conferência de Ministros de Justiça de Istambul, de 4 e 5 de Junho de 1990.

²⁰⁹Basicamente definida pela idéia da conexão do Direito Penal com outros variados conhecimentos e o uso extremamente prudente do Direito Penal e pois, a intervenção do Direito Penal num mínimo para proteção de bens individuais. (Cf. DONNA, Edgardo Alberto. Prologo, cit.).

²¹⁰CANCIO MELIÁ, Manuel. La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 52, p. 145, jan./dez. 1999.

“(…) menciono los delitos ambientales, cuya conformidad con el principio de protección del bien jurídico ha sido injustamente puesta en duda no sólo por los autores de Frankfurt, sino también por Stratenwerth. Acerca de esto, quisiera remitir en particular a *mis* propios trabajos anteriores, en los que he expuesto que aquí estamos realmente frente a la piedra fundamental del delito. También se le ha dado innecesariamente demasiada importancia en el debate actual al problema del daño de los bienes jurídicos ecológicos de grado sólo insignificante y efectuado de un modo múltiple. Pues, ya se conocía este problema en la criminalidad contra la propiedad, pero nunca se lo tomado como motivo para poner en duda la protección penal de la propiedad. Aquí se trata más bien de un caso normal de criminalidad de poca cuantía, por lo que, para hacer frente a esta clase de criminalidad, pueda hacerse remisión también a los conceptos generales”²¹¹.

Assim, a abolição do Direito Penal Ambiental em favor de um Direito de Intervenção, espécie de Direito de Polícia²¹², com fulcro inclusive no princípio da *ultima ratio*²¹³ não se sustenta, estando-se diante de um ponto de não-retorno.

De outro modo, impensável qualquer movimento abolicionista, qualquer negação da ingerência da lei criminal à sociedade²¹⁴, que declinaria do Direito Penal como reação incisiva frente a delitos contra a coletividade, na figura do meio ambiente²¹⁵. E mais:

“Por outra parte, el rostro de ese Derecho Penal ‘mínimo’ que excluye de su legítimo ámbito de acción los intereses colectivos emergentes de nuestra sociedad resulta ‘incomódo’ si no sospechoso, porque parece orientado a blindar a los poderosos (delincuente de *cuello blanco*, de las *finanzas*) de la Economía y la Política de la intervención penal que quedaría reservada para los de siempre, confirmando así el estereotipo positivista de *delincuente* (persona de los bajos estratos sociales). Con ello se emprendería un peligroso retorno, no ya a concepciones

²¹¹SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización, cit., v. 2, p. 81-82.

²¹²Pode-se alertar para alguns equívocos da Escola de Frankfurt, quais sejam, o desconhecimento da atual realidade ao identificar exclusivamente bem jurídico com interesses unicamente individuais; o resultado final de sua proposição que redundaria na impunidade do “homem de bem” e o inevitável repasse das sanções pecuniárias como custo empresarial. (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 164-165).

²¹³Neste ínterim, vale anotar a interessante opinião do Schünemann quanto à idéia de *ultima ratio*: “(...) parece claro que un sistema de control administrativo no puede sustituir la utilización del Derecho penal, sino solo complementarla, y que, a veces, se puede renunciar al control administrativo más facilmente que al Derecho penal (...) A mi modo de ver, la fórmula de la ultima ratio no debe concretizarse mediante perspectivas globalizantes y simplificadoras, sino basándose en una construcción de grupos de casos que parta del bien jurídico protegido, que tome en cuenta tanto los caminos que conducen a su lesión en determinado contexto histórico-social, como también los recursos para su protección, y que así desarrolle las necesidades de protección del bien jurídico en un análisis tridimensional.” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 264).

²¹⁴BAILONE, Matias. Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. *Ciencias Penales Contemporáneas*: revista de derecho penal, procesal penal y criminología, Mendoza, año 4, n. 7/8, p. 467, 2004.

²¹⁵ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 340.

liberales-individualistas, anacrónicas, del Derecho Penal sino a funesta imagen de éste como ‘Magna Charta de los ciudadanos honorables’.”²¹⁶

Tal ilação é resumida no seguinte questionamento: por que ao Direito Penal, como componente imprescindível do ordenamento jurídico, negar-se-ia a proteção do meio ambiente, hoje aliás, inegavelmente posto como fundamental direito²¹⁷?

Em recente obra, *La Pachamama y el humano*, Eugenio Raúl Zaffaroni alude à Natureza *inclusive*, como sujeito de Direito, retirando a exclusividade do humano como titular de direitos²¹⁸.

Tal digressão encontra assento no delito de maus tratos de animais e nos crimes ecológicos, não olvidando a possível ridicularização daí advinda, mas contrapondo a isto, a história da Teoria Geral do Direito que alargou o reconhecimento da personalidade jurídica a entes que antes eram tidos como coisas. Veja:

“A nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es outro que el derecho del próprio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos. Si bien esta posición es minoritaria entre los penalistas – pese el prestigioso antecedente de Berner antes citado –, no sucede lo mismo en otros campos del derecho”²¹⁹.

E prossegue:

“Pero parece demasiado que ahora debamos reconocer que además de nosotros hay *otros* que tienen derechos. Como ya hemos dicho, a regañadientes y tras siglos de lucha, se fue aceptando que los tuvieran los *salvajes*, los siervos, las mujeres, los esclavos, los de diferente color de piel, los trabajadores manuales, los de diferente orientación sexual; pero *otros*, ya es demasiado para nuestro narcisismo, especialmente desde el exabrupto cartesiano con que se fundo un *racionalismo poco razonable*”²²⁰.

²¹⁶GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 136.

²¹⁷SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 307, jul./set. 2002.

²¹⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012. p. 21.

²¹⁹Id. Ibid., p. 54. Cf. ainda, o artigo 1º. da Lei nº 14.346 de 5 de novembro de 1954 que diz: “Será reprimido, con prisión de quince días a un año, el que infligire malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales”. (g.n.)

²²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*, cit., p. 133. Cf. inda, o artigo 71 do Capítulo VII – Direitos da Natureza da Constituição Equatoriana que assegura: “La naturaleza o Pacahmama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (...). (g.n.). No mesmo sentido, a Constituição Boliviana, em seu versículo 33.

Contudo, aqui nasce problemática inconciliável, qual seja, a personalidade jurídica concedida à Natureza e o patenteamento de animais e plantas.

Em verdade, há de se alvitrar que se e somente se podemos afirmar nossa maior dignidade em face de plantas, animais ou mesmo a natureza como um todo, tal se dá indubitavelmente em virtude de nossa maior capacidade para “ouvir e dialogar”²²¹. E, pois, indubitavelmente, nos coloca em posição de responsabilidade extremada.

Também num aspecto mais temperado, lembre-se, há enfoque no sentido de reconhecer-se a autonomia do Meio Ambiente como Bem Jurídico supraindividual, cuja razão de proteção residiria na sua indispensabilidade como condição de desenvolvimento dos membros da sociedade, porém, sem a cogente conexão individual, isto é, sem ser para tanto, necessária a lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico individual²²².

Recordando que, na versão mais vasta, qualquer conduta pode significar uma ofensiva e, por outro lado, à vista desta mesma extensão, as lesões ou perigos serão afinal, insignificantes.

Daí, diante deste cenário de estorvos em se verificar a lesão (delicada equação: ação e lesão, isto é, que tipo de ação pode redundar em lesão e esta, em que grau e quando e onde!), a técnica mais eficaz seria a de considerar tais delitos ambientais como de perigo abstrato.

Não obstante, existem condutas de perigo abstrato que se configuram como completamente insignificantes, sem portanto, qualquer relevância penal.

Daí, há imprescindibilidade de apor-se outro requisito, isto é, o risco da somatória. Assim, a proteção do bem jurídico implica a importância penal de comportamento que insulado, não oferta qualquer perigo significativo todavia, sua reiteração, ao contrário, pode acarretar consequências danosas ao bem jurídico defendido.

Está-se a falar sobre Delitos de Acumulação cuja concorrência de série de condutas sutis perpetradas por diversificados agentes, sem quaisquer pactuações entre eles, redundam num dano cumulativo²²³²²⁴.

²²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*, cit., p. 125.

²²²FUENTES OSORIO, Juan Luis. op. cit., p. 438.

²²³Id. Ibid., p. 463.

²²⁴Não se olvidando das críticas contra esta construção: desrespeito ao princípio da culpabilidade, da regra da imputação objetiva e ao bem jurídico na medida em que a ofensividade do comportamento sequer é presumido.

Enfim, importa apostilar que há sim, tendência político-criminal no sentido de expandir o Direito Penal à proteção do Meio ambiente, não apenas no que concerne à ampliação de figuras delitivas mas primordialmente, na concessão de um maior grau de autonomia em relação aos bens jurídicos individuais ou estritamente conectados ao indivíduo²²⁵, tudo em consonância aliás, à própria elevação da complexidade das estruturas sociais.

E, tal necessidade, vê-se, afeta a maneira pela qual esta tutela encontra amparo nos institutos de Direito Penal.

Neste instante, vale uma advertência: o aludido Princípio da Proteção do Bem Jurídico não se confunde com a simples expansão no catálogo de bens²²⁶.

Por óbvio após estas reflexões – Bem Jurídico nos Crimes Ambientais e outras - advém mais uma problemática: a precisa conceituação de Ambiente para assim, delimitar este Bem Jurídico.

Destarte, impinge destacado desenho conceitual do objeto de proteção do Direito Penal Ambiental²²⁷. Não se pode olvidar da definição contida no artigo 3º., inciso III da Lei nº 6.938/1981, contudo, de sabença, trata-se de conceito jurídico indeterminado que ao lado de uma noção reducionista ou amplíssima²²⁸, com elementos abióticos, bióticos, ou inda, num enfoque integral que englobaria o patrimônio histórico-artístico, imporá preenchimento pelos atores legais.

Noutras palavras, se para tanto não bastassem os problemas já abordados, quando se está diante do meio ambiente, há uma agravante consistente no embaraço em sua conceituação que pode atingir sua totalidade – ecossistema - ou especificamente um ponto, agressão à fauna, por exemplo²²⁹.

²²⁵ALASTUEY DOBON, Maria Carmen. op. cit., p. 209.

²²⁶SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 257.

²²⁷BUGALHO, Nelson R. Contornos do bem jurídico-penal ambiente. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 102, p. 89, mar. 2009.

²²⁸A proposta reducionista tem-se em definitivo como ambiente, água e ar e a proposta amplíssima agrega componentes humanos – artificiais e culturais. (cf. BUGALHO, Nelson R. op. cit., p. 90-91). Lembrando que, na versão mais vasta, qualquer conduta pode significar uma ofensiva e, por outro lado, a vista desta mesma extensão, as lesões ou perigos serão afinal, insignificantes. Daí, diante deste cenário de estorvos em se verificar a lesão, a técnica mais eficaz seria a de considerar tais delitos ambientais como de perigo abstrato.

²²⁹Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. op. cit., p. 167: “Dito isso, parece-nos possível afirmar, com suficiente certeza, que o legislador brasileiro optou por uma noção mais restrita de meio ambiente, entendido aqui como meio ambiente ‘natural’, ou seja, como ‘sistema biológico’ (ecossistema).”

Contudo, está a se falar quanto ao Bem Jurídico a ser identificado para o *crime ambiental* de Biopirataria²³⁰, e daí, algumas avaliações são obrigatórias.

A problemática da Biopirataria ostenta questões relativas ao Meio Ambiente e, ainda, ao direito de propriedade intelectual.

Os pilares de proteção para a salvaguarda contra a Biopirataria passam pela sustentabilidade e pelo bom emprego dos recursos, e primordialmente, pela preservação da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos²³¹.

Deste modo, os riscos de esgotamento e desperdício da Biosociodiversidade, (inclusive no que diretamente nos interessa ao tema: atendimento desenfreado à Biotecnologia), são indubitavelmente dignos de tutela penal na medida em que o desenvolvimento de novos processos biotecnológicos urgentes para a provisão de bens e serviços, *ad exemplum*, produção de novos medicamentos, não prescinde de um regular acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados.

Dentro deste complexo panorama depreende-se entretanto que, a Biotecnologia, ao reverso, impôs refinamento nas normas protetivas da propriedade intelectual²³².

Aqui, vale realçar o modo de propriedade que busca a exploração exclusiva do direito ao detentor, salvo o pagamento por terceiros de um preço consistente em *royalties*, qual seja, a patente, conceituada como “o documento oficial, expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que determina a propriedade de uma pessoa sobre o que tenha sido criado ou inventado, constituindo o instrumento correto para proteger um produto ou um processo com possibilidades de industrialização”²³³²³⁴.

²³⁰ O Bem Jurídico violado pelo crime não se confunde com o objeto material no qual o ataque se concretizou.

²³¹ WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade intelectual: conhecimento tradicional associado a biopirataria. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 53.

²³² Veja a opinião de Edward Antônio Pinto Lemos e Raquel Batista de Ataíde: “Todavia, enquanto os maiores investidores em biotecnologia situam-se nos países do hemisfério ‘Norte’, os recursos genéticos encontram-se em maior abundância nos países periféricos tropicais do ‘Sul’, ricos em biodiversidade, mas carentes, em sua maioria, de técnicas adequadas de exploração de suas potencialidades, acentuando-se, em decorrência de tal fato, a tendência de reforço dos direitos dos titulares da propriedade intelectual em detrimento dos detentores do patrimônio genético.” in LEMOS, Edward Antônio Pinto; ATAÍDE, Raquel Batista de. op. cit., p. 330.

²³³ INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Cartilha da Propriedade Industrial, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <[http://www.inovacao.usp.br/images/pdf/Cartilha% em: 20INPI%202002.pdf](http://www.inovacao.usp.br/images/pdf/Cartilha%20INPI%202002.pdf)>. Acesso 15 out. 2012.

²³⁴ Importa distinguir patente de marca e desenho industrial. Conforme Cartilha do INPI, marca pode ser definida como todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos ou serviços de outros semelhantes ou afins, de procedência diversa, ou certifica a conformidade dos mesmos com

A natureza da patente se decompõe em Privilégio de Invenção e Modelo de Utilidade sendo a invenção um novo produto ou processo de fabricação e o Modelo de Utilidade, um artefato conhecido ao qual são apresentadas modificações capazes de melhorar sua função. A patente de Privilégio de Invenção vigorará por 20 anos e a de Modelo de Utilidade por 15 anos e uma vez decorrido o período de vigência, cessam os direitos do titular (direito exclusivo à exploração), tornando-se a invenção domínio público, o que quer dizer que qualquer pessoa pode utilizá-la livremente. Poderá entretanto antes, sofrer Licença Compulsória. Nomeada para obstar o abuso do monopólio ou do direito exclusivo da patente por parte do titular, ela incide em hipóteses de insuficiência de exploração, descomedimento de poder econômico e interesse público ou emergência nacional, entre outras. Apenas poderá ser requerida após decorridos três anos da concessão da patente. Se, à data da solicitação da licença, o titular justificar o desuso por razões de direito, comprovar a realização de providências para sua exploração e justificar a ausência de comercialização ou de fabricação por impedimento legal, a licença compulsória não poderá ser concedida.

Importa ainda fazer alusão à questão das patentes e sua tutela, primordialmente no que concerne à sua invalidação, se incorretos os procedimentos de acesso, que pode dar-se sob uma primeira ótica consoante a qual a propriedade intelectual não se confunde com a tutela civil e penal porque se trata de fenômeno jurídico exclusivo ao regime de atribuição dos resultados de pesquisas nas relações com terceiros, com absoluta autonomia funcional.

Sob outra perspectiva, há uma unidade jurídica que implica a observância de outros ditames na disciplina das patentes biotecnológicas, por exemplo, a exigibilidade da certificação da origem no ato de depósito da patente e, por conseguinte, traz um controle formal, refletindo sobre a validade das patentes e até mesmo, podendo invalidá-las²³⁵.

determinadas normas ou especificações técnicas, constituindo pois, elemento fundamental para a identificação e diferenciação de um produto ou serviço no mercado. E, quanto à apresentação, a marca pode ser nominativa (inclui palavras), figurativa (inclui desenhos), mista ou tridimensional. O prazo de vigência é de 10 anos, contados a partir da data de concessão. Este prazo é prorrogável por períodos iguais e sucessivos, a pedido do titular. Distingue-se do Desenho Industrial. Este é a forma de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, criando um visual novo e original na sua configuração externa, podendo ser industrializado, vigorando pelo prazo máximo de 25 anos, contados da data do depósito, sendo o período mínimo de 10 anos, prorrogáveis por mais três períodos sucessivos de cinco anos cada. INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Cartilha da Propriedade Industrial, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, 2002, cit.

²³⁵Cf. RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 190-195.

A propósito, no Brasil, nada obstante opiniões em contrário, Patente pode ser definida como Direito Real de Propriedade sobre bem intangível e limitado à função social da propriedade²³⁶. Para o patenteamento, é necessário que esse objeto ou tecnologia sejam novos, úteis, e tenham na sua criação atividade inventiva²³⁷.

O primeiro obstáculo nesta seara surge quando se pensa nas questões éticas relacionadas à coisificação da vida ou dos seres vivos quando do patenteamento, isto é, na lógica econômica interferente, não se podendo perder de vista que nossa ordem jurídica veda tal patenteamento, a partir da distinção entre invenção e descoberta, sendo portanto, legal tão somente o patenteamento de invenções, em consonância à regulação do artigo 10, inciso IX e artigo 18, inciso III da Lei da Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/96).

Por outro lado, há iniciativas legislativas em tramitação no Congresso Nacional (PL 2.695/93, PL 4.961/05, dentre outros) acerca da patenteabilidade ou não do todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos naturais²³⁸, bem como há registro no INPI de 102 pedidos de patentes envolvendo células-tronco animais e humanas, na sua quase totalidade de depósitos por corporações estrangeiras que pretendem obter prioridade uma vez alterada a legislação brasileira²³⁹.

Ainda, as normativas internacionais aceitam as ditas “cláusulas gerais excludentes de patenteabilidade”, ou seja, aquelas protetivas da moralidade ou da ordem pública:

²³⁶FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual: relação entre patentes e células-tronco humanas*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80-81: “No direito brasileiro, a posição majoritária é que as patentes conferem direitos de propriedade, exclusivos por vinte ou quinze anos, dependendo do tipo de patente, sendo-lhes aplicadas as normas de direito real, quando tratarem de bens patrimoniais, e pessoais ou da personalidade, quando tratarem do reconhecimento moral da autoria, da criação ou da invenção, conforme definido por regras de direito privado. Por isso, não há permissão do patenteamento de partes do corpo humano, pois o corpo humano ou suas partes não são coisas (*res*), mas sim integram a esfera da personalidade.”

²³⁷FERNANDES, Márcia Santana. op. cit., p. 92: “Os requisitos de validade das patentes, internacionalmente aceitos, envolvem o que se denomina ‘conceito de unidade inventiva’ e são eles três: atividade inventiva, novidade e aplicação industrial.”

²³⁸Importa não confundir Patentes de Invenção e Patentes de Modelos de Utilidade. São distinções que dizem respeito a uma classificação quanto ao fim da patente, sendo as primeiras aquelas “que protegem inventos e produtos novos ao estado da arte”, e as segundas aquelas direcionadas “ao aprimoramento e à diversificação do invento.” Cf. FERNANDES, Márcia Santana. op. cit., p. 96.

²³⁹Id. Ibid., p. 165.

Art. 27:

(...) 2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect order publico or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.²⁴⁰

Convém salientar entretanto que, tanto o Escritório de Patente dos Estados Unidos (United States Patent and Trademark Office – USPTO), quanto atualmente o Escritório Europeu de Patentes (European Patent Office – EPO) admitem o patenteamento de matéria viva na crença de consistir isto num incentivo para a descoberta e industrialização²⁴¹.

E importa muitíssimo realçar a inapropriedade de tratar este tema no campo da Propriedade Intelectual posto que além do já esboçado, o Direito à Propriedade Intelectual presta para mais e mais incentivar indivíduos a originar produção intelectual e daí, protegê-los *enquanto que na hipótese de recursos imateriais advindos da Biosociodiversidade, os mecanismos estatais perseguem sua tutela em instante prévio ao patenteamento. Veja-se:*

Com base na ideia de que a concessão de Direitos de Propriedade Intelectual tem como propósito *estimular* indivíduos e instituições a investirem seu trabalho e recursos escassos na geração de bens intelectuais, os Direitos de Propriedade Intelectual se mostram, em termos gerais, inadequados para tutelar Recursos Bioculturais Imateriais, porquanto um dos interesses *primários* dos Estados e das comunidades tradicionais não é obter um incentivo para investirem na geração de Recursos Bioculturais Imateriais contemporâneos, mas proteger bens intelectuais preexistentes ao regime de proteção.²⁴²

Aliás, este tema cresce muitíssimo em importância quando se distancia do cuidado com o Meio ambiente e os animais e passa-se à discussão sobre o patenteamento das células-tronco humanas, o patenteamento dos resultados das pesquisas em células-tronco e as pesquisas científicas envolvendo seres humanos, em harmonia com os direitos humanos.

Em verdade, ao reverso do que se pode concluir num primeiro instante, o sistema patentário deve perseguir uma democratização do conhecimento para pesquisas

²⁴⁰Cf. TRIPS, artigo 27.

²⁴¹FERNANDES, Márcia Santana. op. cit., p. 96-106.

²⁴²RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*, cit., p. 60.

benéficas, uma dispersão de tecnologias, viabilizadoras de acesso e evolução social, num equilíbrio entre interesses coletivos e individuais, tudo assentado no que se convencionou chamar de teoria da expansão do conhecimento como primeira diretriz²⁴³. Patente não se embaralha com sigilo industrial. Noutras palavras, as patentes não devem implicar óbice aos informes científicos, mesmo porque não existem dados que sustentem a correspondência entre um sistema patenteário reforçado e o crescimento de um país²⁴⁴.

Em interessante ilação, no contrafluxo hodierno, Márcia Fernandes realça no mote patentes e células-tronco, o aconselhamento da Associação Internacional dos Pesquisadores de Células-tronco (International Society for Stem Cell Research – ISSCR), no sentido das verbas para pesquisas e tratamento dos pesquisadores:

O fundo de pesquisas mundial poderia ser patrocinado por governos e entidades públicas e privadas, com o compromisso de que o conhecimento gerado das pesquisas ou os efetivos resultados fossem promotores de um bem à saúde pública mundial, livre de patentes ou outras formas de apropriação privada. Aos cientistas seria reconhecida a autoria de seu trabalho e a valorização social de sua contribuição.²⁴⁵

E não se pode olvidar, como inicialmente falado, que os direitos de propriedade intelectual restaram bem fortalecidos com toda uma sistemática própria traduzida no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) e no Tratado sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio Internacional (*Trade Related Intellectual Property Rights – TRIPS*), na dita rodada multilateral de negociações comerciais do Uruguai no ano de 1994, oportunidade da instituição da Organização Mundial do Comércio (OMC), bem como, no surgimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO – *World Intellectual Property Organization*)²⁴⁶.

Tal forte sistemática patentária, não favorece a apreensão com a Biodiversidade (patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados), não tendo aqui o mesmo grau de sofisticação jurídico, mesmo porque, como dantes dito, há resistência para a imposição de diversos freios ao patenteamento irresponsável da

²⁴³FERNANDES, Márcia Santana. op. cit., p. 89: “A teoria da divulgação ou da expansão, também chamada de primeiro princípio do sistema de patentes, assume a comunidade como foco primordial, visando a desenvolvimento tecnológico, econômico e social por meio do acesso dos conhecimentos existentes no estado da técnica e da descrição suficiente dos eventos.”

²⁴⁴FERNANDES, Márcia Santana. op. cit., p. 196.

²⁴⁵Id. Ibid., p. 200.

²⁴⁶BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 304-305.

Biodiversidade, e um deles perfaz-se certamente na exigência da declinação da fonte do recurso empregado, diretriz da CDB, e delegado a nenhuma preocupação no TRIPS.

E, perceba ainda que, nada obstante a temática Biopirataria tenha pontos de contato com o direito à propriedade intelectual, por óbvio, este não se perfaz como Bem Jurídico a ser tutelado pela singela razão de estar a Biopirataria, enfim, em fase *muitíssimo anterior* à afronta à patente já reconhecida.

É de sumo peso anotar que, os países megadiversos apresentam-se como reservatório genético, hoje sabidamente exauriente. E, principalmente, permitem adaptação das espécies a mudanças ambientais, acontecimento basilar na Biotecnologia que pode selecionar ou mesclar material genético já existente na natureza mas não, criá-lo²⁴⁷. Assim, as técnicas bioprospectoras podem destruir irremediavelmente o ecossistema nacional. Veja-se:

Com efeito, a continuidade dessas práticas bioprospectoras, além de contribuir para a manutenção do monopólio tecnológico, considerando que aqueles que detêm tecnologia utilizam-se, em decorrência da ausência de fiscalização, da matéria-prima brasileira, sem proporcionar em troca qualquer benefício ao Estado nacional, redundará, cedo ou tarde, na desestruturação do ecossistema nacional, que já sofre com o desmatamento desenfreado, as constantes queimadas e a retirada ilegal de organismos, extratos e substâncias químicas, muitos deles até então desconhecidos.²⁴⁸

Assim se poderia afirmar que a posição atual cinge-se à extensão dos direitos intelectuais à propriedade intelectual com inafastável arrasamento da Biodiversidade.

A defesa da Vida enfim, é muitíssimo mais respeitável que o cumprimento de normativas para a proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual, mormente das patentes²⁴⁹.

Inadmissível pois, configurar as regras ambientais como cerceamentos indevidos ao indivíduo ou às corporações quando buscam, na realidade, fundamentalmente, a proteção da saúde pública, obstaculizar que a agressão à

²⁴⁷ LEMOS, Edward Antônio Pinto; ATAÍDE, Raquel Batista de. Patrimônio genético e biotecnologia: interesses do Brasil na ALCA. *Verba Juris*: Anuário da Pós-Graduação em Direito Universidade Federal da Paraíba Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Editora Universitária UFPB, ano 4, n. 4, p. 337, jan./dez. 2005. p. 337.

²⁴⁸ Id. Ibid., p. 365.

²⁴⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 219-220.

Biosociodiversidade acarrete ameaça ou lesão irremediáveis à sobrevivência de qualquer espécie viva²⁵⁰²⁵¹.

Destarte, a propriedade intelectual e a respectiva exploração a ser realizada, inserem-se em um âmbito maior, qual seja, aquele da conservação do patrimônio Biosociodiverso. Está a se falar acerca da improvável substituição dos bens protegidos, promovendo afinal, a sustentabilidade do planeta²⁵². Veja-se:

A perda de uma ou mais espécies pode afetar a qualidade do ar e da água, a produção de alimentos e o controle das pestes que atacam as lavouras ou disseminam doenças, pois os ecossistemas são redes interligadas que exigem a conservação das partes para preservar o funcionamento do todo. Uma conclusão sombria parece inevitável diante do avassalador processo de degradação natural: muitas espécies estão ameaçadas de desaparecer em curto espaço de tempo por não se adaptarem às súbitas mudanças do meio ambiente. Essas alterações, sem paralelo em qualquer outra fase histórica precedente, colocam em risco a habilidade humana para encontrar a cura de numerosas moléstias.²⁵³

E se tal já entremostra minimamente quando da vedação à concessão de patentes perniciosas à conservação da Biodiversidade e do meio ambiente ou, mais especificamente, quando da limitação da propriedade intelectual em face dos interesses públicos, *ad exemplum*, a licença compulsória²⁵⁴, muito mais há para se fazer neste assunto e, repise-se, o primeiro passo seria a exigibilidade da declaração da fonte do recurso empregado quando do patenteamento de qualquer produto ou processo, de acordo com a CDB.

E mais, para prosseguir na discussão sobre o Bem Jurídico a ser protegido quando da criminalização da conduta do Biopirata, perceba-se que se está no campo dos direitos difusos ou bens jurídicos difusos.

Neste ponto, uma pequena distinção faz-se convenientemente necessária.

Pode-se entender por bem jurídico penal de natureza coletiva aquele que se refere, de fato, à coletividade, enquanto bem jurídico penal de natureza difusa, nada obstante também diga respeito à coletividade, oferte uma conflituosidade social, isto é,

²⁵⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. op. cit., p. 244.

²⁵¹ Cf. ainda, Decreto nº 4339/02: “2. VII - a manutenção da biodiversidade é essencial para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera e, para tanto, é necessário garantir e promover a capacidade de reprodução sexuada e cruzada dos organismos.”

²⁵² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. op. cit., p. 245.

²⁵³ Id., loc. cit.

²⁵⁴ Há autorização a terceiros para fabricar, usar, vender invenção patenteada sem o consentimento do titular ou quando existir interesse público, ou quando houver abuso de poder: cf. artigos 27.2 e 30 do TRIPS.

uma contraposição de diversificados grupos da sociedade, exemplifique-se com o meio ambiente em desacordo com interesses econômicos²⁵⁵.

E note-se, um ponto que será melhor elucidado a seguir, bem jurídico coletivo não se confunde com uma reunião de bens jurídicos individuais^{256,257}.

Enfim, o afloramento da questão sobre os bens jurídicos supraindividuais pode ser detectado mais especialmente quando do exame das novas configurações sociais que tornam as relações mais complexas, e ao mesmo tempo, com o cunho do anonimato, passando-se à proteção de interesses não individuais, mormente com alterações no modelo de Estado e também, no capitalismo. Destarte, bens jurídicos como o meio ambiente e a Biodiversidade são postos em risco por conta da busca de um lucro a qualquer custo, atrelado às atividades outras econômicas²⁵⁸.

Assim, em realidade, a problemática dos bens jurídicos supraindividuais reside muito mais na nomeação equivocada de bens como coletivos sem, na verdade, o serem, que em sua inexistência.

E, nesta questão dos bens difusos, surge debate já tracejado quando da análise do meio ambiente. Cuida-se da natureza destes bens difusos: se autônoma ou se mera antecipação da proteção dos bens jurídicos individuais, esta última, notadamente, com fulcro na visão liberal²⁵⁹ do Estado de Direito²⁶⁰.

²⁵⁵Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos, cit., p. 308-309: “(...) b) *os bens jurídico-penais de natureza coletiva*, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São desta forma, indivisíveis em relação aos titulares. No direito penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.; c) *os bens jurídico-penais de natureza difusa*, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental (...)”

²⁵⁶Cf. MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 17, p. 314, 2005. Veja que o meio ambiente por exemplo, não se reduz às pessoas, até mesmo porque protege igualmente as gerações futuras.

²⁵⁷Cf. ainda, curiosa posição de Cf. MAYO CALDERÓN, Belén. op. cit., p. 346: “(...) la pena que establecen los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos debería ser inferior a la asignada en los delitos que tutelan bienes jurídicos individuales, puesto que estos últimos constituyen la base del sistema.”

²⁵⁸FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 277-280.

²⁵⁹Se o Estado Liberal focou sua proteção nos bens jurídicos individuais, isto não implica, *completo desconhecimento de outros bens*, não necessariamente de cunho social ou econômico. Veja por exemplo, a tutela de bens como a Fé Pública e a Administração da Justiça (in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 56).

²⁶⁰Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*:

E, mais detalhadamente, até que ponto poderia se caracterizar esta relação de afetação com os bens jurídicos individuais. Assim se poderia alcançar, uma visão antropocêntrica dependente ou independente, esta última, com referência ao bem jurídico tido como condição imperativa ao homem, mas alheio à comprovação no caso concreto²⁶¹.

Os interesses supraindividuais enfim, restariam por proteger não somente relações primordiais no sistema como a própria funcionalidade do sistema.

Tudo entretanto, não se esquecendo que a nascente de perigo para estes interesses, em verdade, são atividades imprescindíveis à vida em sociedade – tuteladas aliás, por outros ramos do Direito, inclusive o Direito Administrativo - e assim, há certa incoerência em pensar em sua supressão absoluta²⁶².

Aliás, a título de informação, no que concerne à própria evolução do bem jurídico protegido pelo Direito Penal Ambiental, depreende-se, em primeiro, uma clara referência aos bens jurídicos individuais, migrando-se para sua autonomização, com a ineludível crítica de que se tornam os tipos em modelos protetivos de funções estatais²⁶³.

Perceba-se que, em verdade, o próprio Direito como um todo, como mais proximamente o Direito Penal, e sua contextualizada ótica sobre o Bem Jurídico, suportaram um longo percurso que principiou com características mais sangrentas, alcançando patamar humanista nos dias hodiernos.

Um marco nesta última referência histórica, indubitavelmente é a obra *Dei Delitti e Delle Penne* de Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria, escrita em 1764. Com acerbas críticas ao Antigo Regime, abarca no âmbito do Direito Penal, todo o discurso do Contrato Social e do Iluminismo²⁶⁴.

Não pretendendo restaurar a digressão sobre Escolas Penais, vale apenas recordar que daí se seguiram, de brevíssima maneira, a Escola Clássica, com visão metafísica do Direito; a Escola Positivista, em meados do século XIX, no extremo oposto do movimento pendular, com um determinismo no campo penal e maiores representantes, Lombroso, Ferri e Garofalo; já com tendência conciliadora, surgem a *Terza Scuola* num

(des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade, cit., p. 129: “Assim, por exemplo, quando se trate de conferir proteção ao meio ambiente, não se dispensa a comprovação, no momento da aplicação do tipo, de um resultado que contrarie os interesses do indivíduo.”

²⁶¹Id. Ibid., p. 140.

²⁶²Cf. Id. Ibid., p. 151.

²⁶³Id. Ibid., p. 171-173.

²⁶⁴SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit., p. 24.

combate aos excessos dos positivistas, pretendendo apartar mais minudentemente o Direito Penal da Sociologia Criminal e ainda, a Escola Moderna Alemã ou de Política Criminal com seu esplendor corporificado na figura de Von Liszt e seu famoso *Programa de Marburgo – A ideia do fim no Direito Penal* de 1882; continuando no curso pendular, tem-se a Escola Técnico-Jurídica e o Movimento de Defesa Social e a Escola de Kiel, esta última, pugnando pelo Direito Penal nacional-socialista voltado para o autor e para o uso antecipado do instrumentário penal; enfim, nesta mesma década com Welzel nasce o Finalismo, que ganhará releitura atual com Roxin e a Teoria da Imputação Objetiva e a noção de risco permitido²⁶⁵.

E neste coevo panorama, novas metas são impostas ao Direito e ao Direito Penal.

Novas metas ao Direito e ao Direito Penal então são impostas maiormente por conta da sociedade moderna²⁶⁶ que traz os interesses difusos como temática principal, num quadro de conflituosidade entre a produção social e os riscos derivados para uma

²⁶⁵SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit., p. 24-27.

²⁶⁶Cf. Id. Ibid., p. 28: “Um dos aspectos mais tormentosos do atual panorama político-criminal da sociedade é o paradigma introduzido pela chamada sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), bem estudada por Ulrich Beck. Na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por uma correspondente produção social de riscos. Diante disso, os problemas e os conflitos da sociedade são substituídos por problemas e conflitos que surgem na produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnica-científica. De fato, essas mudanças conceituais há de ser percebidas, primeiramente à medida que se confirma o nível atingido pelas forças humanas produtivas e tecnológicas e, também, pela segurança e pelos regulamentos estabelecidos pelo Estado social, ambos visando, objetivamente, reduzir e excluir socialmente a miséria material. Num segundo momento, o crescimento exponencial, das forças produtivas no processo de modernização virá a criar novos riscos, até então, desconhecidos”. E continua na preleção a p. 67, aproximando-se da Escola de Frankfurt: “Nesta idealização de sociedade de risco pós-industrial, são confirmadas, também, uma valoração atenta de novos fenômenos criminais por parte dos cidadãos, uma sensibilidade mais refinada na apreciação do problema ambiental em suas variadas facetas (ar, água, solo), maior atenção na utilização dos recursos, mais acurada atenção à gestão global dos sistemas produtivos, uma consciência mais madura do correto exercício da liberdade econômica e uma equilibrada disciplina dos fatores de produção e dos mecanismos idôneos para garantir racional e equitativa distribuição de rendas, resultando, pois, em um correto e ponderado sistema fiscal e uma utilização dos frutos dos tributos. Desse emaranhado de situações novéis ao Direito, cabe entender aquelas que poderiam dar lugar a objetos de tutela penal de meras finalidades, as quais, em um contexto jurídico-penal, podem assumir corretamente a função de *rationes* de tutela, porquanto estas não seriam bens jurídicos em um sentido tradicional, senão, objetivos organizativos. Nesse sentido, tem-se que essas novas criminalizações, presentes nos últimos anos, e os projetos de lei para um futuro próximo têm um denominador comum: introduzem novos bens jurídicos difusos ou reforçam a tutela dos bens que, por um adequado conceito de bem jurídico, resultam muito vagos: crimes tributários, crimes na formação de balanços, na utilização de subvenções, contra o ambiente, em matéria de calculadoras eletrônicas e de estupefacientes. O interesse daqueles que concedem subvenções para que estas sejam utilizadas conforme as regras (v.g., impondo uma política para subvenção) ou o interesse ao impedimento ao tráfico de drogas e a conservação de um ambiente vital etc., ainda que possam ser legítimos, não são bens jurídicos no sentido tradicional. Seria sim objetivo de organizações políticas, sociais e econômicas. A vítima, em tais crimes, é assim, mais visível em seus contornos. O Direito Penal, aqui, não tutelaria vítimas, mas apenas funções. (g.n.)”.

vitimização igualmente difusa, *ad exemplum*, naquelas reconhecidas em infrações penais contra o Meio Ambiente.

Destarte, ressurgem a entidade do Bem Jurídico como norte a precisar o Direito Penal. Veja-se:

Nesse aspecto, grande relevo toma a questão do bem jurídico. De fundamental importância, sobretudo a partir da Ilustração, mostra-se ele, hoje, como elemento básico da missão ou função do Direito Penal. Cuidando, a princípio, dos interesses individuais, passou-se, com o evoluir da sociedade moderna, à necessária inquietação também com os bens coletivos e, depois, com os bens metaindividuais. Hoje, não sem razão, diversos valores supra-individuais encontram-se penalmente resguardados, sendo, contudo, motivo de preocupação dogmática.²⁶⁷

Cogente apenas uma ressalva.

Os bens jurídicos supraindividuais se hodiernamente ofertam primacial inquietude, por óbvio, não são absolutamente desconhecidos na História do Direito Criminal. Atente-se.

Principiando novamente por Beccaria, depreende-se a indispensabilidade de um conceito material de crime e assim, a tutela de um *interesse*, em divergência ao despotismo do Antigo Regime. Em prosseguimento, Feuerbach, no século XVIII, aponta como ações dignas de punição aquelas socialmente danosas, inclusive se contrárias à ordem e seguridade. Em assemelhadas linhas, desponta finalmente o moderno conceito de Bem Jurídico, com Birnbaum em 1834, posto que, nasce a concepção de que para importar ao Direito Penal, o comportamento deve lesionar bens, de relevância tanto para o indivíduo como para a coletividade. Este Bem Jurídico então, já na visão de Rudolph Von Jhering presta-se igualmente para proteger as novas condições sociais, numa inegável valoração dos bens da comunidade. Aliás, Von Liszt esclarece este aspecto, aprofundando a conceituação a partir do instante que entende ser o Bem Jurídico aquele interesse protegido vital à pessoa ou coletividade, conhecendo até mesmo o Estado como portador de interesses coletivos. Com inúmeras releituras, inclusive dos imaginados iluministas de Kant e Hegel – concepção neokantista do Bem Jurídico – galga-se enfim, aos tempos contemporâneos, que revalorizarão percepção de Bem Jurídico, por causa dos acontecimentos sentidos na 2ª. Grande Guerra, seja do ponto de vista sociológico, com Hassemer e Habermas, seja do ponto de vista dos valores apostos numa Lei Fundamental,

²⁶⁷SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit., p. 29.

com Roxin, em que o Estado Democrático de Direito e seu conjunto social dá indicativos mais inequívocos sobre a tutela dos interesses supraindividuais, em detrimento de uma impossível limitação a bens jurídicos de cunho unicamente individual²⁶⁸.

Assim, a evolução do Bem Jurídico, no interior da própria evolução do Direito e do Direito Penal parte de uma clara referência aos bens jurídicos individuais, migrando-se para uma visão coletiva e difusa. E, assim, alcança-se a imprescindibilidade da tutela da Biodiversidade, dentro do contexto maior de um Direito Penal Ambiental.

Não se está a repudiar a grave e peculiar situação merecedora de cautela, qual seja, a contraversão no que concerne à relevância dos bens jurídicos e a promulgação de novas normas penais. Noutros termos, faz-se uma edição de leis penais e logo, aqueles bens jurídicos são imediatamente alçados à condição de tuteláveis pelo Direito Penal, e não o óbvio e recomendável caminho inverso que os admite apenas à medida que ostentam envergadura para a positivação normativa²⁶⁹.

A proteção da Biodiversidade tem esta envergadura.

Mas sim, hodiernamente, existe tendência expansiva do Direito Penal, aliás, dentro da própria noção de alargamento advinda do Estado Democrático do Direito, no abandono do círculo clássico de tutela e admissão de novos interesses dignos de proteção penal com feição coletiva ou supraindividual, *ad exemplum*, repita-se, o meio ambiente e a Biodiversidade.

²⁶⁸SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit., p. 36-51.

²⁶⁹Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. op. cit., p. 120-121: “Para ilustrar de forma particularmente impressiva o que deixamos exposto, convém adiantar que, segundo o nosso entendimento, a tutela jurídico-penal do meio ambiente é um dos exemplos mais evidentes dessa tendente administrativização. Tomemos como exemplo alguns artigos da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que tipificam condutas supostamente contrárias ao ambiente: o art. 34 (...), o 51 (...). Ora, parece claro, mesmo ainda num olhar pouco preciso, que a aplicação da sanção penal se encontra justificada sempre que o infrator contrariar os preceitos da autoridade administrativa. Do mesmo modo, resulta pouco visível quais são (ou devem ser) os contornos do bem jurídico que serve de motivo às incriminações e, por outro lado, qual a melhor maneira de que se compreenderem a estrutura e conformação de cada tipo. Tudo a comprovar que, assim configurados, os ilícitos-típicos dificilmente permitem que seja possível recorrer-se a critérios materiais (qualificativos) aptos a constatar se, no momento da aplicação do tipo, houve ou não uma verdadeira exposição a perigo do bem jurídico cuja tutela se afirma ter motivado o legislador.”

5.2. Tipo Objetivo

5.2.1. Tipo Primário

A relevância do Tipo foi de pródigo estilo sintetizada ultimamente por Roxin quando este enumera as funções do Tipo Penal Objetivo, quais sejam, sistemática que diz respeito ao objeto da incriminação; dogmática que se cinge aos elementos do tipo e, finalmente, de política-criminal com conteúdo garantista²⁷⁰.

Não se olvidando que o Tipo Objetivo abarca, de forma sintética, a menção a um Sujeito Ativo, a uma ação típica (leia-se: um verbo)²⁷¹ e a um resultado; far-se-á aqui sua análise detidamente na parte referente à ação²⁷², mais especificamente no enunciado legal que traz a mensagem prescritiva da norma jurídico-penal²⁷³, remetendo para outro momento, o estudo, em especial, da parte subjetiva da ação²⁷⁴.

O relevo deste tema no assunto em tela mais se evidencia à medida que uma obediência a rígidos critérios de técnica redacional, com composição de estilo claro a evitar ambiguidades, e ainda, com emprego do instrumental normativo em absoluta harmonia com o Princípio da Legalidade, pode obstar acerbas críticas ao simbolismo do Direito Penal na seara dos crimes ambientais e bens jurídicos supraindividuais, dando consistência a lei penal.

Assim, surgido no século XVIII, pela dogmática alemã, e a partir da expressão *Tatbestand* (numa equivalência à fórmula *corpus delicti*), o tipo tolera alterações ao longo

²⁷⁰ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., t. 1, p. 277.

²⁷¹EGGERS, Aline; CORRÊA, Simone Prates Miranda. Do tipo subjetivo. In: FAYET JUNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2000. p. 43.

²⁷²Importante salientar que, não se adentrará na discussão da essência da conduta humana e suas diversas teorias: causal, final, social e pessoal da ação, nem em situações fáticas que fundamentam a tipicidade, *ad exemplum*, debate sobre atos reflexos, automatismos, etc. (Cf. FRISTER, Helmut. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Hammurabi, 2011. p. 161).

²⁷³MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Montevideo; Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2011. p. 60.

²⁷⁴Cf. FRISTER, Helmut. op. cit., p. 166.

“La distinción entre tipo objetivo y subjetivo se hace siempre desde a perspectiva de aquel cuya punibilidad se ha de juzgar. La representaciones de otras personas son hechos que se hallan fuera de la psiquis *de aquél*, y, por ello, los elementos que describen tales representaciones no integran el tipo delictivo subjetivo, sino el objetivo. Si, p.ej., A cometió un hurto en razón de que lo instigo B, el dolo de A de sustraer la cosa mueble ajena es, para él, un hecho psíquico-interno; pero, para el instigador B, un hecho externo a la psiquis. En correspondencia con esto, el dolo *del autor*, respecto del tipo de hurto en sí mismo (& 242, I StGB), es un elemento del tipo subjetivo; en cambio, respecto del tipo de la instigación al hurto (& 242, I, y 26, StGB), uno del tipo objetivo.”

dos tempos, partindo de mera descrição dos elementos do crime, passando pela função indiciária da antijuridicidade, principalmente pela agregação de elementos normativos e subjetivos ao seu conteúdo, até sua fase finalista em que junto à sua descrição legal, há igualmente uma vontade reitora²⁷⁵.

Partindo-se da premissa de que o Direito Penal tem como função proteger o Bem Jurídico, não se esquecendo de respeitáveis inteligências diversas²⁷⁶, a perigosidade externa da conduta há que decidir sua proibição.

Lembrando que não se intervém no corpo do autor, mas sim, veda-se a atuação além dos pensamentos do indivíduo²⁷⁷, se bem que pode restar por produzir efeitos configuradores da própria consciência pessoal²⁷⁸, cujo significado final seria a negação ou o menosprezo ao Bem Jurídico comprometido.

Assim, o núcleo da tipicidade é a lesão ao Bem Jurídico.

Tem a norma penal como indicadores relevantes a pretensão de proteção de um Bem Jurídico e principalmente, a possibilidade de fazê-lo, gerando maiores benefícios tanto quanto mais valioso seja o Bem Jurídico protegido²⁷⁹ e tanto mais dispense proteção para ele²⁸⁰, não se olvidando que há inteligência em sentido diverso, apontando a relevância de formular expressamente proibição daqueles fatos pouco lesivos em relação àqueles muito evidentes.

Aliás, especialmente no que concerne ao Meio Ambiente como Bem Jurídico das gerações futuras²⁸¹, só pode ser ele compreendido quando a sociedade ostente capacidade tal para destruí-lo.

²⁷⁵Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit., p. 75-84.

²⁷⁶Cf. Juarez Tavares que preleciona não ser pressuposto do tipo a proteção do bem jurídico na medida em que tipo então, seria mero instrumento de manutenção e reprodução do sistema e não, um verdadeiro instrumento de garantia. Prossegue: ao retirar-se do tipo a exigência de um dano social derivado da violação de um Direito Subjetivo e justificá-lo tão somente como violação de um bem, legitima-se a incriminação por meio da simples legalidade (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, cit., p. 22-23).

²⁷⁷MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 3, p. 664, sept./dic. 1988.

²⁷⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010. p. 574.

²⁷⁹MIR PUIG *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*, cit., 2010, p. 511.

²⁸⁰LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 60, p. 148, ene./dic. 2007.

²⁸¹SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 282.

Lembre-se que o crime contudo, não só proíbe a produção de um resultado penal por meio de um determinado comportamento, mas também, ordena evitar tal resultado.

Destarte, a conduta perfaz-se com a ação propriamente dita de ataque ao Bem Jurídico como ainda, com a ausência da prestação de assistência devida, ou a não efetuação, para aqueles que têm especial responsabilidade e não mero dever geral de solidariedade, da prestação positiva de salvaguarda do Bem Jurídico que aguarda tal proteção (vida, integridade física, etc.).

Neste último sentido, está-se a apontar o tipo omissivo que se deve recordar, que não se imiscui em absoluto com passividade porque o não cumprimento de uma determinada conduta possível e obrigada pode configurar-se num fazer algo distinto do esperado, sendo *por conseguinte, de cogente presença o tipo para afirmar-se a conduta omissiva sob a ótica do Direito Penal*²⁸². Aliás, outra exigência adicional nesta área, reflete-se na posição do garante, já na omissão impura, cuja fórmula do dever de agir ainda suscita controvérsia²⁸³, mas é de importância inegável para frear tendências extensivas da aludida comissão por omissão²⁸⁴.

Não há que se debater, nos limites desta tese, de teorias acerca do tipo²⁸⁵.

Contudo, vale recordar no que toca aos Elementos do Tipo, que restam por acrescer, de modo capital, uma relação da ação com o espaço, tempo ou com um certo objeto ou sujeito, etc.²⁸⁶, daí, a tradicional conceituação²⁸⁷ de elementos descritivos ou objetivos ou de cognição, que exprimem realidade naturalística apreensível pelos sentidos mesmo que apelem, em última instância, à apreciação valorativa (modo de execução, tempo, lugar, particularidades do sujeito) e elementos normativos ou de valoração que pressupõem a observância de sistemas de normas jurídicas ou sociais, acessíveis portanto,

²⁸²MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 316.

²⁸³Cf. a Teoria das Funções de Armin Kaufmann que sustenta a posição de garante numa relação funcional material que vincula sujeito e bem jurídico, cabendo pois, ao Sujeito uma especial função de proteção do bem jurídico afetado ou uma especial função pessoal de controle de uma fonte de perigo. Afasta-se pois, o Direito Penal de, por exemplo, categorias do Direito Civil (Obrigações). MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 324.

²⁸⁴MÁRQUEZ, Maria Juliana. El delito de omisión: el concepto de omisión: una división tripartita de sus tipos. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 698.

²⁸⁵Para aprofundamento neste tema, principiar pela obra de Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

²⁸⁶MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*: parte general. Montevideo: B de F, 2007. p. 113 e 127. Aliás, convém salientar que não se debaterão as condições de punibilidade que não pertencem ao tipo e, segundo este autor, não são elementos do tipo.

²⁸⁷Hodiernamente, pode-se afastar tal divisão, entendendo-se como uma classe única de elementos normativos do tipo porquanto todos são afinal, de natureza normativa.

apenas no mundo do Direito, podendo aliás, sumirem em prol de uma concepção maior de antijuridicidade²⁸⁸²⁸⁹, que será importante na disputa sobre um tipo legal de biopirataria.

Assim prosseguindo, espaço, tempo e sujeito da ação, regra geral, carecem de relevância para a concretização do tipo objetivo penal.

Contudo, há aqueles que introduzem tais dados, e mormente aqui, mister se apontar a questão, por exemplo, dos delitos ambientais praticados por funcionários públicos, isto é, autor que previamente ao fato tem relação com o bem jurídico e encontra-se especialmente obrigado a preservá-lo²⁹⁰, e ainda, por pessoas jurídicas.

Ademais, excepcionalmente, há exigência de uma específica forma de ação, seja para apenar com maior gravidade, seja para obstar extensão lesiva do tipo penal²⁹¹.

Não se olvidando que a estrutura da norma penal diz respeito à Teoria Geral do Direito, mister analisar sua dupla formulação, isto é, os pressupostos específicos do fato e da sanção, inclusive neste último aspecto, ressaltando sua relevância ao empregar meios menos lesivos aos Direitos Individuais na medida em que empregam a ameaça do apenamento e não sua execução propriamente dita²⁹².

Para tanto, importou identificar previamente quais as normas que uma vez violadas, consoante a medida do intolerável, ordenam um sancionamento e em que grau este se dará. Noutras palavras, para determinar-se algo há de saber antes qual o imperativo²⁹³.

A este propósito, duas advertências são necessárias.

Em primeiro, não se pode esquecer e a isso já se fez menção que, há valoração prévia à eleição da expressão linguística²⁹⁴, isto é, a partir de uma seleção minimamente compartilhada em termos culturais, legisla-se. E tal, pode dar-se a partir de conceitos abertos ao futuro e às mutações tecnológicas.

²⁸⁸E, neste íterim, faz-se importante destacar que não se adentrará em alusões tangenciais à Antijuridicidade, com invocações, *ad exemplum*, a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo de Merkel, etc.

²⁸⁹Cf. MAYER, Max Ernst. op. cit., p. 228-231.

²⁹⁰FRISTER, Helmut. op. cit., p. 171: delitos de dever.

²⁹¹MAYER, Max Ernst. op. cit., p. 147.

²⁹²Conferir assim, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 569.

²⁹³Não se adentrará, neste íterim, na alteração acerca da natureza das normas jurídico-penais, isto é, se de mandato ou de proibição. Conferir assim, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. op. cit., p. 523 e ss.

²⁹⁴HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 104.

Destarte, no que concerne aos elementos fundamentadores do injusto, mister sempre buscar a descrição exaustiva do objeto de proibição, inclusive em face da função garantista do tipo já referida alhures. Por outro lado, repise-se, tal não é todas as vezes, possível, dando-se ensejo à formação dos chamados Tipos Abertos.

Deve-se ponderar ainda, que os enunciados legais não logram obter absoluta determinação das normativas que tencionam sustentar, mesmo que proxicamente exaustivos - não se olvidando de um núcleo mínimo do fato - e assim, alcança-se a entidade das Leis Penais em Branco que não expressam completamente os elementos específicos do fato mas reencaminham a outros preceitos ou a outras autoridades para sua completude²⁹⁵.

Ainda, na redação de determinados tipos penais cujo tema esteja estreitamente conectado a setores muito dinâmicos, *ad exemplum*, o meio ambiente, parece forçoso o emprego da técnica das leis penais em branco, com inegável remissão à legislação extrapenal para obstar um rápido desgaste legislativo²⁹⁶ e até mesmo, há vozes no sentido de que tal técnica traria segurança jurídica porque em consonância com os contínuos avanços e intercomunicação de diversificados setores, far-se-ia uma tutela adequada²⁹⁷.
Veja-se também:

“Muestra de este emergente paradigma de Derecho Penal son, por ejemplo, la progresiva restricción de las esferas del riesgo permitido y del caso fortuito. La proliferación de figuras que sancionan la infracción del deber de cuidado y, sobre todo, de las técnicas del *peligro*. La redefinición, con notable laxitud, de la comisión por omisión que, también amplía su ámbito de aplicación, de la propia imputación subjetiva y de los criterios de la vencibilidad del error. La flexibilización de las reglas de imputación (aceptación de la responsabilidad de las personas jurídicas, interpretación extensiva de las normas que fundamentan la autoría y la participación, etc.). La interpretación restrictiva de las eximentes (frente al principio hermenéutico clásico de la reducción teleológica del tipo) y la modificación de las fronteras que separan la interpretación extensiva de la analógica prohibida. La revisión de los principios de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad. Flexibilización, redefinición y revisión de técnicas y dogmas del Derecho

²⁹⁵MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., inclusive alertando para outra situação distinta e merecedora de cuidados, qual seja, das Leis Penais em Branco ao revés: “Concepto en cualquier caso distinto al de Ley penal en blanco es el de las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la *consecuencia jurídica*. Este supuesto, que Jimenez de Asúa denomina ‘**ley em blanco al revés**’, suscita mayores reparos desde el punto de vista del principio de legalidad: confiar la determinación de la pena a una disposición administrativa, de rango inferior al requerido para las normas penales, no constituye un procedimiento atento a las garantías constitucionales. Debe entenderse que sólo el Parlamento puede decidir algo tan delicado como la precisa determinación de una pena.” (op. cit., p. 66 e 68).

²⁹⁶GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos, cit., p. 364.

²⁹⁷GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. Delito contra el medio ambiente: el tipo básico en la Ley Orgánica 5/2010, cit., p. 43.

Penal clásico que se reservan a las nuevas modalidades de la criminalidad, para las que se exige, con critérios selectivos y discriminatorios, una intervención máxima del Derecho Penal”²⁹⁸.

Aliás, neste instante, principia um dos pontos problemáticos no que concerne ao Direito Penal Ambiental, qual seja, sua acessoriedade com o Direito Administrativo primordialmente quanto aos elementos normativos e ao âmbito do permitido, restando àquele cerrar o sistema sancionador²⁹⁹.

Além disso, mais adequado é falar-se em acessoriedade do Direito Administrativo em relação ao Direito Penal Ambiental, rechaçando-se o risco de ter absoluta inversão, qual seja, um tipo penal absolutamente dependente da violação do Direito Administrativo³⁰⁰.

Tal acessoriedade do Direito Administrativo caminha desde a construção de um tipo penal independente cuja decisão administrativa corresponderia a uma causa de justificação, até a própria norma penal ditando a observância da deliberação da autoridade administrativa³⁰¹³⁰².

O que importa contudo, é destacar-se que a aludida norma penal em branco apresenta âmbito protetivo que se imiscui com aquele tutelado pela norma de Direito Administrativo, não se cingindo entretanto, a ser mero reforço do mesmo³⁰³.

²⁹⁸GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 503-504.

²⁹⁹FUENTES OSORIO, Juan Luis. Delitos contra el medio ambiente, cit., p. 423.

³⁰⁰HERRERA GUERRERO, Mercedes. Derecho penal medioambiental y accesoriadad en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución. *La Ley Penal: revista de derecho penal, processal y penitenciário*, Madrid, v. 7, n. 76, p. 50, nov. 2010.

³⁰¹TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalid.* Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007. p. 300-301.

³⁰²“Com o propósito de alcançar as especificidades imanentes ao chamado modelo de *dependência relativa*, uma vez que nesse se inserem (ao menos pretensamente) os crimes previstos na Lei 9.605/98, nomeadamente os inscritos nos arts. 29 a 61, o primeiro passo será delinear as diversas formas de remissão existentes. Nesse empenho, poderemos distinguir, na esteira de Catenacci, ao menos duas espécies fundamentais de ‘riinvio’: a) com eficácia *modificativa* ou *extintiva* e b) com eficácia ‘tipificante’. A remissão com eficácia modificativa ou extintiva ocorre quando uma específica atuação da Administração Pública tem o poder de ‘corrigir’ ou de tornar inaplicável um preceito penal. Por sua vez, de ‘remissão com eficácia tipificante’ falamos quando o dispositivo penal em questão está só parcialmente definido, tendo a remissão a preceitos extrapenais a função de complementar o conteúdo da norma incriminadora, o que acontece “geralmente elevando-se a ‘desobediência’ a atos ou preceitos de natureza administrativa a elemento constitutivo, *implícito* ou *explícito*, de conduta típica.” Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, cit., p. 206-207.

³⁰³HERRERA GUERRERO, Mercedes. op. cit., p. 51.

Novamente neste ponto, abre-se original discussão, a saber: qual a consequência de um ato administrativo defeituoso no injusto penal. Pense-se, por exemplo, numa autorização irregular³⁰⁴.

Depois, deve-se evitar a sobreposição dos sistemas sancionadores.

Responde-se imediatamente a esta questão, ao fazer-se referência ao “plus” do injusto penal diante da infração administrativa.

Tal discussão contudo, do Direito Penal como instrumento de reforço ao Direito Administrativo conduzia a outro ponto debatido, qual seja, possível redução do bem jurídico em mera tutela de normas organizativas de um modelo de gestão setorial estabelecido e controlado pela Administração Pública³⁰⁵, inclusive com deslinde criticável, isto é, a atipicidade de quaisquer condutas mesmo que gravíssimas mas que não contrariassem quaisquer limites porque não normatizados administrativamente³⁰⁶, em sentido oposto àqueles que repudiam a exclusão *a priori* da tipicidade pela ação sob abrigo de uma ato administrativo³⁰⁷.

Cuidar-se-ia, diz-se, de uma ótica puramente administrativa contextualizada num modelo de gestão ambiental. Assim, afastar-se-ia até mesmo da ideia de bem jurídico porque em substituição à mera perseguição de condutas de desobediência a normativas técnicas, sem traduzir qualquer desvalor ético das condutas.

Poder-se-ia cogitar de simples violação de dever ou lesão de dever para com o Estado, afastando-se de um aspecto material de delito³⁰⁸.

Não se pode olvidar aqui entretanto que, permanece a relação com o Bem Jurídico Meio Ambiente ou mesmo com sua dependência. Afinal, quaisquer condutas que ofendam a organização e o controle ambiental – cujo objetivo primeiro é a defesa do meio

³⁰⁴“Ahora bien, conectado con la integración mediata, los problemas surgen cuando no hay autorización administrativa anterior, la autorización es nula o es irregular. Aunque la doutrina estima no punible aquella conducta en la que, teniendo los requisitos necesarios para obtener la autorización, se carece de la misma. Si la autorización de que se dispone es ilegal, para el caso de acciones inadecuadas a la normativa dichas acciones serán ilícitas; si la autorización se obtiene mediante inducción, suborno, coacción, amenaza estamos ante el supuesto del autor mediato, y si el autor utiliza la autorización ilícita la conducta no es punible.” GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. op. cit., p. 50.

³⁰⁵FUENTES OSORIO, Juan Luis. op. cit., p. 427.

³⁰⁶DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, cit., p. 764.

³⁰⁷GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. op. cit., p. 49.

³⁰⁸Roxin entende que aqui também há lesão de bem jurídico (ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 139).

ambiente por elas definido - igualmente vulneram o Bem Jurídico Meio Ambiente³⁰⁹. Noutras palavras, *a inobediência à Administração é parte complementar da proteção dos bens jurídicos ambientais*³¹⁰. Haveria em verdade, uma desobediência qualificada por um dano ao meio ambiente, repudiando qualquer análise puramente formal, numa idoneidade ofensiva da conduta.

Em termos pragmáticos, é verdade, aqueles tipos penais que declinam por inteiro o nexo de causalidade e idoneidade, e assentam a punibilidade no portar-se sem ou contra autorização do Direito Administrativo, restam por ter aplicação facilitada³¹¹.

Enfim, a referência final diz respeito à concepção de uma solução jurídica harmoniosa para sua máxima eficácia³¹².

Algumas ponderações acerca do tipo do delito ambiental são proeminentes aqui.

Partindo-se do pressuposto conceitual padrão de que o resultado de uma ação punível é um bem jurídico posto em perigo, e não necessariamente lesionado, do ponto de vista naturalístico, tem-se o que segue.

Numa quadra de extrema gravidade, com a viabilidade de um prejuízo incondicional, em uma sociedade do risco, há expansão de um direito penal, portador de soluções intransigentes, que restam por tentar obstaculizar a própria conduta potencialmente danosa, no caso, em ataque ao Meio Ambiente³¹³.

³⁰⁹Inclusive na acepção de bem jurídico discutida por Juarez Tavares, à medida que esta função controladora serve indistintamente a todos, converter-se-ia em bem jurídico porque se constitui em valor da pessoa humana. Não seria, todavia, bem jurídico *em si mesmo*, protegido e elevado como interesse exclusivo do Estado e de seu poder de controle, mas sim, teria sempre por base a lesão ou perigo de lesão a bem de uma pessoa e de suas relações de vida. Veja: “Está claro, además, que en relación com la complejidad de la vida, algunas funciones se van materializando de tal modo que sus variables pueden constituir una realidad, no sólo puramente normativa, sino irreducible a simples dimensiones, cosa que las torna indispensables para la existencia del Estado o del propio individuo. Eso ocurre, por ejemplo, con la administración de justicia, que es hoy una función de servir, indistintamente, a todos el sentido de una universalidad y su vinculación con la propia estrutura del Estado, le da estabilidad y la convierte en bien jurídico, porque se constituye en valor de la persona humana.” (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, cit., p. 65).

³¹⁰TIEDEMANN, Klaus. op. cit., p. 291.

³¹¹Id. Ibid., p. 297.

³¹²A título de ilustração, ao falar-se de uma resposta jurídica unitária, poder-se-ia do mesmo modo recordar que, para a real implementação do Direito Penal Ambiental, antes há providências de cunho pragmático igualmente basilares, como, *ad exemplum*, um maior controle administrativo das fronteiras, considerando-se que a fragilidade de um único país à Biopirataria é o bastante para ameaçar os demais. (GHERSEL, Elton. A União Européia e o direito internacional do meio ambiente: a convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e flora selvagens em perigo de extinção. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 5, n. 60, p. 18, abr. 2003).

³¹³Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 88: “Nesse contexto, o direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no

Em verdade, a maior parcela de crimes ambientais é de perigo eis que expressam a ameaça ou probabilidade de lesão ao bem jurídico ambiental tutelado - diversamente da regra que impera no restante da tipificação dos fatos delituosos que primam pelos crimes de dano, inclusive com tipificação para própria infração penal de dano no artigo 163 do Código Penal. Não se olvide que há delitos de dano que impõem a comprovação do real prejuízo ao bem mencionado para a sua consumação. Verdadeiramente, a natureza jurídica dos crimes ambientais como infrações de perigo deriva dos vieses para a aferição prática do nexo causal entre a conduta e o resultado, por exemplo, a poluição, ou então pela viável coligação de diversificados elementos num ataque ao meio ambiente. Sublinha-se sua adequação aos motes repressivos e preventivos do tipo penal ecológico, sobretudo pelas múltiplas ameaças compreendidas. Ameaças, diga-se, que podem constituir situação de perigo concreto ou presumido. Repise-se, se a situação enquadrada na tipologia for de perigo concreto mister sua verificação no caso específico; desigualmente, os crimes de perigo abstrato prescindem dessa verificação visto que a norma resulta da presunção (por leis da estatística?) que tem o legislador de que a conduta ameaça o bem que se quer assegurar.

Destarte, vale a seguinte definição:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.³¹⁴

Sob o manto desta sociedade atual, tem-se sua instrumentalização ou pela via da Norma Penal em Branco ou pela dos Crimes de Perigo Abstrato. Esta última, faz-se inafastável a partir do instante da inexistência de certezas científicas, isto é, da incidência, em verdade, do princípio da precaução³¹⁵.

momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Essa formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado à inibição de ações arriscadas, independente de suas conseqüências concretas.”

³¹⁴BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 113 e ainda, a figura tipificada no artigo 29 da Lei dos Crimes Ambientais.

³¹⁵Id. Ibid., p. 25 e 111: “O tipo penal da precaução afetará justamente, as atividades cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência nem pelas estatísticas, mas cuja contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias.” E acrescente-se, por ser assim, inexigível do conhecimento do sujeito ativo.

De tal modo, noutras palavras, classificando o delito quanto à relação ao bem jurídico, o espectro pode ser: de dano ou de perigo, subdividido este em perigo concreto ou abstrato, apesar de existirem vozes - doutrina italiana - que pugnam pela única figura do perigo concreto na medida em que todo perigo seria a probabilidade de um evento determinado. Haveria ainda, uma categoria intermédia: crime de perigo abstrato-concreto, isto é, uma combinação entre os elementos abstratos e concretos.

Distinta a situação no Impacto Cumulativo onde se teria: impacto ambiental derivado da soma de outros impactos ou por cadeias de impactos que se somam, gerado por um ou mais empreendimentos isolados, porém contíguos, num mesmo sistema ambiental.

Portanto, conforme o objeto da ação deva ser abatido ou apenas posto em perigo em sua integridade, tem-se delitos de lesão ou de perigo.

Nos delitos de lesão, repise-se, a maioria dos tipos penais, o objeto da ação há de ser realmente danificado para que o fato se tenha por consumado.

Diverge pois, dos delitos de perigo porque aqui basta uma ameaça mais ou menos intensa ao objeto da ação³¹⁶. Assim, neste último - Crime de perigo - há o fenómeno da subsunção legal independente da obra de um dano efetivo. A possível ocorrência de lesão faz a tipicidade migrar desse delito para aquele dito crime ou infração de dano.

O delito em testilha, pois, consuma-se com o singelo perigo cunhado para o Bem Jurídico, seja este perigo visto sob uma ótica objetiva, seja do ponto de vista de uma ótica subjetiva³¹⁷. Enfim, especialmente aqui, o bem jurídico ambiental tutelado resta incólume, permanecendo a investigação da concretude ou presunção deste perigo.

Deste modo, nos delitos de perigo concreto, o perfazimento do tipo pressupõe que o referido objeto da ação tenha se achado, verdadeiramente, em risco no caso concreto, e apenas não se produziu o resultado por uma “casualidade”³¹⁸.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito, cit., t. 1., p. 336.

³¹⁷ Cf. Teorias objetivas ou subjetivas quanto ao perigo.

³¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito, cit., t. 1, p. 336.

Já nos delitos de perigo abstrato, a “periculosidade”³¹⁹ da conduta é o bastante para sua tipificação³²⁰, presume-se o perigo, que sai da alçada do julgador para adentrar na alçada do legislador.

Aliás, nesta categoria dos crimes de perigo abstrato há inúmeras tendências conflitantes em sua natureza, partindo daquela primordial que os considera como delitos formais, isto é, cuja prática da conduta descrita em lei já é o bastante para sua configuração, passando por aquela que os tem como delitos de lesão, isto é, já se conformam como reação do Estado pela inobservância de standards mínimos e, alcançando sua qualificação como delitos de periculosidade uma vez que ostentariam um conteúdo de injusto³²¹.

Depois, tais delitos não obstante contra bens jurídicos supraindividuais, *performariam* “formalmente” delitos de desobediência às prescrições emanadas do direito administrativo e dos seus agentes.

Não haveria atenção quanto à produção de um resultado de dano – crimes de lesão – ou à concreta situação de exposição a risco do bem jurídico delimitado no tipo penal – crime de perigo concreto.

Resta todavia, uma pergunta: e se os riscos forem permitidos? Haveria exclusão da tipicidade? Parece que não em virtude da ambição que comanda a edificação de tais tipos.

³¹⁹ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., t. 1, p. 336.

³²⁰Cf. Mir Puig (*Derecho penal: parte general*, cit., p. 240-241): “De ahí que, mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de *la conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que pruebe que en caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro. Lo que no podría admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se pruebe que *a posteriori* no resulto peligro concreto. Admitir esto borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto al exigir solo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión. Pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que há de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que com frecuencia son lesivas (*peligro estadístico*). Así, el conducir embriagado en principio ha de prohibirse siempre sin necesidad de que resulte inminente una lesión, pues de lo contrario muchos conducirían en este estado confiando en que en su caso no iba a producirse tal resultado”.

³²¹Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 150: “(...) a ação descrita no tipo geralmente é perigosa, e sua prática já implicaria a assunção do risco: porém, esta premissa legal pode ser contradita pela situação concreta, quando restar demonstrado que a conduta não apresenta condições de nem em abstrato colocar bens em perigo.”

E, no que tange a estes conceitos, convém recordar uma primeira distinção que requer cautela, qual seja, a definição dos crimes de perigo abstrato-concreto, partindo-se da premissa de que alguns tipos penais restariam por não se enquadrar na clássica bipartição: não implicavam concreta ameaça ao bem jurídico mas todavia, não se limitavam à mera descrição formal da conduta criminosa.

Com inteligência formulada por Horst Schröder no X Congresso Internacional de Direito Penal³²², em 1969, cria-se uma figura intermediária na qual há uma justaposição entre a periculosidade na lei – perigo abstrato – e a periculosidade no tipo – perigo concreto. Destarte, o enquadramento legal da descrição legislativa, que contudo não contém o perigo no tipo objetivo, há de ser averiguada igualmente pelo julgador, na situação individualizada, caso a caso³²³.

Noutros termos, alguns delitos para seu perfeito desenho demandavam um ambiente de periculosidade, isto é, “que a atividade proibida ao menos criasse condições de afetar os interesses juridicamente relevantes, mas, ao mesmo tempo, não condicionavam a ameaça efetiva de nenhum bem jurídico concreto.”³²⁴

Aliás, nesta direção, há posicionamento no sentido de que o bem jurídico resta por enfraquecer-se e portanto, a norma penal prestará para proteção de outros valores em detrimento certo de sua verdadeira missão. Daí, porque se afirmar a substituição da regência penal pelo Direito de Intervenção com a respectiva supressão da sanção privativa de liberdade³²⁵.

Conferir ao tipo penal o caráter de perigo abstrato pode inviabilizar, de fato, sua diferenciação com quaisquer infrações administrativas, afinal, desde o instante da produção da contravenção, já se estaria diante do crime, isto é, o surgimento do delito faz-se de maneira automática a partir da violação da norma administrativa, é a perigosidade

³²²Gallo, por sua vez, tece uma tese acerca de outra subdivisão nos delitos de perigo concreto: perigo concreto-concreto e perigo concreto-abstrato.

Ainda inserido na eleição do tipo de Schröder, outra concepção penal advem reiterando a indispensabilidade de, ainda no delito de perigo abstrato, analisar-se o perigo caso a caso, inviabilizando mera subsunção, despida de real comportamento perigoso ao bem jurídico, mas com diferencial: perigo abstrato cinge-se à situação em que não se apercebem todas as circunstâncias do fato, enquanto no perigo concreto, sim. Trata-se esta última, de tese de Wilhelm Gallas que separa então, delitos de mera atividade perigosa de delitos de resultado perigoso que aliás, influencia a posterior relação estabelecida com aquela tradicional repartição entre crimes de mera atividade e de resultado. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 98-111.

³²³Id. Ibid., p. 98-99.

³²⁴BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 117.

³²⁵Cf. Escola de Frankfurt que aliás, não se confunde com o Direito Penal de Duas Velocidades de Silva Sánchez.

presumida da ação, aproximando-se de um *bis in idem*³²⁶, acarretando enfim, para aquelas, uma total perda de sua operatividade ou sua mera incidência em condutas de bagatela³²⁷. Todavia, não se pode olvidar que as infrações administrativas podem pertencer sim, ao Direito Penal se gravidade for elevada³²⁸.

Por outro lado, imputar a característica de perigo concreto aos crimes ambientais impinge a imprescindibilidade de uma delicada prova, qual seja, a de que a conduta esteve de fato, indiscutivelmente, a ponto de causar lesão ao bem jurídico, e somente por sorte, não ocorrera. E se tanto não fosse suficiente, deve-se recordar que ausência de materialização do bem jurídico supraindividual dificulta a configuração probatória do crime de perigo concreto e por mais, do crime de lesão³²⁹.

Assim, no campo probatório, é de ressaltar-se que a categoria dos delitos de perigo abstrato-concreto tem vantagens irretorquíveis seja em face dos delitos de perigo abstrato quanto em face dos delitos de perigo concreto.

Lembrando que os delitos de perigo abstrato-concreto não reclamam real perigo apartado em termos espaciais e temporais da ação todavia; a ação necessita sim, do perigo, não se satisfazendo simplesmente com a prática desrespeitosa da normativa.

Noutras palavras, os delitos de perigo abstrato-concreto não demandam a produção de um eficaz perigo separado espaço-temporalmente da ação do autor, isto é, que ultrapasse a ação típica, ou seja, não implica a prova de que o objeto da ação, neste caso, o meio ambiente, ou mais especialmente, a Biodiversidade, localizou-se no alcance da ação e que assim, em relação a este objeto, fora produzido um autêntico perigo de lesão. E ainda, os delitos de perigo abstrato-concreto não se conformam com a simplista contravenção normativa senão que é imperativo que dita ação seja suscetível ou idônea para colocar em perigo o bem jurídico no caso em análise.

Assim, no que concerne aos delitos de perigo concreto, nos quais pela acentuada possibilidade de que haja a produção do resultado que se quer evitar, decreta-se

³²⁶GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. op. cit., p. 41.

³²⁷MUÑOZ LORENTE, José. Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y delito continuado en los delitos contra el medio ambiente. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 340-341, 2007.

³²⁸Os delitos contra o meio ambiente no Código Penal Alemão (§§ 324 e ss.) são interpretados como delitos de perigosidade abstrata. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 97.

³²⁹DIAS, Augusto Silva. op. cit., p. 846.

a produção probatória; a prova dos delitos de perigo abstrato-concreto tem seu exame facilitado.

E, no que tange aos delitos de perigo abstrato, em que já se pode predicar a presença do perigo sem obrigação de qualquer prova, os delitos de perigo abstrato-concreto demonstram mais claramente a separação entre norma penal e norma administrativa.

O perigo é concreto porque a situação de perigo apresenta-se como um elemento constitutivo do tipo e deve ser firmado pelo julgador, todavia, é concomitantemente abstrato posto que a perigosidade deve ser averiguada consoante apontamentos próprios no tipo penal.

Um parêntese é curioso: ao lado dos delitos de perigo abstrato-concreto, existe outra categoria classificada agora como Delitos de perigosidade³³⁰, cuja ação objeto de juízo, pode ser tanto abstrata como concreta, consoante a graduação do comportamento que se perfaz como um fazer concretamente ou apenas um risco generalizado da ação. Assim, conceito de perigo seria sempre concreto, com bem jurídico em dificuldades e por outro lado, as ações perigosas poderiam ser concretas ou abstratas. E, o mais interessante neste tema é que, para refutar as críticas acerca da violação intrínseca ao Princípio da Culpabilidade, especialmente na categoria dos delitos de perigosidade abstrata, há a admissão da *contraprova* da inofensividade, em absoluto arrepio ao Princípio do *in dubio pro reo*³³¹.

Aliás, veja-se esta construção do legislador penal alemão:

“En los últimos tiempos el legislador incorporó con el & 326, inciso 6 del Código Penal alemán (manejo ilegal de residuos peligrosos) una causa excepcional de exclusión de la punibilidad cuando evidentemente no existan efectos dañosos a raíz de la escasa cantidad de los residuos”³³².

Enfim, não se pode olvidar que em relação a muitos dos delitos ambientais há inteligência no sentido da aplicabilidade de outra categoria de delitos, os nomeados *crimes*

³³⁰Em verdade, são inúmeras as classificações, existindo, *ad exemplum*, os chamados por Delitos de idoneidade em que são perquiridas as características objetivas da ação, havendo então distinção entre uma ação perigosa e uma ação não idônea. E ainda, os Delitos de colocação em perigo potencial, *ad exemplum*, o tipo penal da contaminação do ar no Código Penal Alemão (& 325, inc. 1), em que não há necessidade do bem jurídico ter estado em perigo e daí, ser tido por muitos como, daqueles delitos de perigosidade. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. op. cit., p. 84 e ss.

³³¹Cf. Id. Ibid., p. 68 e ss.

³³²Cf. Id. Ibid., p. 95. E continua a lição: No obstante tal construcción también es ajena al Derecho Penal y no soluciona la problemática. La solución sería considerar desde el principio solamente acciones concretamente perigosas.

de acumulação em que, diversamente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral estaria combinada à conduta punível, mas que a partir do reconhecimento hipotético de sua repetição, resta por alcançar conteúdo de significação penal. Distinguem-se da figura da continuidade delitiva porque não exigem um único agente no atentado ecológico³³³. Em verdade, o agente, juntamente com um sem número de desconhecidos, é autor na produção de um provável evento futuro sumativo³³⁴.

Aqui, o que interessa é a certeza da multiplicidade da conduta que viabiliza assim, a proteção do bem jurídico. Há uma unidade de modificação ambiental originada por uma ação individual, ponto que interessa, que pode ser tida como insignificante se restrita no tempo e espaço; contudo, as alterações ambientais com causa em ações humanas, repetidas ou múltiplas, juntadas ou mescladas, adicionam impactos cumulativos de peso.

Ações arriscadas vão sendo somadas, numa reiteração do ambiente de risco, e assim, firma-se a decisão pela “proibição das condutas isoladas, é o tratamento individual de um risco criado pelo somatório de condutas inócuas em si mesmas.”³³⁵

Destarte, a legislação penal então, caminha para uma ampliação de seu espaço de incidência, atingindo bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa, que no interior das relações interpessoais de massa, dificultam não apenas a identificação do sujeito passivo como o próprio sujeito ativo e a imputação, acarretando ainda a indeterminabilidade do nexo causal, *ad exemplum*, o meio ambiente.

Para solver tal situação portanto, parte-se da figura dos Crimes de Perigo cujo instante de concretude desses crimes dar-se-á na ameaça ao bem jurídico, podendo ou não suceder lesão efetiva.

De fato, a admissibilidade dos Crimes de Perigo Abstrato não refuta um novo olhar aos caros princípios do Direito Penal³³⁶ e assim, há deferência ao Princípio da Lesividade, na medida em que este ostenta inúmeras gradações, há obediência ao Princípio

³³³MUÑOZ LORENTE, José. op. cit., p. 378-379.

³³⁴DIAS, Augusto Silva. op. cit., p. 801.

³³⁵BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 127.

³³⁶Há vezes em sentido dissonante. Pense por exemplo, na concepção preventiva do Direito Penal e o relaxamento do princípio da Intervenção Mínima afinal, ataques mais graves exigiriam lesão e não apenas, colocação em perigo. Cf. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorias de la pena y limites al ius puniendi desde el estado democrático*. Madrid: Editorial Dilex S.L., 2006. p. 75.

da Subsidiariedade, na medida em que somente atuará sob situações de periculosidade, há respeito ao Princípio da Fragmentariedade quando da magnitude dos riscos³³⁷.

Nada obstante as infundáveis ponderações acerca dos Crimes de Perigo Abstrato, tudo com vistas à sua constitucionalidade ou não, à sua legitimidade ou não³³⁸, de fato, o que importa é ter em mente que o Direito Penal precisa atualizar-se e modernizar-se, apropriando-se dos novos riscos, mesmo que às custas de uma “antecipação de tutela”, desde que dentro de um inafastável Estado Democrático de Direito, assim, protegendo a dignidade da pessoa humana, mas, lembrando-se que por ela também está restringido³³⁹.

Forçoso salientar que, em verdade, o Direito Penal precisa expandir-se em técnicas, categorias e instrumentos tradicionais em face da nova realidade³⁴⁰, numa reconfiguração diante do progresso social.

E uma portentosa construção dogmática acerca do crime sustenta o Direito Penal frente a todas as formas de delinquência.

Retornando às leis penais em branco, vale realçar que não se pode obstaculizar sua existência, em princípio, com fulcro no desrespeito ao Princípio da Legalidade quando há apurado controle em sua elaboração. Controle este traduzido por uma inicial precisão da conduta delitiva, a presença de um núcleo essencial da norma penal com a adoção pelo legislador penal da decisão fundamental da ação punível, ou seja, uma taxatividade na descrição da conduta e pois, no bem jurídico a ser protegido, restando à Administração a tarefa de explicitar aquilo já apontado pelo Direito Penal Ambiental, aspecto meramente acessório e ainda, por um reenvio expresse a leis que se justificam para a proteção do bem jurídico, tudo voltado à satisfação do imperativo da certeza³⁴¹.

³³⁷Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 213 quando discorda do emprego dos Crimes de Perigo Abstrato por Acumulação diante do Princípio da Fragmentariedade.

³³⁸Dentro deste contexto da legitimidade dos Crimes de Perigo Abstrato a partir de sua preocupação com a dignidade da pessoa humana, conferir o seguinte pensamento de Bottini, na mesma obra a fls. 189: “A adoção da linha de pensamento exposta implica a ilegitimidade de qualquer tipo penal que não esteja lastreado, em última instância, em valores necessários à concretização da dignidade humana como, por exemplo, o crime previsto no art. 32 da Lei 9.605/1998 (crimes contra o meio ambiente), que tipifica os maus-tratos a animais silvestres, domésticos ou domesticados. O bem jurídico protegido, a integridade dos animais, ou a preservação dos sentimentos humanos para com eles, não têm o condão de movimentar a pretensão punitiva justamente por faltar o elemento basilar do injusto penal, a afetação da dignidade humana em sua concepção de livre desenvolvimento do indivíduo.”

³³⁹Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 172.

³⁴⁰GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 506.

³⁴¹FUENTES OSORIO, Juan Luis. op. cit., p. 431.

Não se pode olvidar aqui a admissão da exclusão de tipicidade se tão somente irregularidades forem cometidas, não se colocando em jogo, de verdade, os valores abarcados pela regência penal³⁴².

A antiga crítica da perda de autonomia do Direito Penal, agora em sua faceta dos crimes ambientais, em razão das leis penais em branco, na verdade, não se sustenta; afinal, o mais relevante é a qualidade da técnica legislativa, não se olvidando que, ao partir-se da premissa de que há uma resposta jurídica unitária³⁴³, há o mandatório da vulneração de todas as normas compreendidas para a caracterização do delito contra o meio ambiente³⁴⁴, sendo insuficientes para o aparecimento da responsabilidade penal, as normas protetoras administrativas.

Destarte, a deficiente técnica legislativa, leia-se, um tipo indefinido, poderia sim resultar na final regulação do Direito Penal Ambiental pelo Executivo.

Deste modo, ponderadas as observações precedentes, valiosas são as recomendações orientadoras da reforma da Parte Especial do Código Penal Argentino tecidas por Lola Aniyar de Castro, dentre as quais se destacam:

- Cuidar la redacción de leyes penales em blanco que puedan remitir la tipificación sustancial a decisiones administrativas o a actividades informales.
- Seleccionar un vocabulário explícito y definido para la redacción de los tipos, con especial atención del verbo típico, evitando las ambigüedades, los elementos subjetivos, éticos o jurídicos, no bien definidos, las tipificaciones enunciativas y las abiertas.
- Reducir los tipos omisivos no escritos al mínimo, interpretándose restrictivamente las fuentes de la posición de garante.
- Reducir la interpretación de la presunción de dolo.
- (...)
- Afirmar el principio *nullum crimen sine conducta*.
- Eliminar los delitos que no afectan bienes jurídicos o en los que éstos se presuman, o que constituyan en bien jurídico la sola autoridad del Estado.
- Eliminar los de peligro abstracto.

³⁴²Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 203-204.

³⁴³Ver censura às Normas Penais em Branco quando da ocorrência de condutas que atacam severamente o meio ambiente mas não, as normas administrativas e assim, seriam atípicas (HERRERA GUERRERO, Mercedes. op. cit., p. 56).

³⁴⁴Cf. neste sentido, os requisitos explanados pelo Tribunal Constitucional Espanhol para a constitucionalidade desta técnica legislativa na STC 127/1990, de 5 de julho: “a) Que la Ley, además de señalar la pena, *contenga el núcleo esencial de la prohibición*. b) Que se dé la suficiente concreción en la tipificación de la conducta prohibida, de modo que la norma a la que la Ley penal se remite *sirva únicamente como complemento*” (HERRERA GUERRERO, Mercedes. op. cit., p. 55).

(...)

- El criterio del bien jurídico como protección de derechos humanos es fundamental.³⁴⁵

E, mais especificamente no que tange à composição típica do Direito Penal Ambiental, mister, em primeiro, identificar a conduta apta a modificar o equilíbrio ecológico, com severidade bastante para prejudicar vida, saúde, segurança ou mesmo conformações físicas, geológicas, geomorfológicas e biológicas, repudiando assim, o “déficit de eficiência” passível nesta seara do Direito Penal³⁴⁶³⁴⁷.

5.2.2. Tipo Secundário

Seria imponderado tentar colacionar as ideias acerca do tipo penal objetivo secundário - sanção penal - em qualquer compêndio de Direito Penal. Há ilimitada literatura a este respeito. Assim, estas linhas prestarão tão somente para apontar, como aliás tem sido a proposta deste capítulo, noções básicas para o desfecho pontual que se seguirá sobre o tipo penal da Biopirataria, isto é, sobre sua necessidade e maiormente, sobre o que pode conseguir seu apenamento.

³⁴⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. La cuestionada tarea de criminalizar: a propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales, cit., p. 532.

³⁴⁶ Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. op. cit., p. 188-189.

³⁴⁷ Cf. MAYO CALDERÓN, Belén. op. cit., p. 360-361: “Una de las cuestiones más importantes que ha intentado resolver la Ciencia del Derecho penal y que ha dado lugar a distintas acepciones del término ‘resultado’, es cómo la acción, que se desenvuelve en el mundo empírico o del ‘ser’, da lugar a la *afección del bien jurídico*, que se sitúa en el plano valorativo o del ‘deber ser’. Esta función de relación entre ambos planos la ha desempeñado la categoría dogmática que algunos autores denominan ‘objeto de la acción’, otros ‘objeto material del delito’ y otros ‘objeto del bien jurídico’.

En mi opinión, es el ‘objeto del bien jurídico’ el que desempeña la función de identificar la afección del bien jurídico. Al respecto, es necesario aclarar que en el caso de la afección de los bienes jurídicos individuales respecto de los cuales puede identificarse un objeto del mundo real que constituye el objeto del bien jurídico, los conceptos de ‘objeto de la acción’ y ‘objeto del bien jurídico’ prácticamente se identifican. Así, ocurre, por ejemplo, en el homicidio, con ‘la vida de una persona determinada’ (objeto del bien jurídico ‘vida’) y ‘su cuerpo’ (objeto de la acción). Por ello, la mayor parte de la doctrina no distingue entre ambos conceptos y se refiere únicamente al ‘objeto material’. En cambio, en relación con determinados bienes jurídicos colectivos, la distinción entre ‘objeto de la acción’ y ‘objeto del bien jurídico’ es muy útil desde el punto de vista dogmático, porque, en ocasiones, la acción recae sobre un objeto del mundo estructural o empírico (‘objeto de la acción’) que no se identifica con el ‘objeto del bien jurídico’. Así por ejemplo, en el delito regulado en el inciso primero del art. 325.1 CP, el bien jurídico protegido es ‘el medio ambiente’, el objeto del bien jurídico es ‘el equilibrio de los sistemas naturales’ y el objeto de la acción es ‘el concreto elemento del mundo empírico sobre el que recae la acción’, es decir, la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas.”

Não se discute que o Estado também age a partir da lei, todavia, por intermédio de meios exteriores limitados. E, mesmo que empregue o Direito Penal e a sanção, há dimensão à altura da dignidade humana, em razão de uma busca pelo bem pleno do homem, e não mera visão impeditiva da prática de novos delitos para não prejudicar a convivência³⁴⁸.

E perceba-se, não se trata de debates teóricos, sem qualquer conformação à realidade, mas o oposto; afinal, se estará a buscar os limites do Direito Penal, isto é, quais pressupostos justificam a privação de liberdade de alguns homens por outros³⁴⁹ e assim, a validação de um tipo penal.

Há quem defenda que enfim, se poderia reduzir as discussões sobre o tema a três soluções basicamente: a Teoria da Retribuição ou da Prevenção Especial ou da Prevenção Geral³⁵⁰ ou inda, sobre duas somente: Justiça e Prevenção, com a intrínseca vaguidade destes conceitos.

A Teoria da Retribuição estaria fundamentada na concepção de Justiça. Noutras palavras, na medida da culpabilidade do autor, há a imposição de um mal penal. Ora, em verdade, depreende-se que se cuida de vingança e não de Justiça. E tal pode redundar num agente de maior perigosidade e inaptidão social porque quebrantado pelo próprio Estado. Não se podendo olvidar ainda que esta tal medida da culpabilidade acaba por restar inauferível. E por fim, existem infundáveis situações de atrito na sociedade que não redundam numa imposição de sanção penal. Assim, permanecem os questionamentos.

No que concerne à Teoria da Prevenção Especial³⁵¹, pretende esta precaver o cometimento de outras infrações penais pelo agente a partir da sanção penal, ou ressocializando-o, e daí, o acerbado debate sobre a introdução de alternativas à pena privativa de liberdade, ou atemorizando-o ou despojando-o de liberdade³⁵². Sua falha maior reside em contradição inafastável: como abalizar a incidência da pena,

³⁴⁸HERNÁNDEZ, Hector H. (Dir.). *Fines de la pena*. Abolicionismo, impunidad. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. 2010. p. 398 e 410.

³⁴⁹Trata-se a pena de um verdadeiro instrumento de indenização pela ruptura do Contrato Social. Cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 126.

³⁵⁰ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 50.

³⁵¹Não se olvidando que aqui há possibilidade de subdivisão ainda em prevenção especial positiva, qual seja, a ressocialização e, prevenção especial negativa, isto é, a inocuização. Cf. FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 136.

³⁵²ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 55.

principalmente em delitos extremamente gravosos, se houvesse a impossibilidade de repetição?

Por derradeiro, no que tange à Teoria da Prevenção Geral, está-se diante da opinião de que com o sancionamento penal pode-se motivar as pessoas a determinados comportamentos³⁵³. Sem qualquer dúvida, é amplamente adotada nos dias atuais, nada obstante, ter seu sucesso, ou não, de difícilíssima checagem³⁵⁴. Além da inolvidável objeção da transformação do indivíduo em instrumento para a consecução de determinados fins, também se deve recordar que, em face de criminosos contumazes, tal teoria é disfuncional.

E, no que nos interessa diretamente, considerando que no Direito Penal Ambiental, o círculo de potenciais autores é incomensurável, com diferentes estruturas de personalidades, poder-se-ia adotá-la³⁵⁵?

Na tentativa de rebater estes defeitos, surge uma Teoria Unificadora que, ao reverso, exacerba as críticas de todas as anteriores.

Em verdade, princípios penais e constitucionais já dão um preciso contorno para este tema.

Assim, retornamos aos pontos capitais do assunto: afinal, o que se pode proibir? Como se pode proibir? A partir de que métodos? E enfim, qual a finalidade da pena?

A noção de Bem Jurídico aflora novamente e, especificamente no que nos interessa, para tamanha proteção, mister ter uma larga compreensão da realidade, inclusive com a percepção do relevo das sanções extra-penais eficazes³⁵⁶, suficientes medidas de

³⁵³Segundo Roxin, o meio mais efetivo de prevenção geral, é de fato, a vigilância mais intensiva da população. Todavia, questiona o Mestre quanta liberdade e privacidade estaríamos dispostos a sacrificar por maior proteção contra a criminalidade. Assim, a prevenção geral excede o Direito Penal. Prossegue o Mestre em sua interessante lição: “En un tiempo en el que a menudo se hecha de menos la otrora sobreentendida socialización familiar (debido a la desintegración de la familia numerosa y a la actividad profesional de ambos os padres), y en el que también las obligaciones religiosas casi ya no existen o se han relajado, debería la escuela – como por ejemplo hoy de hecho y a lo hacen las grandes empresas con sus trabajadores - incluir en sus planes de estudio la enseñanza de reglas de conducta socialmente competentes con mucho mayor intensidad que lo hasta ahora ocurrido.” Cf. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 107.

³⁵⁴NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*, cit., p. 54.

³⁵⁵Id. Ibid., p. 99.

³⁵⁶ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 66.

política social garantidoras dos bens jurídicos, e da reparação do dano, em sede de execução penal³⁵⁷, com a retentiva da falta de idoneidade de qualquer sanção impotente.

Aqui, vale um parêntese: quando se pensa em alternativas à pena privativa de liberdade, convém recordar que haveria vantagem, por exemplo, na aplicação da pena de multa que não somente desonera a sociedade do custo do cárcere, como fornece dinheiro para outras medidas penitenciárias.

E tal inquietação, com a aplicação da pena de prisão, é de explicação óbvia; afinal, se cuidaria da mais severa intromissão estatal na esfera de liberdade de um indivíduo, projetando seus efeitos para além do período de cárcere, inclusive assentando um patente perigo de exclusão social definitiva com prejuízo para a sociedade como um todo³⁵⁸.

Diante de todas estas considerações, surge o que Roxin chama de Teoria Unificadora Dialética:

“Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual”³⁵⁹.

Após estas brevíssimas ponderações, aparece um dos mais intrincados pontos a solver neste âmbito, qual seja, a determinação da pena. Aqui se depreende conflito entre políticas-criminais e culpabilidade.

Há um relativo juízo de pena justa e merecida que todavia, não precisa exatamente o *quantum* da pena.

E se afirma tal relatividade porque é de conhecimento diminuto a medição de uma pena para fins, por exemplo, de intimidação geral.

Em verdade, surge, de novo, a concepção de culpabilidade e de responsabilidade – leia-se: necessidade da reação - que deve estar atrelada aos demais conceitos de prevenção especial e geral. Por óbvio, o Princípio da Culpabilidade resta por ser empregado como arcabouço protetor do agente, obstando que se imponha inclusive pena em grau máximo, com fins de prevenção geral.

³⁵⁷ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 83.

³⁵⁸Id. Ibid., p. 404 e 408.

³⁵⁹Id. Ibid., p. 85.

Entretanto, algumas considerações, nesta parada, são imprescindíveis.

A noção de Culpabilidade foi-se construindo aos poucos, chegando até os dias de hoje, assentada na idéia de dignidade humana e Estado de Direito.

Entretanto, ao vincular-se à concepção da Teoria Retributiva da pena e porquanto, da inteligência inatingível da Justiça metafísica, perde poder de penetração nos meios jurídicos; afinal, é de extremada problematização o restabelecimento desta dita Justiça por meios estatais³⁶⁰.

Contudo, segue tendo seus adeptos, que aliás, entendem a Culpabilidade como diretriz a ser empregada inequivocamente em *favor rei*, ou seja, como limite máximo na dosagem da reprimenda estatal (não se esquecendo que existe igualmente um limite mínimo a ser do mesmo modo respeitado)³⁶¹.

Um parêntese: no que tange à culpabilidade, aflora argumentação cardinal, qual seja, o agente deve responder pelos seus atos na medida de sua culpa, para que a reprimenda seja sustentável perante este último e ainda, para manter ordenada a comunidade em que vive³⁶².

Nas palavras de Schünemann, o princípio da culpabilidade tem como tarefa servir para a medição da pena, com o ineludível embaraço de transformar a culpabilidade pelo fato em pena.

Contudo, é verdadeira a dificuldade de alcançar-se a fórmula que retrate de maneira fidedigna as reais condições que capacitam o indivíduo a motivar-se de acordo com a norma e depois, em que intensidade far-se-á o apenamento, se necessário.

Neste ínterim, vale a preleção de Schünemann:

“En efecto, dado que la prevención general se obtiene – en lo que no puedo extenderme por razones de espacio – a través del proceso de internalización de normas y valores culturales por la población, el Derecho penal, en interés de una protección eficaz de los bienes jurídicos, debe reaccionar a las lesiones de tales bienes en forma distinta, escalonada en función del valor de los concretos bienes y del grado de su puesta en peligro que se espere en el hecho. Así, la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad

³⁶⁰Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 185.

³⁶¹Não se adentrará neste instante em outras considerações acerca de Teoria da Pena, como a ora comentada Teoria do espaço do jogo ou teoria da pena exata ou teoria do valor posicional, etc.

³⁶²FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. op. cit., p. 80.

de la energía criminal. Al principio de culpabilidad le corresponde aquí, como en la fundamentación de la pena, una mera función de limitación, impidiendo que se tomen en consideración todas aquellas circunstancias que el autor no pudo conocer y que, por tanto, no se le pueden reprochar”.

E, prossegue:

“En efecto, y dado que la necesidad preventivo-general de pena depende de la magnitud de la amenaza al orden social de paz que se manifieste en el delito, para la medición de la pena desempeñan un papel importante, además del valor del bien jurídico lesionado, y del alcance de la referida lesión, en el marco de la intensidad de la energía criminal relevante para la medición, la peligrosidad de la motivación del autor que se expresa en el hecho y otras circunstancias análogas que contribuyen a configurar el aspecto subjetivo del hecho. Asimismo, son relevantes, desde el punto de vista de cómo se haya de sentir la pena y del aspecto del principio de igualdad, los efectos de la pena sobre la vida futura del autor en sociedad mencionados en el § 46, párrafo 1, enunciado 2, StGB. Por contra, deben eliminarse del programa de la medición de la pena aquellas ‘sutilezas de la personalidad del autor’ cuya consideración se exige según la concepción tradicional del principio de culpabilidad y lleva a la realización más sutil y sublime de tal idea. En realidad, esta pretendida consideración de los matices de la personalidad no conduce a otra cosa que a una total dispersión por regiones, a una desigualdad y, con ello, en fin, a una irracionalidad de la medición de la pena, puesto que no hay ni un canon vinculante, ni un criterio vinculante de ponderación para estos matices que, según la doctrina dominante, escapan incluso a una comunicación lingüística, puesto que se trata frecuentemente de impresiones individuales imponderables”³⁶³.

E não se pode olvidar que não se trata de esmero lingüístico porque não se pode esquecer também da casualidade no trato da dosimetria da pena em sede judicial³⁶⁴, que desrespeita o princípio da igualdade, numa “individualização” mais retributiva que em consonância ao Direito Penal preventivo.

E importante referência é aquela que diz respeito ao atendimento do princípio da proporcionalidade quanto às penas diferentes posto que deverá haver uma desigualdade se estivermos diante de crimes de lesão ou de perigo³⁶⁵.

³⁶³ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo, cit., p. 223-224.

³⁶⁴ Aliás, o ápice desta arbitrariedade reveste-se de absoluta formalidade quando do agravamento da pena por questão de reincidência. E daí, a Culpabilidade que deveria estar ajustada a mera existência de um maior comando repressor legal aquele imune à lei impessoal, incide independentemente por conta de meras condenações anteriores. Cf. HAFFKE, Bernhard. Reincidencia y medición de la pena. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 234.

³⁶⁵ Cf. SOUTO, Miguel Abel. op. cit., p. 77.

Enfim, avançando. Dificuldade real surge quando contrapondo a culpabilidade do autor aos efeitos de prevenção especial, há nítida discrepância³⁶⁶. O auxílio de outras ciências, *ad exemplum*, a Criminologia é salutar.

Vale salientar ainda que constituiria falsa afirmação dizer-se que uns dias ou meses ou anos a mais ou a menos não importam.

Dentro deste contexto da pena e de seus fins, nasce a reparação, como substituto mesmo da pena ou como hipótese útil para sua diminuição³⁶⁷. Nada obstante estar vinculada vivamente aos interesses da vítima, numa visão de justiça social aliás, há emprego reduzido na prática jurídica.³⁶⁸ Noutras palavras, não se pode confundir pena com coação direta e sanção reparadora. Todos instrumentos que, em consonância à situação, podem ser mutíssimo úteis.

Interessante anotar que há celeuma quanto ao seu emprego no Direito Penal, que tenderia a uma privatização, principalmente porque há receio da perda dos fins preventivos da pena se houvesse uma disseminação do ressarcimento do prejuízo, inclusive com um pernicioso estímulo ao cometimento dos delitos, em detrimento da Prevenção Geral Positiva calcada no efeito pedagógico da pena.

Um empecilho principia dentro de todo este contexto. Se pena resta por ter finalidades preventivas, em contraponto aquelas retributivas, como distingui-las das medidas de segurança?

Em verdade, um argumento seria sustentar que, enquanto as penas ambicionam ambas as formas de prevenção, geral e especial, as medidas de segurança tão somente ostentam a faceta da prevenção especial³⁶⁹.

De fato, não se olvidando da clássica resposta do uso das medidas de segurança para os inimputáveis, prossegue-se de maneira diversa na atual literatura, segundo Roxin e

³⁶⁶Cf. ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 159: Teoria da pena adequada à culpabilidade com reserva preventiva especial, isto é, juiz deve fixar pena em atenção a critérios preventivos especiais, certamente dentro dos limites da margem de culpabilidade.

³⁶⁷Cf. ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 219. O Mestre tedesco lembra ainda a existência da composição privada do conflito como construção dentro deste sistema dos fins da pena, num processo certo de despenalização. Entretanto, tece limites afinal, o recuo do Estado do seio de graves ataques a bens jurídicos, implicaria a operação pelos mais poderosos e não mais, pelo Direito.

³⁶⁸ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 209: Atualmente somente uma porcentagem de 1 a 1,5%.

³⁶⁹Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo, cit., p. 209 e ainda, cf. AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 117.

centrado na idéia de Culpabilidade: considerando, em verdade, a pena limitada pela Culpabilidade e a medida de segurança, limitada pela Proporcionalidade³⁷⁰.

A Medida de Segurança todavia, ganha destaque nesta temática em virtude da Pessoa Jurídica como Sujeito Ativo dos Crimes Ambientais³⁷¹.

Especialmente no que concerne aos criminosos ambientais, e por conseguinte, à penalização, mister recordar que, em regra, não têm eles nenhuma circunstância de diminuição de culpabilidade, noutras palavras, falta-lhes de longe o adjetivo de desafortunados.

5.3. Tipo Subjetivo

Se a análise do tipo objetivo é de suma importância no estudo do tema em questão, mais propriamente do tipo do injusto³⁷² a ser pensado, de mesmíssimo modo, o estudo do dolo e dos outros elementos subjetivos do tipo.

Aliás, lembre-se que, em verdade, apenas de maneira simbólica, poder-se-ia dizer acerca de um tipo objetivo e de um tipo subjetivo, afinal, constituem ambos faces da mesma conduta típica que se interrelacionam³⁷³.

Importa asseverar contudo que, em verdade, o delito é acontecimento social, experimentado ao objetivar-se; destarte, aspectos subjetivos somente surgirão depois da exteriorização do desempenho danoso mesmo porque condutas intencionais mas desprovidas de risco ao bem jurídico estão excluídas do Direito Penal³⁷⁴.

Recordando-se que, nem todos os fatores psíquicos descritos no tipo constituem elementos subjetivos, *ad exemplum*, aqueles concernentes à culpabilidade; ter-

³⁷⁰ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, cit., p. 273: “A la sanción preventiva de una conducta socialmente insoportable la llamamos pena si está limitada por el principio de culpabilidad, y medida de seguridad si lo está por el principio de proporcionalidad. Así, pues, la diferencia estriba solo en el tipo de limitación y, de ese modo, en una distribución del centro de gravedad algo discrepante en la ponderación de los componentes liberales y sociales del sistema de consecuencias jurídicas.”

³⁷¹TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, cit., p. 92.

³⁷²Não se pode esquecer que, injusto ou injusto típico carrega uma carga de antijuridicidade, isto é, injusto típico pode ser definido como uma ação típica e antijurídica. Cf. neste sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel. Dolo genérico versus dolo específico: reflexões críticas sobre a relação entre dolo e os elementos subjetivos do injusto. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v.2, n. 4, p. 99, set/dez. 2001.

³⁷³Id. *Ibid.*, p. 116.

³⁷⁴Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, cit., p. 216-217.

se-á, nesta parte do exame, dois grupos de observação – dolo e elementos subjetivos do tipo.

Na contemporânea estrutura finalista do crime, o dolo perfaz-se como constitutivo essencial da parte subjetiva do tipo do injusto, e mormente, vontade diretora da ação típica³⁷⁵.

Com fulcro nisso, não se deterá em classificações exaustivas acerca da espécie do dolo³⁷⁶, ou principalmente, da demarcação diferenciadora do dolo eventual e da culpa consciente³⁷⁷, cingindo-se ao quanto basta para ter-se a base do tipo de Biopirataria.

Aliás, neste fito, importa sublinhar que, nada obstante o Código Penal Brasileiro tenha igualado para fins de tratamento, dolo direto e eventual, há descrições típicas que ao empregarem expressões como “de que sabe” impingem maior exatidão de conhecimento do autor sobre as circunstâncias legais, exigindo o dolo direto, trazendo pois, uma diferenciação entre eles³⁷⁸.

Pois bem, no que tange à conceituação de dolo, não se pode esquecer de seu cerne, qual seja, a “realização do plano”³⁷⁹.

Noutras palavras, está-se a falar sobre resultados causados de maneira consciente ou sabidos e que foram desejados, isto é, com intenção.

Esta fórmula “dolo = vontade + conhecimento” é questionada por inúmeros autores, que, em verdade, distinguem estados mentais de construção normativa.

Noutras palavras, provindo da premissa de que o fim do Direito Penal é o ato de firmar as expectativas normativas conformadas a partir de regramentos veiculados pelo tipo penal, dolo seria, na realidade, “*especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad*

³⁷⁵TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 21, abr./jun. 1972.

³⁷⁶Id. Ibid., p. 22: “As classificações anteriores quanto às espécies de dolo, devem reduzir-se, simplesmente a duas categorias: dolo direto e dolo eventual.”

³⁷⁷Teorias determinantes do dolo eventual: Teoria da aprovação ou do consentimento; da indiferença; da representação ou da possibilidade; da probabilidade; da não colocação em prática da vontade de evitação; As fórmulas de Frank; teorias combinadas de distintos princípios; do risco de Frisch; a não improvável produção do resultado e a habituação ao risco em Jakobs; do perigo não coberto ou assegurado de Hersberg; da assunção dos elementos constitutivos do injusto de Schroth. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Rodona Industria Gráfica, 2007. t. 1, p. 424-446.

³⁷⁸TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo, cit., p. 30.

³⁷⁹ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito, cit., 2007, t. 1, p. 416.

objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento.” Tal não implica repudiar vontade e conhecimento desta categoria mas sim, compreender dolo como uma propriedade normativa. Esta alteração de enfoque, por óbvio, tem reflexos na estrutura do delito, *ad exemplum*, o conhecimento tornar-se-ia importante não somente para dolo, mas também para culpabilidade, imputação objetiva, etc³⁸⁰.

Vale salientar que, consoante incide com todos os fenômenos psíquicos, por óbvio, somente poderá ser inferido a partir de circunstâncias externas³⁸¹.

Isto não se mescla com a tendência moderna de objetivação do conceito de dolo, reduzindo-se meramente ao seu aspecto cognitivo³⁸², seu centro de gravidade, porque o volitivo caminharia para uma vertente mais material e prática³⁸³. Inclinação esta aliás, questionada por Schünemann que entende deva sim haver uma passagem do conceito filológico de dolo para um conceito tipológico³⁸⁴.

Partindo-se ainda da premissa de que o delito não ostenta entidades inconciliáveis, objetivas e subjetivas, ou noutras palavras, recordando-se de que nem toda a ideia de subjetividade está assentada na culpabilidade, começa-se a delinear também a teoria dos elementos subjetivos do injusto que não se confunde com o dolo, mas sim, o pressupõe. Assim, os elementos subjetivos do injusto perfazem especiais estados anímicos do agente, pressupondo o dolo, porém, transcendendo-o³⁸⁵.

³⁸⁰Cf. PEREZ BARBERÁ, Gabriel E. El concepto de dolo en el derecho penal: hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como un estado mental. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 539.

³⁸¹FRISTER, Helmut. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 231.

³⁸²Pense por exemplo, no conhecimento defeituoso ou na ausência de conhecimento – erro de tipo - como causas de exclusão do dolo.

³⁸³Cf. DÍAZ PITA, Maria Del Mar. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 485, 495 e 502, 2005. Partindo da pergunta: “¿Si la decisión se refiere a la acción, en el sentido de que la acción ha de ser necesariamente voluntaria para ser penalmente relevante, para qué se incluye en la definición de dolo?”, a autora entretanto, conclui que elemento volitivo existe sim, no dolo, compondo-o, pensando-se por exemplo, no “fue sin querer”. E alerta que: tras la defensa de estas posturas podemos, quizás, detectar una tendencia expansiva del Derecho Penal, caracterizada por la eliminación progresiva de elementos y barreras que afectan a la imputación.”

³⁸⁴SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal despues del milenio*. Madrud: Tecnos, 2002. p. 109-110: “(...) en mi opinión, resulta claro que las circunstancias objetivas pueden desempeñar una función a la hora de afirmar o negar el dolo. (...) Y, como buen final, por medio de este concepto tipológico de dolo puede seguir manteniéndose en pie la delimitación entre Derecho material y procesal, como así también entre constatación e imputación, porque no es difícil de distinguir entre los componentes objetivos que son relevantes para el concepto de dolo y su prueba procesal. Los otros conceptos, conforme a los cuales en el dolo no se trata de um concepto descriptivo (que describa la realidad), sino de una ‘atribución’, son sostenidos recientemente por la nueva doctrina (en diferentes formas y con poca claridad).”

³⁸⁵POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit., p. 120.

O surgimento desta categoria dogmática na Alemanha responde pela classificação de elementos subjetivos do injusto, cujo mote é a procura de reconhecimento de diversificados grupos de elementos subjetivos e na Itália pela nomenclatura de dolo específico, como portanto, uma espécie de dolo³⁸⁶. Contudo, ambos não se afastam da concepção de um excesso subjetivo, não se circunscrevendo portanto, ao dolo e muito menos, pertencentes à culpabilidade.

Destarte, configuram requisitos psíquicos ulteriores ao dolo que se eliminados da tipicidade, poderiam levar a um alargamento ilegítimo desta³⁸⁷. Então, em verdade, conferem-lhe uma incomum feição que é exigida pelo legislador³⁸⁸.

Enfim, a ação típica poderá depender em sua configuração de certos elementos anímicos que não se cingem à conduta, mas acrescentando algo a ela, *gerando maior perigosidade ao bem jurídico* e daí, a falta destes elementos pode redundar num indiferente penal ou numa outra figura delitiva, isto é, são determinantes para a correta tipicidade.

Nada obstante o brocardo “*cogitationes poenam nemo patitur*”, há tipos penais que requerem um propósito, importando em muito a vontade do autor em seu atuar³⁸⁹.

Importa salientar que, dentro do Princípio da Taxatividade, não devem ser admitidos, sem máxima cautela, Elementos Subjetivos Implícitos, mormente por causa da dificuldade probatória. Também, não existem Elementos Subjetivos constantes nos delitos porque tal se perpassa sempre pela competência exclusiva do legislador. E finalmente, meras expressões lingüísticas não implicam necessariamente a presença dos Elementos Subjetivos do Tipo³⁹⁰.

Uma última observação: já que se está a falar muitíssimo sobre crimes de dano e crimes de perigo, além da óbvia distinção sobre o elemento subjetivo de cada um deles – dolo de dano e dolo de perigo – mister ponderar que, em se tratando de crimes de

³⁸⁶GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Especiales elementos subjetivos del tipo del derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 6, p. 41 e 68, 2001.

³⁸⁷Por outro lado, a Teoria dos Elementos Subjetivos do Tipo pode ter igualmente favorecido o Direito Penal do Autor no apogeu do Nacional Socialismo em virtude da construção intentada no autor. Veja: “El Código alemán, que incorpora en su parte especial elementos subjetivos que se entienden referidos a la actitud interna, al ‘carácter’ (‘*Gesinnungsmerkmale*’), y por ende fácilmente referibles al autor – atienden más a la ‘conducta’ que al hecho – ayudó, probablemente, a possibilitar la reelaboración. Pero, en todo caso, y abandonado hoy el Derecho penal de autor, creo que conviene apuntar que la afirmación de especiales elementos subjetivos de la antijuridicidad se benefició también en su expansión de la amplia cabida que le daba la construcción hoy abandonada.” GUARDIOLA GARCÍA, Javier. op. cit., p. 57.

³⁸⁸Id. Ibid., p. 54.

³⁸⁹Id. Ibid., p. 73.

³⁹⁰Cf. Id. Ibid., p. 39-101.

perigo abstrato, para a configuração do dolo, seria suficiente o entendimento do agente quanto à ação perpetrada. Afinal, tão distante estaria o exame do risco por parte do sujeito ativo que o efeito imputável a ele sequer foi imaginado³⁹¹.

5.4. Sujeito

5.4.1. Sujeito Ativo

Sujeito Ativo é sabidamente aquele que conjuga o verbo do delito. É aquele a quem se imputa a responsabilidade penal. Tem significação mais abrangente que aquela de autor porque engloba não apenas o autor imediato, mas ainda, o mediato, o coautor, o cúmplice e o instigador³⁹².

Este espaço não se prestará aos debates acerca das minuciosas teorias que tentam definir as diferentes expressões do conceito autor, isto é, as diversas formas de intervenção³⁹³.

Em verdade, todavia, deve-se recordar que, indubitavelmente, a apenação é forma efetiva de proteção ao bem jurídico e que, se em regra, todo indivíduo domina seu comportamento, tal ilação está apta a fundar a posição de autor³⁹⁴.

Deste modo, relevante e aprofundada conceituação é ditada por Schünemann no que tange ao tema:

“En efecto, las normas del Derecho penal con amenaza de pena deben dirigirse, en interés de esta finalidad, a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico. Es decir, a aquellas personas que dominan el suceso. Y bajo esta idea

³⁹¹E: “Há particularidades ainda na fundamentação do elemento subjetivo nos crimes de perigo. Em se tratando de situação perigosa envolvendo bens supra-individuais ou difusos, por óbvio, não raras vezes, serão diversos os bens expostos a perigo. Não será tido unicamente um ‘bem’ como alvo potencial do perigo. Trata-se, então, de conduta que envolve um ‘dolo alternativo de perigo’, podendo este ser dirigido a diversos bens jurídicos. Na realização de uma única realização típica, implica ele em duas modalidades de perigo”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 119.

³⁹²POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito: de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Grijley, 2009. p. 103-104.

³⁹³Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*, cit., p. 371 e ss.: Conceito Unitário de Autor (todo indivíduo que intervém num fato deve ser considerado autor); Conceito Extensivo de Autor (será autor quem obra com ânimo de autor e partícipe, quem obra com ânimo de partícipe); Conceito Restritivo de Autor (a distinção entre autor e partícipe é objetiva, isto é, diz respeito ao atos executados, ressaltando-se aqui, a Teoria do Domínio do Fato).

³⁹⁴Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 204.

directriz, quienes ejercen el dominio sobre una fuente de peligro o sobre la situación de desamparo del bien jurídico no se quedan detrás de quienes dominan mediante el propio movimiento corporal”³⁹⁵.

Em tempos remotos, todo ser vivo ostentava o poder de incidir em práticas penais. A penalização entretanto, de animais ou coisas soa hodiernamente como experiência medieval que desconsidera mezinha noção da capacidade e idoneidade de delinquir que advem atrelada à racionalidade³⁹⁶.

Partindo-se da premissa então de que o delito é formalmente a violação da lei penal e substancialmente, a lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, tem-se as duas facetas aqui a estudar: o sujeito ativo que comete a ação contra o direito e o sujeito passivo que, em primeiro, consubstancia-se no próprio Estado cuja norma penal fora desprezada e aquele que sofreu o ataque ao seu bem, que aliás, não se confunde com o prejudicado ou a parte lesada³⁹⁷.

Entretanto, está a se discutir aqui, a definição de sujeito ativo do crime.

E daí, a importantíssima lembrança acerca da responsabilidade criminal do funcionário público.

Mister recordar que, no que tange ao papel do Funcionário Público no Direito Penal Ambiental³⁹⁸, há uma *tendência* à criminalização porque existentes dificuldades teóricas para enquadrar a ação dos agentes públicos nos crimes comuns.

Destarte, para a solução da conduta do funcionário frente ao crime ambiental, tem-se, *a priori*, três possíveis alternativas: a edição de um tipo penal específico, ou a

³⁹⁵Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 208. E falando especialmente acerca do Direito Penal Ambiental: “Cuando la opinión dominante no ve aquí como autor idóneo sólo a quien explota una instalación, por ejemplo el dueño de una fábrica de productos químicos, sino a todo el que actúa bajo su propia responsabilidad en un ámbito parcial al utilizar la instalación (...) esto confirma, a su vez, la corrección de mi teoría del autor, ya que la dirección de un ámbito parcial bajo propia responsabilidad es idéntica al dominio sobre el fundamento del resultado.” (op. cit., p. 214).

³⁹⁶POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito: de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 108.

³⁹⁷FERRI, Enrico. CAPITANIO, Paolo. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 368 a 369.

³⁹⁸Aqui, o autor distingue aquele que representa unicamente o controle estatal normal externo e aquele que sim, ostenta o domínio do fato: Veja: “(...) cuya posición de garante es sumamente controvertida, y en mi opinión debe ser rechazada (fuera de la responsabilidad del funcionario por la corrección de la autorización que él mismo há otorgado y que por eso ejerce un dominio sobre el hecho). SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 221-222.

concorrência em qualquer outro tipo penal, ou ainda, *sob o ponto de vista ideal*, um concurso de crimes³⁹⁹.

De maior pendência, tem-se o estado da análise da responsabilidade penal do funcionário público por delito ambiental comissivo omissivo, problemática que se pode atenuar ao considerar a ação e omissão como iguais faces da mesma moeda do domínio sobre o fundamento do resultado⁴⁰⁰.

Também, se estudará a responsabilidade da pessoa jurídica em todas as suas vertentes, em suposto detrimento de uma responsabilidade penal pessoal.

Aliás, para principiar a discussão e afastar qualquer resquício de Responsabilização Objetiva, convém recordar que a admissibilidade do erro de tipo ou mesmo de causas excludentes de antijuridicidade, inevitavelmente põe por terra tal argumentação à medida da perquirição do dolo e dos elementos subjetivos do tipo⁴⁰¹.

No que concerne à Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica⁴⁰², há inúmeros opositores que negam a possibilidade de, nesta seara, falar-se em: capacidade de ação, de

³⁹⁹Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español, cit., p. 158, no que tange à relação entre a infração do artigo 329 do Código Penal Espanhol e os delitos comuns, lembrando que o primeiro trata-se de um tipo especial de prevaricação de caráter pluriofensivo, eis que tem como bens jurídicos protegidos, o Meio Ambiente e o correto funcionamento da Administração Pública.

⁴⁰⁰GENOVESE, Marcos R. Responsabilidad penal del funcionario público por delito medioambiental en comisión por omisión. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, fasc. 7, p. 1184, 2010.

⁴⁰¹FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, p. 25, abr./jun. 1998.

⁴⁰²Cf. Anteprojeto do CP: Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Penas das pessoas jurídicas

Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:

I – multa;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – perda de bens e valores.

Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

perquirição da culpabilidade e da punibilidade. Trata-se do apego ao vetusto brocardo *societas delinquere non potest* ou *universitas delinquere nequit*⁴⁰³ que contudo, não se opõe em absoluto à admissão de imputação de certos aspectos do fato delituoso à Pessoa Jurídica sem redundar todavia, no perfazimento por esta do tipo penal⁴⁰⁴. Enfim, parte-se da premissa de que ação é atividade finalista que prescindiria de atributos da pessoa física cuja consequência penal somente teria sentido diante de entes capazes de atuar⁴⁰⁵.

Importante enfatizar-se todavia que, hodiernamente, existe unicidade no sentido da Responsabilidade eficaz da Pessoa Jurídica⁴⁰⁶, seguindo diferentes modelos: civil, administrativo, penal e misto.

Importa realçar algumas peculiaridades de cada um deles.

Em primeiro, o sistema misto que aponta indiscutível vantagem no sentido de obstar todo o peso da absoluta dogmática penal, objetivando muito mais a reestruturação

Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente:

I – suspensão parcial ou total de atividades;

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta;

IV – proibição de obter subsídios, subvenções ou doações do Poder Público, pelo prazo de um a cinco anos, bem como o cancelamento, no todo ou em parte, dos já concedidos;

V – proibição a que seja concedido parcelamento de tributos, pelo prazo de um a cinco anos.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ano, que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações será aplicada pelo prazo de dois a cinco anos, se a pena do crime não exceder cinco anos; e de dois a dez anos, se exceder.

Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas sociais e de projetos ambientais;

II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III – manutenção de espaços públicos; ou

IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, bem como a relacionadas à defesa da ordem socioeconômica.

⁴⁰³ Ainda vigente na Alemanha. Cf. o sistema contravençional alemão.

⁴⁰⁴ Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004. p. 903.

⁴⁰⁵ Cf. Id. *Ibid.*, p. 829.

⁴⁰⁶ Cf.: “...esta responsabilidad ha sido reconocida poco a poco en distintas legislaciones penales europeas, sea en el mismo Código Penal, tal como han hecho el legislador belga, el danés, francés, finlandés y suizo, sea en leyes especiales, tal como se ha optado en Polonia (...). Fuera de Europa, reformas recientes en el sentido de una solución penal han sido realizadas, sobre todo, en Austrália y Canadá (...). El nuevo Código Penal peruano, por el contrario, parece haber optado por una solución tímida de medidas administrativas accesorias, solución que ha sido adoptada también por el nuevo Código Penal español (...). Itália por su parte, desde año de 2001 conoce por lo menos una responsabilidad cuasi penal, aún llamada ‘administrativa’; y Grécia también, después de dudar durante mucho tiempo ante esta solución, acaba de introducir tal responsabilidad administrativo-penal.” TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, cit., p. 89-90.

da pessoa jurídica. Em segundo, no sistema penal, o significativo modelo japonês de presunções que facilitam a prova no direito penal do meio ambiente. Em terceiro, o sistema administrativo que contudo, ao consagrar duras medidas talvez implicasse a reforma de seu processo administrativo tradicional, principiando por um alargamento de garantias, notadamente, direito à prova e outras.⁴⁰⁷. Nada restando por enfatizar no modelo civil.

Acrescente-se ainda, a engenhosidade da incidência de medidas de segurança que nada obstante, possuam origem no Direito Administrativo, restam por integrar o Direito Penal, tais como, o confisco e o fechamento do estabelecimento empresarial⁴⁰⁸.

Mister não olvidar a censura realizada à inteligência muitíssimo disseminada das “medidas de segurança” de natureza jurídico-administrativa aplicadas pelo Direito Penal - que, sublinhe-se, são verdadeiras sanções penais porque punitivas - qual seja, se o Direito Administrativo Sancionador diferencia-se do Direito Penal *apenas quantitativamente*; sob o mesmo fundamento de cunho penal, tais providências administrativas, *ad exemplum*, o fechamento definitivo ou temporário ou a intervenção na empresa nos crimes ambientais na Espanha⁴⁰⁹, não poderiam ser impostas às Pessoas Jurídicas⁴¹⁰.

Quanto a este ultimo dado, é proeminente apostilar o pensamento de Silva Sánchez sobre a proscrição das penas em face das Pessoas Jurídicas, em virtude do respeito ao Princípio da Culpabilidade, que preliminarmente, impede a transferência da responsabilidade da Pessoa Física à Pessoa Jurídica, e ainda, inadmite também a aplicação da idéia de Culpabilidade da Pessoa Jurídica por “defeito de organização” porque entende que afinal, isto também constituiria uma outra forma de transferência, agora dos seus órgãos para a Pessoa Jurídica. Daí, aceitar a incidência de Medida de Segurança ou de outras consequências acessórias, não obstante estas modalidades de destruição serem quase inexistentes na Espanha⁴¹¹. E, vale sublinhar que, diferentemente das penas, as medidas de segurança pretendem finalidade outra, qual seja, preventiva, baseando-se primordialmente na perigosidade da empresa, com inegável prognose.

⁴⁰⁷TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalid*, cit., p. 94-100.

⁴⁰⁸Id. Ibid., p. 95.

⁴⁰⁹Cf. art. 347 bis CP, último parágrafo.

⁴¹⁰GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit., p. 879.

⁴¹¹GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación penal a la empresa en y desde la empresa: el pensamiento jurídico-penal del profesor Jesús-Maria Silva Sanchez. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coords.). *La crisis del derecho penal contemporâneo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. p. 159.

Lembre-se contudo que, com a Lei Orgânica 5, de 23 de dezembro de 2010, instaurou-se, em definitivo, a Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica na Espanha com a aplicação da pena, basicamente, a sanção pecuniária, num rol de infrações penais, dentre elas, aquelas contra o meio ambiente (arts. 327 e 328 do Código Penal), conectando pois, a dita responsabilidade penal da Pessoa Jurídica à Pessoa Física⁴¹².

E, para ajustar a pena à culpabilidade da Pessoa Jurídica, vista sob o prisma da falta de uma organização adequada, eleva a existência e implementação efetivas de um plano de cumprimento ou “compliance plane” conforme o artigo 31 bis. 4 do mesmo diploma, obstando ao final, quaisquer nefastos malefícios à reputação no mercado⁴¹³.

Em verdade, parece indiscutível a necessidade da Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica; afinal, não se pode olvidar a irrefutável fungibilidade do autor imediato, isto é, a facilidade com que a Pessoa Jurídica substitui o subordinado, seja antes do cometimento do fato criminoso, o que incita a disponibilidade da Pessoa Física em fazê-lo, e em nada auxilia a hipotética vítima eventual insubordinação, seja depois do evento ilícito com o fito de despir-se da sua responsabilidade.

Assim, depreende-se que a Pessoa Jurídica como aparato de poder obra, de verdade, de maneira automática, sem fazer diferença qual seja o executante daquelas ordens à margem do Direito⁴¹⁴.

E mais, hodiernamente, as empresas incitam a uma fragmentação de suas atividades, concretizadas por inúmeras pessoas, a quem não se poderia imputar o crime porque sem a reunião de todos os pressupostos do tipo para tanto⁴¹⁵.

⁴¹²Cf. art. 31 bis. 1 do Código Penal:

“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.”

E cf. ainda, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Ahora sí: *Hispanica Societas Delinquere Potest*. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 473.

⁴¹³Cf. SARRABAYROUSE, Eugenio C. La evolución reciente de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: estado de la cuestión en España y Alemania. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 513.

⁴¹⁴ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, cit., p. 520.

⁴¹⁵CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. In: CESANO, José Daniel; FORTETE, César (Coords.). *Estudios de derecho penal, procesal penal, derechos humanos y criminología: libro homenaje a la Dra. Hilda Marchiori*. Córdoba: Lerner Ed., 2010. p. 112.

Ora, acolhida a tese da Responsabilização penal da Pessoa Jurídica, florescem diversificados modelos de imputação, que variam de acordo com a ênfase que se dá às condutas realizadas por seus agentes, nas raias do exercício de suas atividades e com a intenção de beneficiá-la⁴¹⁶.

Assim, na realidade, existem dois grandes esquemas dogmáticos de responsabilização penal empresarial: heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade.

O primeiro enfatiza pois, a responsabilidade por fato alheio à Pessoa Jurídica, isto é, por seus empregados, aperfeiçoado então, na atuação das Pessoas Físicas. De verdade, se o fato é imputado a quem domina o fundamento do resultado, ou noutras palavras, o âmbito dos riscos, a responsabilização impõe-se a quem eficazmente delibera sobre a lesão ao bem jurídico.

Já o segundo impõe uma modificação de paradigma; afinal, não lastreia a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em sua discutível capacidade de ação, mesmo que por via de seus representantes, mas sim, num conceito de competência organizativa porque à Pessoa Jurídica perfilha-se a liberdade de conformar sua organização desde que tal organização não imprima riscos superiores àqueles permitidos e *conhecidos* (na equivalência Liberdade versus Responsabilidade)⁴¹⁷, ultrapassando portanto, a capacidade individual de seus membros. E, no que concerne ao ponto de maior crítica quanto à vulneração de caro princípio ao Direito Penal, isto é, da Culpabilidade, esta residiria na concepção da empresa como cidadão corporativo fiel ao Direito (que, se não detém direito ao voto, permanece participante indiscutível no debate democrático, com liberdade de expressão)⁴¹⁸.

⁴¹⁶Cf. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. Responsabilid y castigo de las personas jurídicas. tendencias actuales del derecho penal comparado en torno a la autorregulación empresarial. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 519 e 523: Aliás, acresce-se que se a divisão de funções puder acarretar a impunidade, pela dificuldade de identificação do aludido agente, possível ainda imputar à Pessoa Jurídica o fato criminoso com fulcro na Teoria do Conhecimento Coletivo traduzido como a soma dos conhecimentos de alguns ou todos os agentes.

⁴¹⁷Trata-se do sinalagma: liberdade x responsabilidade. Veja: “Es decir, la persona se le reconoce una libertad para configurar su ámbito de organización como quiera, siempre y cuando de dicha configuración no se deriven riesgos superiores al permitido.” In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010. p. 37.

⁴¹⁸Mas não é só. Debates surgirão acerca da imputabilidade da Pessoa Jurídica, isto é, de sua complexidade interna, que pode assemelhar-se àquela noção das Pessoas Físicas inimputáveis e mais, acerca das sociedades fantasmas e do “levantamiento del velo” ou, o injusto penal jurídico que ao final, tratará dos elementos subjetivos do delito empresarial - inclusive no que se convencionou chamar-se de dolo normativo empresarial que se entende por conhecimento do risco empresarial e, inda, imprudência empresarial - ou, a questão da autoria e da participação entre Pessoa Física e Jurídica, importante para

Vale realçar que, ao contrário do posicionamento mais tradicional, sujeito de direitos não se enleia com pessoa, sendo em realidade, a pessoa física, também, uma unidade personificada de normas que comina poderes a alguém. Noutras palavras, para o Direito, somente há Pessoas Jurídicas. Destarte, ao reverso de tentar adequar exatamente à Pessoa Jurídica os clássicos conceitos empregados à Pessoa Física, mister ponderar criticamente, “a *legitimidade da imputação* às ações realizadas através de seus órgãos de representação.”⁴¹⁹

Por óbvio, entretanto, há forte corrente favorável noutro sentido que não aquele da inviabilidade da responsabilização penal⁴²⁰, enfatizando, em primeiro que, a incapacidade real de ação da pessoa jurídica para certos crimes, não a retira totalmente; em segundo que, a culpabilidade pode traduzir-se em capacidade normativa – juízo de reprovação social consistente na consecução de seus objetivos⁴²¹ - e não apenas em elementos bio-psíquicos, e, por final que, a penalização hoje intui maneira muito distinta da unicidade da pena de prisão⁴²².

Todos estes últimos argumentos entretanto, não se confundem com o desajuste de uma responsabilização penal da Pessoa Jurídica com supedâneo em mera dificuldade de identificação do autor individual.

Agrega-se a toda esta alteração ainda, o quadro da Responsabilidade das Pessoas Físicas que atuam em lugar da empresa, mormente, a responsabilidade penal dos representantes e órgãos diretivos.

pensar acerca da responsabilidade verdadeira de cada uma delas em separado. Depois, chegar-se-á à questão das diretrizes para a determinação da pena, por exemplo, Sentencing Guidelines registrada nos Estados Unidos. Aqui, vale conferir: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010. Adendo.

⁴¹⁹GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 42.

⁴²⁰“Desde hace ya algún tiempo se observa en los sistemas jurídicos continentales así como en el Derecho de la Comunidad Económica Europea una tendencia favorable al establecimiento de sanciones penales contra las personas jurídicas y contraria, por ello, al principio tradicional *societas delinquere non potest*. Fruto de ello ha sido la efectiva introducción de sanciones penales y administrativas contra personas jurídicas en algunos ordenamientos jurídicos nacionales y en el Derecho comunitario. Así en 1976 se introdujo en la legislación penal holandesa la posibilidad de imponer a las personas jurídicas sanciones penales, el Código penal portugués lo hizo en 1983, y en 1992 y 1993 han optado también por esta dirección las legislaciones penales noruega y francesa respectivamente. En Alemania, Suecia e Italia se ha establecido un sistema de *sanciones administrativas* contra las personas jurídicas (...).” Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit., p. 884.

⁴²¹FERREIRA FILHO, Edward. op. cit., p. 23.

⁴²²Aliás, vale referir que tal discussão não é absolutamente moderna: Conferir citação de POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*: de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cit., p. 109: “En este sentido, es ya clásica la remisión al penalista alemán Franz Von Liszt, quien sostenía – en un impecable razonamiento lógico – que quien puede concluir **contratos válidamente** (y no cabe duda de que una persona jurídica puede hacerlo), puede contraer también **contratos fraudulentos** o **usurarios** constitutivos de **delito**.”

Trata-se de outra conjuntura intermédia que admite em verdade, a realização da ação pelas pessoas físicas que exercem cargos de responsabilidade na Pessoa Jurídica.

De fato, não se está a distinguir a inculpação das pessoas físicas naqueles delitos comuns, em que se imiscuirá tão somente nas inconfundíveis questões probatórias, mas sim, quando o agente deve pertencer a uma determinada classe de sujeitos, isto é, uma qualidade especial é exigida pelo tipo e está a se discorrer sobre a hipótese em que ele não a detém, mas, perpetra a ação típica com domínio do fato. Realmente, o legislador formou tipo penal, pensando em determinado grupo de pessoas, todavia, olvidou que outros pudessem executar a ação proibida⁴²³.

Daí, passa-se à Teoria da Representação ou “Teoria do atuar em nome do outro” que transforma o indivíduo em destinatário das normas especiais da Pessoa Jurídica. Noutras palavras, quando o indivíduo assume o cumprimento dos deveres do outro, protegidos pela norma penal, acaba por colocar-se na posição do representado; afinal, mesmo que carente do elemento formal referente à autoria da figura típica, perfaz com o bem jurídico, mesma relação⁴²⁴.

A correta impressão é que se existe acessibilidade de todos ao bem jurídico resguardado pelo especial preceito, de igual maneira, aceita-se a autoria para todos⁴²⁵.

Obviamente, no campo penal, faz-se imprescindível uma legislação regente para que a Teoria da Representação seja empregada, tornando penalmente responsável, quem num primeiro instante não estaria abarcado pela norma.

5.4.2. Sujeito Passivo

Por final, não se olvide da lógica consequência para a identificação do Sujeito Passivo que a eleição do Bem Jurídico no delito de Biopirataria⁴²⁶.

⁴²³Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit., p. 832 e 866.

⁴²⁴Cf. Id. Ibid., p. 838 e 847.

⁴²⁵Cf. Id. Ibid., p. 838 e 863.

⁴²⁶D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2006. Vale lembrar que, o repúdio à noção absoluta de titularidade individual não implica a desconsideração da pessoa humana. Neste aspecto, ver as diferentes teorias sobre a natureza do bem jurídico: se o bem jurídico tem como único ou primeiro referencial o indivíduo, mesmo que em coletividade, estar-se-á diante da Teoria monista-pessoal; por outro lado, pode-se falar acerca da Teoria monista-não pessoal que tem o bem jurídico sempre como bem jurídico do conjunto mesmo que aparentemente seja de uma só pessoa e daí, o Estado apresenta-se como titular; e, por óbvio, a Teoria Dualista, que mescla as duas anteriores, coloca como co-titulares dos bens jurídicos, tanto o indivíduo quanto à sociedade. (op. cit., p. 258-270).

Noutras palavras, considerando-se que o Sujeito Passivo⁴²⁷ é aquele que titulariza o Bem Jurídico cuja agressão configura a essência do crime, uma vez, devidamente identificado o citado interesse jurídico, ter-se-á individuado igualmente o Sujeito Passivo, não demandando, nos objetivos desta tese, maiores digressões, que aliás já foram algumas tecidas quando se perscrutou a questão do Bem Jurídico e de seu entorno legal.

5.5. Nexo de Causalidade

O exame do tema do Nexo de Causalidade na Responsabilidade Penal por dano ao Meio Ambiente é de suma importância. Assim, algumas ponderações fazem-se indispensáveis.

Em verdade, parte-se de noção basilar: o homem não pode responder penalmente por um delito senão quando o causou, apesar de não serem categorias que se sobrepõem⁴²⁸. E neste termo, o foco será na relação de causalidade material, e não psíquica, no delito.

Destarte, poder-se-ia definir, em primeiro, causa como complexo indefinido de antecedentes que se perdem no infinito do espaço e na eternidade do passado, insuscetível pois de uma valoração comparativa e só apreciável sob o ponto de vista lógico da necessidade⁴²⁹. Aliás, perceba-se que causa não constitui a somatória dos antecedentes mas sim, a combinação destes, tornando causa, de fato, em concausa⁴³⁰. Esta avaliação inclusive dará toda a peculiaridade do estudo do nexo causal em sede de crimes ambientais.

E prosseguindo, causa é fenômeno antecedente necessário e suficiente de um evento a produzi-lo⁴³¹, sem intervenção de qualquer outro. Importa fazer esta última

⁴²⁷Um parêntese: Sujeito Ativo não coincide em absoluto com o sujeito sobre o qual incide a conduta delituosa, ou noutros termos, sobre o qual recai fisicamente a ação típica, nem mesmo, sobre aquele outro realmente prejudicado que padece as conseqüências diretas ou indiretas do fato delituoso, num conceito mais amplo. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 230.

⁴²⁸Por óbvio, se causalidade firma um mínimo de responsabilidade, isto não significa que seja suficiente. Tal contorno acaba por vir do conceito de Culpabilidade. Cf. PIERANGELI, José Henrique. Nexo de causalidade e imputação objetiva. *Revista de Derecho Penal*, Fundación de Cultura Universitária, Montevideo, n. 13, p. 198, dez. 2002.

⁴²⁹VANNINI, Ottorino. Una parola ancora sul nesso di causalità. *Archivio Penale*, Diretto da Remo Pannain. *Ordinário di Diritto Penale Nella Università*. “Júris Domus”, Roma, fasc. 1/2, p. 3, genn./febb. 1952.

⁴³⁰SALTELLI, Carlo. Il rapporto di causalità materiale nel reato. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Torino, anno 8, fasc. 10, ott. 1939. xvii. p. 381.

⁴³¹Cf. Processo Hipotético de Eliminação ou de Exclusão formulado pelo Prof. Sueco Thyren.

menção para já lembrar a vasta controvérsia acerca das causas preexistentes, simultâneas, supervenientes, dependentes ou independentes e das teorias que permeiam o referido tema, quais sejam, Teoria da Equivalência das Condições, da Causalidade Adequada⁴³² e da Relevância Causal.

Discute-se se causa é conceito jurídico ou ontológico, filosófico.

Em realidade, o Direito Penal não pode refutar a imagem naturalista⁴³³.

Mesmo nas ciências humanas, permanece liame entre o antecedente e o consequente, nada obstante, surgir por vezes, uma inteligência de causalidade muito própria ou normativa. Recorde-se igualmente que, nos crimes omissivos, o comportamento de deixar as coisas como estão, mostra a relação de causalidade, afinal, houve sim, mudança do estado das coisas. Não se pode olvidar que tal solução não surgiu sem inúmeras construções teóricas⁴³⁴.

Por final, vale pontuar que, quando se vê tal temática, está-se atualmente a discutir também, a Teoria da Imputação Objetiva do resultado da ação que dá um salto no sentido de buscar, em verdade, critérios para a inculpação, e não mais, perguntas sobre se determinado fato é ou não causa. Contudo, isto não perpassa por questionamentos do elemento subjetivo do delito, que reste bem claro.

Em verdade, desnecessárias neste instante, maiores digressões sobre o Nexo de Causalidade diante dos crimes ambientais porque já se discorreu sobre a complexidade do estabelecimento deste liame, no que concerne seja a identificação dos sujeitos, ativo ou passivo, inclusive, vítimas virtuais e gerações futuras, seja o local e tempo e ação imputáveis. Daí, toda a alteração sobre crimes de perigo abstrato ou concreto ou abstrato-concreto, não se olvidando entretanto, que não se está a falar sobre uma responsabilidade penal objetiva, despida de qualquer investigação para fins de imputação objetiva e subjetiva⁴³⁵.

⁴³²E suas derivadas: doutrina da condição perigosa de Grispigni (que determina ver o autor no caso concreto), da causa humana exclusiva de Antolisei e da causalidade jurídica de Maggiore. Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

⁴³³JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Nexo causal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 5, n. 27, p. 64, ago./set. 2004.

⁴³⁴Teoria do *liud agere* (outro atuar, atuar inversamente), normativa da omissão e finalista. Cf. PIERANGELI, José Henrique. op. cit., p. 202-203.

⁴³⁵Cf. “Todavia, para que seja configurada a responsabilidade penal, seja de pessoas físicas ou jurídicas, será necessário apurar o dolo ou a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) dos agentes responsáveis. Não nos esqueçamos de que o Direito Ambiental está permeado dos valores que inspiram os Direitos Humanos, da mesma forma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está indissolivelmente atado à proteção

5.6. Classificação dos Crimes

Mister uma primeira ponderação.

Nada obstante falar-se em Classificação dos Crimes, tal expressão talvez não seja a de melhor técnica eis que não se pode olvidar que a entidade crime abrange não apenas sua parte inicial, qual seja, o tipo penal, mas também, a antijuridicidade e a culpabilidade, questões estas que refogem à temática em tela⁴³⁶, cingida apenas à classificação doutrinária, e não legal (*nomen iuris*), dos mencionados tipos objetivos.

E, partindo desta premissa, analisar-se-ão na estrutura do tipo penal, elementos da conduta típica, mais especificamente, da sua parte objetiva ou caráter externo, dos sujeitos, isto é, daquele que realiza o tipo penal e daquele que titulariza o bem jurídico afrontado e, se a hipótese exigir, dos objetos.

Tal brevíssima classificação, que certamente não cobrirá a extensa gama de viáveis outras categorizações⁴³⁷, prestará apenas a recordar, de maneira célere, algumas conceituações, não ostentando nenhuma outra ambição que não a de pontuar algumas classificações que auxiliarão no desenvolvimento dogmático de um possível tipo penal da Biopirataria.

Por conseguinte, a inicial classificação dos crimes funda-se na qualidade do sujeito ativo. E assim, ter-se-á os crimes comuns (ou gerais)⁴³⁸, os crimes próprios (ou especiais)⁴³⁹ e aqueles ditos de mão própria (ou de atuação pessoal ou de conduta fungível).

do meio ambiente. Defender a responsabilidade penal sem culpa por danos ao meio ambiente será antes de mais nada afrontar a dignidade humana". (FIGUEIREDO, Guilherme José de Purvin. *Crimes ambientais e responsabilidade penal objetiva*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/guilhermepurvin/crimesambientais.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2012).

⁴³⁶SIQUEIRA, Geraldo Batista de et. al. Teoria geral do delito: classificação dos crimes, tipo material formal e de mera conduta. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 51, dez./jan. 2004.

⁴³⁷*Ad exemplum*, mutilados de dois atos, de resultado cortado ou de tendência interna intensificada, tipos de imperfeita realização, multitudinário, habitual, progressivo, crimes de responsabilidade, etc. Cf. MASSON, Cleber Rogério. Classificação dos crimes. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1, p. 186-193.

⁴³⁸Crimes bicomuns: cometidos por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa.

⁴³⁹Crimes bipróprios: a qualificação fática ou jurídica é exigida tanto para o sujeito ativo quanto para o sujeito passivo, *ad exemplum*, o infanticídio.

Os primeiros podem ser perpetrados por absolutamente qualquer pessoa, sendo na maior parte das hipóteses, principiados pela expressão “quem” ou “o que”⁴⁴⁰. Trata-se da regra geral, afinal, a lei não pretende limitar o rol dos possíveis sujeitos ativos, abrindo isto sim, a execução do tipo penal a qualquer pessoa.

Os segundos reclamam uma qualificação fática ou jurídica do sujeito ativo, reduzindo tais indivíduos a partir de determinadas condições. Define Roxin esta específica qualificação do autor como, em verdade, uma posição de dever extrapenal, um dever especial para com o bem jurídico⁴⁴¹. Subdividindo-se ainda em puros ou impuros, a depender primordialmente da consequência na ausência desta especial qualificação que pode ocasionar absoluta atipicidade (crimes próprios puros); afinal, apenas aqueles agentes podem ser autores, ou mera desclassificação tipológica (crimes próprios impuros)⁴⁴² porque guardariam correspondência com outras prescrições normativas.

E finalmente, os terceiros são aqueles que somente podem ser praticados pela pessoa expressamente apontada no tipo objetivo, posto que deprecam contato corporal ou realização pessoal⁴⁴³ inadmitindo assim, coautoria e autoria mediata.

E não há que se falar sobre mera categorização teórica posto que, por exemplo, no que tange aos delitos próprios, sua classificação é de suma importância para delimitar autoria e participação.

Surge depois, a divisão dos crimes em uniofensivos ou pluriofensivos em consonância com o número de bens jurídicos ofendidos e, por conseguinte, a problemática do ataque cumulativo aos bens jurídicos para a realização do tipo ou o suficiente ataque alternativo⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., 1997, t. 1, p. 337.

⁴⁴¹“Así p. ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (&& 331 ss.), en los que solo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el & 203, en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término ‘el que’) el tipo de la gestión desleal (& 266), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio.” (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., 1997, t. 1, p. 338).

⁴⁴²Aliás, depreende-se desta lógica outra classificação que distingue os crimes funcionais (*ou delicta in officio*) em próprios, cuja condição de agente público garante a tipicidade do fato ou impróprios, cuja qualidade funcional ocasiona desclassificação tipológica.

⁴⁴³Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*, cit., p. 238.

⁴⁴⁴Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., 1997, t. 1, p. 337 que aliás, nomeia tais delitos como “simples y compuestos”. Não confundir com outra nomenclatura que diz respeito à estrutura do comportamento disposto no tipo, podendo ser assim, “crime simples”, com unicidade de conduta penal ou “crime complexo”, cuja construção poderia ser tirada da

Quanto ao número de indivíduos envolvidos na prática delituosa, cuja nomenclatura dispensa outras assertivas, tem-se aqueles unissubjetivos ou unilaterais ou monosubjetivos ou de concurso eventual, e por outro lado, os plurissubjetivos ou plurilaterais ou de concurso necessário⁴⁴⁵.

Se existe uma classificação relacionada ao número de sujeitos ativos compreendidos na prática criminosa, nada mais simétrico que existir o contraponto, ou seja, uma classificação referida ao número de vítimas. Aliás, tal categorização torna-se relevante, como se verá em momento próprio, no que concerne à Biopirataria. Também, escusando maiores explanações, tem-se aqui, aqueles ditos de subjetividade passiva única ou de dupla subjetividade passiva.

Toda esta gama de categorias imediatamente ditas não pode ser confundida com a classificação em face da quantidade de atos executórios que compõem a conduta infracional. Assim, crimes unissubsistentes ou plurissubsistentes dão a nota da viabilidade ou não do fracionamento do comportamento criminoso, da existência de um ato único ou de inúmeros atos sucessivos e destarte, da admissão ou não da tentativa⁴⁴⁶.

Seguindo, apresenta-se a divisão dos delitos em comissivos ou omissivos⁴⁴⁷, que oferta agora a forma pela qual a conduta é perpetrada, isto é, se por uma ação vedada pela lei que a tem por perniciosa, ou se por uma omissão, isto é, nada mais que uma ordem legal desobedecida e, por isto, igualmente castigada. E, no caso desta última, delineia ainda, uma subdivisão, em omissivos próprios ou impróprios, também chamados de comissivos por omissão, a depender pois, de sua previsão já num tipo penal cuja descrição anota uma conduta negativa, isto é, um não fazer⁴⁴⁸, ou se estão inseridos nas hipóteses do artigo 13, parágrafo 2º. do Código Penal, no “dever jurídico de agir”.

usão de outros tipos penais. E aliás, esta última categorização não se imiscui com outra dita “crimes de ação única ou de ação múltipla” cuja característica é a quantidade de núcleos verbais e a incidência, na derradeira hipótese, de prática de várias condutas com solução de um único crime.

⁴⁴⁵Aqui, há subdivisão: crimes bilaterais ou de encontro, cujas condutas dos dois agentes tendem a se encontrar; crimes coletivos ou de convergência, cujo tipo penal objetivo demanda a presença de três ou mais agentes, podendo estes últimos serem de condutas contrapostas ou de condutas paralelas. E, ainda, uma outra categoria completamente distinta, qual seja, dos crimes eventualmente coletivos, em que a existência de mais de um sujeito ativo age como causa de majoração de reprimenda. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral, cit., v. 1, p. 179.

⁴⁴⁶Noutras palavras, consoante Mir Puig, tem-se os “delitos de um acto” e os “delitos de pluralidad de actos” e aqueles “alternativos”. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 235. E cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoría del delito, cit., 1997, t. 1, p. 337.

⁴⁴⁷Há classificação de menor importância com acerbas críticas que reconhece ainda a existência de crimes omissivos por comissão, crimes omissivos ‘quase impróprios’ e crimes de conduta mista. Cf. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral, cit., v. 1, p. 183.

⁴⁴⁸De consequência fundamental tal classificação. Veja: “Os crimes omissivos próprios são **unissubsistentes**,

A divisão que dita o modo de execução do delito diferencia aqueles de forma livre daqueles de forma vinculada⁴⁴⁹.

Há bifurcação que dita a especial autonomia ou não do crime em face de uma prática criminosa anterior, proporcionando a repartição entre crimes principais e acessórios ou de fusão ou parasitários.

Tal divisão entretanto, não se embaraça com aquela que entremostra o vínculo entre dois ou mais crimes, assegurando na essência a categoria dos crimes independentes e crimes conexos e, estes últimos interligados seja por uma ligação teleológica, seja por um liame consequencial.

Deve-se fazer referência inda para os crimes à distância, plurilocais e em trânsito, de acordo com o lugar em que se produziu o resultado. Neste mister, parece ser necessário apenas recordar a noção de crimes em trânsito que podem ser definidos como “aqueles em que somente uma parte da conduta ocorre em um país, sem lesionar ou expor a situação de perigo bens jurídicos de pessoas que nele vivem”⁴⁵⁰.

Enfim, a classificação segundo a relação com o bem jurídico, de suma relevância inclusive para fins de concretude do tipo penal da Biopirataria, já foi, delineada linhas atrás, sendo dispensável, qualquer reiteração neste segmento.

5.6.1. Consumação

E, por assim, principia-se por ultimar este mesmo segmento, já incorporando também, a discussão sobre crime consumado e tentado⁴⁵¹ a partir de duas categorizações basilares.

Primeira então, no que concerne ao momento consumativo da infração penal, tem-se⁴⁵²: instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes.

isto é, a conduta é composta de um único ato. Dessa forma, ou o agente presta assistência, e não há crime, ou deixa de prestá-la, e o crime estará consumado (leia-se: crime de omissão de socorro). Enquadram-se no rol dos crimes de mera conduta (...) Como decorrência da conclusão anterior, os crimes omissivos próprios ou puros **não admitem a forma tentada.**” Cf. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral, cit., v. 1, p. 182.

⁴⁴⁹Noutras palavras, consoante Mir Puig, tem-se os “delitos de medios determinados” e os “delitos resultativos”. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 235.

⁴⁵⁰Cf. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral, cit., v. 1, p. 185.

⁴⁵¹Recordar ainda, da classificação crimes unissubsistentes ou plurissubsistentes.

Os crimes instantâneos dispensam qualquer continuidade temporal, consumando-se no momento em que alcançam o resultado.

Ao contrário, os permanentes ostentam consumação que se protraí no tempo⁴⁵³, pela vontade do sujeito ativo. Noutras palavras, o delito mantém-se pela vontade do autor num estado antijurídico (que difere de estado naturalístico) que fora criado por ele mesmo, sem ainda atingir a consumação definitiva⁴⁵⁴.

Diferem estes últimos pois, daqueles instantâneos de efeitos permanentes, cujos efeitos também se prolongam no tempo, porém, independentemente do aspecto volitivo do agente.

Segunda: Crime Material, Formal e de Mera Conduta⁴⁵⁵.

E sublinhe-se que tal classificação é deixada para o epílogo, posto que tais ponderações serão primordiais na edificação do já acenado tipo objetivo da Biopirataria. A diferenciação entre estas categorias importa na exigência ou não de um nexo de causalidade, altercação muitíssimo viva nos crimes ambientais, e num aspecto secundário,

⁴⁵²Veja, neste tópico, a classificação efetuada por Mir Puig: “(...) pueden dividir en **delitos instantáneos, permanentes y de estado**, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de **delito instantáneo** sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera (la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre). Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El **delito permanente** supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue *consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el **delito de estado**, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de este, porque el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento (*ejemplos*: falsificación de documentos, arts. 390 y ss., matrimonios ilegales, arts. 217 y ss.).” MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 234.

⁴⁵³Existe uma classificação que oferta a categoria dos crimes eventualmente permanentes, que seriam “crimes instantâneos, mas, no caso concreto, a situação de ilicitude pode ser prorrogada no tempo pela vontade do agente”. E, ainda, uma outra categoria completamente distinta, dos crimes a prazo, “cuja consumação exige a fluência de determinado período”. Cf. MASSON, Cleber Rogério. Classificação dos crimes. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1, p. 178.

⁴⁵⁴Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoría del delito, cit., 1997, t. 1, p. 329.

⁴⁵⁵Cf. Id. Ibid., p. 328: “Por **delitos de resultado** se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separa espacial y temporalmente de la acción del autor. (...) En cambio, son **delitos de mera actividad** aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. (...) El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo, solo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, solo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en que el autor há hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumacion del delito.”

qual seja, fixação do tempo e do lugar do delito⁴⁵⁶ e, finalmente, numa interessante distinção sobre a dosimetria de pena⁴⁵⁷.

Trata-se enfim, de um critério que toca ao momento consumativo do crime ou noutros termos, toca à relação entre conduta e resultado *naturalístico*. Infere-se pois, se o tipo penal objetivo reclama uma ação seguida de um resultado que pode ser separado no tempo e no espaço desta mesma conduta.

Assim, de maneira despretensiosa, pode-se conceituar o crime material como aquele em que há como elementos imprescindíveis a conduta, seja ela positiva ou negativa, e o resultado, realizado em toda a sua integralidade. Destarte, cuida-se de um tipo penal pois, que expõe um núcleo verbal e ainda, uma consequência deste verbo, impondo necessariamente para a concretização ou consumação do crime que este resultado produzido a partir do comportamento do agente se verifique em sua perfeição (caso contrário, estar-se-ia diante da tentativa) indo pois, mais além da ação do fato em si mesmo⁴⁵⁸⁴⁵⁹.

O crime formal, também com feliz propriedade dito, de consumação antecipada ou de resultado cortado, é aquele no qual nada obstante em seu interior descreva-se um resultado naturalístico, este é dispensável para a consumação, assim, sem embargo de engendrado o efeito modificativo no mundo exterior, já estava ele consumado no instante da prática delituosa. Noutras palavras, a constatação de um resultado que adviria da conduta descrita no tipo é absolutamente desnecessária para a consumação, que já ocorrera portanto, na ação criminosa.

⁴⁵⁶Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 232.

⁴⁵⁷Veja: “Na classificação tipológica de que estamos tratando, acentuada é a diversidade punitiva a ser encarada na tutela jurisdicional. Entre modelos formais e materiais, sensível é a superioridade da carga punitiva a recair sobre os tipos formais. Dada a estrutura do tipo formal, a resposta penal conseqüente reveste-se de maior gravidade. O tipo penal roubo (art. 157, CP) empresta conteúdo a um ilícito material, cuja consumação dependerá do resultado, que é a efetiva subtração da coisa alheia móvel. Inatingida subtração patrimonial, mesmo exitoso o meio empregado, impulsionado pela elementar subjetiva, o que teríamos não passaria de uma figura de tentativa de roubo (art. 157, c/cart. 14, II, CP). (...) Os tipos penais de mera conduta, cuja maioria é apenado com maior abrandamento; em compensação, o juízo de reprovabilidade que sobre eles recai tem sua tônica assentada no desvalor da ação, antecipando-se, assim, a tutela penal do bem jurídico.” SIQUEIRA, Geraldo Batista de et. al. op. cit., p. 54.

⁴⁵⁸Id. Ibid., p. 53.

⁴⁵⁹Cf. preleção sobre relação entre crimes materiais e crimes de lesão ou de perigo: “En los delitos de resultado clásicos, el resultado típico consiste en la lesión del objeto de bien jurídico protegido por el delito respectivo. Pero también la puesta en peligro de un objeto de bien jurídico es un resultado a ser causado por una acción, de modo que no solo los delitos de lesión, sino también los **delitos de peligro concreto** constituyen delitos de resultado. Además, el resultado requerido en el tipo de un delito no necesariamente tiene que afectar el bien jurídico protegido, sino que también puede consistir en la modificación perjudicial de otro objeto. Por ello, también los **delitos de peligro abstracto** pueden ser, en absoluto, delitos de resultado”. FRISTER, Helmut. *Derecho penal*: parte general, cit., p. 170.

O crime de mera conduta ou de simples atividade limita-se à narração de uma conduta que não abarca qualquer resultado naturalístico, ou seja, este resultado nunca poderia vir a acontecer, seria pois, sem resultado. Importa salientar, de novo que, ao examinar um tipo penal de mera conduta, não há necessidade de qualquer indagação sobre se o resultado produzido foi ou não causado por meio daquela ação imputável.

A título de finalização portanto, *a contrario sensu*, tem-se a figura da tentativa que, nada obstante carecer do resultado, colocara o bem jurídico em risco, com a quase realização do tipo penal, na tentativa idônea, ou ainda, causara uma comoção jurídica que se não acarretara o resultado, induzira a uma perturbação da paz social, na dita tentativa inidônea⁴⁶⁰⁴⁶¹.

⁴⁶⁰Cf. as teorias fundantes da tentativa em ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, cit., p. 371 e ss.

⁴⁶¹Em regra, os delitos formais e de mera conduta são unissubsistentes e pois, inadmitiriam a tentativa. Já os crimes materiais, com distanciamento ação e resultado, são plurissubsistentes e assim, admitem a tentativa. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 254.

6. ANTEPROJETO DE LEI DO CRIME DE BIOPIRATARIA

6.1. Anteprojeto de Lei

6.1.1. Artigos de Lei

ANTEPROJETO DE LEI DO CRIME DE BIOPIRATARIA

Disciplina as sanções aplicáveis às condutas lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e dá outras providências.

CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º. Este Anteprojeto de lei disciplina as sanções aplicáveis às condutas lesivas ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado, à repartição dos benefícios e à concessão de direito de propriedade industrial.

CAPÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO GENÉTICO

Art. 2º. Acessar ou por qualquer outro meio identificar componente do patrimônio genético, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena - prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem coletar, ou por qualquer outro meio remover ou ainda, armazenar espécime vegetal, animal ou microbiana, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

§ 2º. Acessar ou por qualquer outro meio identificar componente do patrimônio genético, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena - prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 3º. Nas mesmas penas incorre quem coletar, ou por qualquer outro meio remover ou ainda, armazenar espécime vegetal, animal ou microbiana, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

§ 4º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 3º. Usar componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Usar componente do patrimônio genético, para fins econômicos, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º. Usar componente do patrimônio genético, para fins de obtenção de direito de propriedade industrial, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 3º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 4º. Remeter ou por qualquer outro meio transportar para o exterior componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 5º. Deixar de repartir justa e equitativamente os benefícios monetários ou não resultantes do uso de componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

CAPÍTULO III – DOS CRIMES CONTRA O CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

Art. 6º. Acessar ou por qualquer outro meio obter conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Acessar ou por qualquer outro meio obter conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 7º. Divulgar ou transmitir conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

CAPÍTULO IV – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Art. 8. Falsificar ou alterar, por qualquer meio, documento utilizado para prova de fato que permita o acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem falsificar ou alterar, por qualquer meio, documento utilizado com o propósito de simular o cumprimento de obrigações derivadas do acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

§ 2º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 9. Omitir declaração que deveria constar, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, declaração falsa em documento utilizado para prova de fato que permita o acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incide quem omitir declaração que deveria constar, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, declaração falsa em documento utilizado com o propósito de simular o cumprimento de obrigações derivadas do acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

§ 2º. Omitir a origem de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, origem falsa em publicação ou transmissão ou qualquer forma de divulgação.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 3º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 10. Destruir ou ocultar, por qualquer meio, documento de que não se podia dispor em conformidade com a legislação vigente e com a autorização obtida de acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 11. As penas cominadas nos artigos 8, 9 e 10 aumentam-se em até a metade, se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo.

Art. 12. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões de acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios.

Pena: prisão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 13. Deixar de cumprir as medidas determinadas pelo Poder Público destinadas a impedir ou minimizar o dano à diversidade biológica decorrente do acesso a componente do patrimônio genético.

Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

CAPÍTULO V – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 14. As penas cominadas nos Capítulos II, III e IV aumentam-se em até a metade, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra espécies de endemismo estrito;

II - contra espécies constantes da lista oficial da fauna e da flora brasileiras ameaçadas de extinção e dos Anexos I e II da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES;

III - em áreas protegidas ou

IV - em qualquer outra situação que cause perigo de dano grave à diversidade biológica.

CAPÍTULO VI – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 15. Esta lei entra em vigor após decorridos noventa dias de sua publicação oficial.

Art. 16. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições da Lei dos Crimes Ambientais, do Código Penal e do Código de Processo Penal.

6.2.1. Justificativa

Este Anteprojeto propende, sob o prisma do Direito Penal, a coibir a Biopirataria percebida *prioritariamente* como o acesso irregular ao Patrimônio Genético. Noutros termos, Biopirataria consiste no ato de aceder ao Patrimônio Genético em desrespeito às diversificadas normativas ambientais, atingindo pois, o Direito à Biodiversidade.

Versa então, sobre mote de elevada acuidade, qual seja, a proteção do Patrimônio Genético cuja assolação estará a tocar a vida de todas as espécies na Terra; afinal, a diversidade biológica constitui fundamental suporte tangível para os seres vivos e fonte intangível de soluções técnicas.

Ostenta como pressupostos basilares a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, tendo-a ratificado (Decreto Legislativo nº 02/1994) e promulgado (Decreto nº 2.519/98) e ainda, a Constituição Federal do Brasil de 1988 que prenotou capítulo próprio ao meio ambiente - Capítulo VI, Título VIII (“Da Ordem Social”) - estabelecendo em seu artigo 225, *caput*, que: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo 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*” e, mormente no que concerne ao fulcro do Anteprojeto, o inciso II do parágrafo 1º do mesmo dispositivo que assim prediz: “*Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”.

Há ainda, todo um arcabouço jurídico que disciplina o tema composto sobretudo pela Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de Agosto de 2001, implementada por meio dos Decretos nº 4.946/03 - que altera o Decreto nº 3.945/01 - e nºs 5.459/05, 6.159/09 e 6.915/09 e das resoluções – atualmente no número 35 - e das seis orientações técnicas do CGEN.

Entretanto se observa, em termos pragmáticos, insuficiência dos recursos acionados. De verdade, é inexecutável a estimativa do *quantum* o Brasil é despojado com a Biopirataria, maiormente com a prática do patenteamento em âmbito internacional.

E assim, visando suprir esta lacuna, oferta-se o presente Anteprojeto.

Cuida-se de reconhecer a imprescindibilidade da proteção de um novel bem jurídico, qual seja, a Biodiversidade, em seara penal.

Por isto mesmo, este Anteprojeto não se cinge a elementares ajustes de outras leis penais que precariamente são empregadas, mas sim, de um original sistema cujo tópico é a tutela da Biodiversidade.

De sabença, pugnar por uma proposta de edificação de uma nova figura penal ambiental pode redundar em acerbas críticas quanto ao simbolismo do Direito Criminal e quanto à existência de bens jurídicos supraindividuais, contudo, a obediência a rígidos critérios de técnica redacional, com composição de estilo claro a obstar ambiguidades, e ainda, com emprego de todo o instrumental normativo em absoluta harmonia com o Princípio da Legalidade, dá supedâneo ao Anteprojeto.

Não se olvida entretanto, que há concomitante urgência de uma poderosa materialização da Política Nacional do Meio Ambiente, de uma vigorosa atuação da Polícia Judiciária, de uma cônica cátedra Julgadora e de uma Governança Ambiental global.

Destarte, o Anteprojeto pretende abolir, com o manejo do Direito Penal Ambiental, o Acesso Irregular ao Patrimônio Genético.

Recorda-se contudo que existe um perigoso entorno que bem assim deve ser obstaculizado, consistente no Acesso Irregular ao Conhecimento Tradicional *Associado* e em outros comportamentos também prejudiciais ao Patrimônio Genético, *ad exemplum*, uso, remessa para o exterior, transporte e armazenamento, não repartição dos benefícios, divulgação do Conhecimento Tradicional associado e, enfim, condutas contra a Administração da Biodiversidade.

O Anteprojeto veicula Infrações contra o Patrimônio Genético, contra os Conhecimentos Tradicionais Associados e contra a Administração da Biodiversidade.

Convém realçar por derradeiro que, esta propositura traz singela pretensão de inaugurar os debates sobre um tipo penal principal de Biopirataria e, por deslinde, sobre a reestruturação de todo o aparelho vigente.

São Paulo, dezembro de 2012.

6.2. Comentários acerca do Anteprojeto de Lei do Crime de Biopirataria

1. ANTEPROJETO DE LEI DO CRIME DE BIOPIRATARIA⁴⁶²

Alcança-se este ponto com a certeza da imprescindibilidade de um tipo penal para a conduta de Biopirataria.

Nada obstante se saber que todo o arcabouço político-jurídico é igualmente ressaltante para tentar refrear tal prática, o manejo do Direito Penal e sua coação sancionatória na tutela dos bens jurídicos capitais, o faz de relevo incontestável. Noutros termos, não se pode refutar a existência de um comportamento censurável dito Biopirataria que reclama vedação também no âmbito criminal.

Para relembrar, a conceituação de Biopirataria já fora dada pelo Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED). Destarte:

"Biopirataria consiste no ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações Unidas sobre Diversidade Biológica). A Biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos"⁴⁶³.

⁴⁶²EPÍGRAFE (cf. artigos 3º, inciso I e 4º. da LC 95/98 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, consoante determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal).

⁴⁶³AMBIENTE Brasil. *Biopirataria na Amazônia*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/amazonia/floresta_amazonica/biopirataria_na_amazonia.html>. Acesso em: 28 out. 2011. "O Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento - IDCID resultou da integração das atividades, em outubro de 2003, do IBDCI - Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional e do CIITED - Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, Tecnologia da Informação e Desenvolvimento, entidades criadas respectivamente por professores e acadêmicos das Faculdades de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade de São Paulo (USP). É uma associação civil sem fins lucrativos, apartidária, que tem por finalidade a promoção da pesquisa e de estudos na área do Direito do Comércio Internacional, pautando-se pelos princípios fundamentais do estímulo ao comércio internacional, da inserção seletiva do Brasil no processo de trocas globais e da maximização da geração e distribuição de riquezas". INSOUTH. Disponível em: <http://www.insouth.org/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&sobi2Id=204&Itemid=68>.

Um acentuado parêntese: segundo Nuno Pires de Carvalho, à época, Chefe da Seção de Recursos Genéticos, Biotecnologia e Conhecimentos Tradicionais Associados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) em entrevista intitulada “Em defesa da biodiversidade”, a OMPI estaria substituindo o termo Biopirataria por Biogrilagem, primordialmente porque, na falta de uma legislação de acesso, não haveria ilegalidade na exploração dos recursos genéticos. Inda, mesmo com a citada legislação, a ilegalidade dar-se-ia apenas no país da coleta desaprovada e não no país da patente do bioproduto. Por fim, a palavra pirataria, desde o advento do Acordo Trips, aplicar-se-ia para denominar alguns tipos de infração dos direitos de autor, não incluindo marcas e patentes. Assim: “sugere-se que a qualificação mais apropriada para esses atos seria a de *biosquatting*, que poderia ser traduzida por biogrilagem. *Squatting* significa a reivindicação privada de terras que pertencem a outrem ou que são de domínio público. Também designa simplesmente ‘invasão’ ou ‘ocupação’ de propriedade imóvel e não são necessariamente ilegais, pois pode haver lacunas na lei que acabam por ‘legitimar’ a ocupação privada de terras públicas”⁴⁶⁴.

Tal ilação supra no que tange ao *nomen iuris* (ou título do crime que perfaz-se a partir dos elementos constitutivos do crime e de suas circunstâncias) contudo, não parece a melhor no caso em tela porque conforme prontamente visto há sim, legislação acerca da temática. Deste modo, opta-se pela terminologia mais conhecida, qual seja, Biopirataria⁴⁶⁵.

Por derradeiro, com fulcro na Convenção sobre Diversidade Biológica, vê-se a importância da elaboração de uma legislação protetora da Biodiversidade:

“Artigo 14(1)(b) da Convenção sobre Diversidade Biológica: Avaliação de Impacto e Minimização de Impactos Negativos

1. Cada Parte Contratante, na medida do possível e conforme o caso, deve:

(...)

b) Tomar providências adequadas para assegurar que sejam devidamente levadas em conta as consequências ambientais de seus programas e políticas que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica.”

⁴⁶⁴CARVALHO, Nuno Pires de. Em defesa da biodiversidade [Entrevista]. *Revista Pesquisa FAPESP*, ed. 84, p. 17-20, fev. 2003. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=2061&bd=1&pg=2&lg=>>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

⁴⁶⁵Importa realçar que esta opção de nomenclatura tem respaldo inclusive nas diretrizes apostas no artigo 11, inciso II, alínea “a” da LC 95/98.

2. Disciplina as sanções aplicáveis às condutas lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e dá outras providências⁴⁶⁶.

Interessa destacar que se principia com uma brevíssima anotação do que se deva entender por “condutas *lesivas* ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

Noutras palavras, sob o manto de uma sociedade pós-moderna, de riscos, tem-se, por vezes, a instrumentalização da normativa penal, como já dantes visto, ou pela via da Norma Penal em Branco ou pela dos Crimes de Perigo Abstrato. Esta última, faz-se a partir do instante da inexistência de certezas científicas, isto é, da incidência, em verdade, do princípio da precaução. Nesta categoria dos crimes de perigo abstrato há inúmeras tendências díspares quanto à sua natureza, partindo daquela primordial que os considera como delitos formais, isto é, cuja prática da conduta descrita em lei já é o bastante para sua configuração, passando por aquela que os tem como delitos de lesão, isto é, já se conformam como reação do Estado pela inobservância de padrões mínimos e, alcançando sua qualificação como delitos de periculosidade uma vez que portariam um conteúdo de injusto. Destarte, para dar uma resposta a tal situação, parte-se da figura dos Crimes de Perigo, sob o aspecto do instante de concretude desses crimes. Ademais, uma utilíssima distinção é aquela dos crimes de perigo abstrato-concreto, cuja premissa é de que alguns tipos penais restariam por não se enquadrar na modelar bipartição; afinal, não implicavam concreta ameaça ao bem jurídico mas todavia, não se limitavam a mera descrição formal da conduta criminosa. Lembrando que os delitos de perigo abstrato-concreto não reclamam real perigo apartado em termos espaciais e temporais da ação todavia, a ação necessita sim, do perigo, não se satisfazendo simplesmente com a prática desrespeitosa da normativa.

Tudo isto é asseverado para fazer-se perceber que quando do emprego da terminologia “condutas lesivas” muito ainda advirá por debater, não se pretendendo com tal, cerrar os sugeridos tipos penais em crimes de dano ou de lesão.

O tema desta proposta de lei é afinal, o crime de Biopirataria.

Numa singela abreviação, quer-se abolir o Acesso Irregular ao Patrimônio Genético. Há contudo, um perigoso entorno que bem assim deve ser obstaculizado,

⁴⁶⁶EMENTA (cf. artigos 3º, inciso I e 5º. da LC 95/98). Cinge-se a um resumo destacado de que trata a proposição.

consistente no Acesso Irregular ao Conhecimento Tradicional *Associado*; em outros comportamentos novamente prejudiciais ao Patrimônio Genético, *ad exemplum*, uso, remessa para o exterior, transporte e armazenamento, não repartição dos benefícios, divulgação do conhecimento tradicional associado e, por fim, condutas contra a Administração da Biodiversidade.

Ainda, a título de outras considerações gerais, resgatando-se a preleção de Belén Mayo Calderón⁴⁶⁷ que distingue Bem Jurídico, Objeto do Bem Jurídico e Objeto da Ação, tem-se a seguinte proeminente divisão:

- Bem Jurídico: Biodiversidade;
- Objeto do Bem Jurídico: Diversidade Biológica;
- Objeto da Ação: Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional *Associado*.

No que concerne à redação da Ementa, elege-se a composição acima, “concisa”,⁴⁶⁸ em detrimento daquela disposta na Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001:

“Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências (g.n.)”.

Aliás, repele-se a palavra “proteção” atrelada ao conhecimento tradicional associado, por questão de técnica redacional e principalmente, não se utilizará, neste instante, o neologismo Biosociodiversidade ou a expressão Sociodiversidade porque o enfoque final do Anteprojeto é o Patrimônio Genético e não as demais informações e práticas das comunidades tradicionais ou mesmo a Sociodiversidade, não se olvidando porém, a imbricada ligação entre Patrimônio Genético e Comunidades Tradicionais.

Continuando, “a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização” ao mesmo tempo não é adotada nesta Ementa porque tal contexto, *prioritariamente*, sucede quando da exploração econômica e é decorrente dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição dos Benefícios, não constituindo, por óbvio, o Bem Jurídico tutelado que, este sim, deve ser especialmente mencionado neste momento.

⁴⁶⁷MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos, cit., p. 360-361.

⁴⁶⁸Conferir novamente as diretrizes do artigo 5º da LC 95/98.

3. CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES⁴⁶⁹

Cuida-se de apor um primeiro artigo com o objeto da lei e seu campo de aplicação.

De fato, o que se pretende é evitar que haja mais de uma matéria a ser tratada na proposição. Tal inteligência é obrigatória aliás, pelo artigo 7º. da LC 95/98. Após, vem a parte normativa propriamente dita, isto é, de conteúdo substantivo.

4. Art. 1º. Este Anteprojeto de lei disciplina as sanções aplicáveis às condutas lesivas ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado, à repartição dos benefícios e à concessão de direito de propriedade industrial.

Um aporte é cogente.

Ao reverso da Ementa que deve primar pela concisão, aqui, preleciona o já mencionado artigo 7º. da LC 95/98, agora em seu inciso III, a indispensabilidade de uma maior precisão quando se põe a falar do “âmbito de aplicação da lei”.

Considerando-se pois, que a Biopirataria oferta quatro dimensões como alhures dito - recurso genético obtido sem a autorização do detentor, conhecimento tradicional *associado conseguido sem conhecimento prévio fundamentado, benefícios alcançados pela utilização do recurso genético e do conhecimento tradicional associado não repartidos de forma justa e equitativa e por fim, recursos biológicos protegidos sem respeito aos critérios de patenteabilidade* – *opta-se então, por uma narração da totalidade do fenômeno Biopirataria.*

Neste sentido, vale observar o Projeto Legislativo de Ricardo Trípoli que cuida de inovar nas prescrições administrativas em face da MP regente e de forma geral, indica o *fulcro de toda a preocupação* quanto ao fenômeno da Biopirataria. Veja-se:

Art. 30-A. Consideram-se infrações administrativas, sem prejuízo das demais violações às normas desta Medida Provisória: I. acessar componente do patrimônio genético e/ou conhecimento tradicional associado sem comunicar o órgão competente ou sem a licença exigida; II. remeter para instituição estrangeira, no exterior amostra de componente do patrimônio genético em desacordo com as exigências previstas nesta Lei; III. deixar de repartir, quando existentes, os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir do acesso a amostra do patrimônio genético ou do

⁴⁶⁹Em consonância com o disposto nos artigos 3º, inciso I e 10, inciso VIII, LC 95/98.

conhecimento tradicional associado; IV. prestar falsa informação ou omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de pesquisa, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico relacionada ao patrimônio genético, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa; V. omitir a origem de conhecimento tradicional associado em publicação, registro, inventário, utilização, exploração, transmissão ou qualquer forma de divulgação em que este conhecimento seja direta ou indiretamente mencionado; VI. omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de acesso a conhecimento tradicional associado, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa.

5. CAPÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO GENÉTICO⁴⁷⁰

É afinal, o fulcro da lei. Aquilo que se almeja proteger em primeira e última instâncias. Trata-se do objeto da ação cuja tutela é fundamental para a preservação da Biodiversidade.

Recordando que, a Constituição Federal do Brasil destinou espaço próprio ao meio ambiente - Capítulo VI, Título VIII (“Da Ordem Social”) - estabelecendo em seu artigo 225, *caput*, que: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo 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*”. E, especialmente no que concerne ao objeto da tese, vale transcrever o inciso II do parágrafo 1º do mesmo dispositivo que assim prediz: “*Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”.

Vale salientar todavia, que existe alargamento desta visão acerca de Soberania sobre Patrimônio Genético. Assim, no Regimen Comun De Acceso A Los Recursos Geneticos - Decision 391 De Los Paises Del Pacto Andino, em seu Título IV Principios e Capítulo I De la soberania sobre los recursos geneticos y sus productos derivados, conforme se depreende, ilustra o Poder Soberano não apenas sobre o Patrimônio Genético *mas sobre “seus produtos derivados”* em inegável extensão.

Prefere-se a expressão “Patrimônio Genético” definida no artigo 7º, inciso I da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 como: “informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico,

⁴⁷⁰ Aqui enfim, inicia-se a Parte Normativa do Anteprojeto (Cf. artigo 3º, inciso II da LC 95/98).

microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva” àquela preferencialmente usada na Convenção sobre Diversidade Biológica - RECURSOS GENÉTICOS e pois, sua regulação ACESSO AOS *RECURSOS GENÉTICOS* - porque esta última nomenclatura parte da premissa da existência de um valor potencial ou real mas apenas de cunho econômico, olvidando-se dos demais. Veja-se a conceituação do termo no artigo 2º. da CDB: “Recursos genéticos significa material genético (leia-se: todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade) de valor real ou potencial”.

Também, não se coloca a palavra Biodiversidade, afinal, esta pode ser atacada de outras formas, como se pode notar do Preâmbulo da CDB. Atente-se: “sensível redução da diversidade biológica causada por determinadas atividades humanas”.

6. Art. 2º. Acessar ou por qualquer outro meio identificar componente do patrimônio genético, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁷¹.

Este artigo traz a primeira noção de ataque ao Patrimônio Genético, qual seja, seu acesso irregular, neste caso, para fins de pesquisa.

Consoante todo o exposto, trata-se de um primeiro passo para a perpetração da Biopirataria que suprime, por fim, a Biodiversidade.

⁴⁷¹ Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “acessar”, cuja concepção já fora devidamente anotada ou “identificar” componente do patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a pesquisa científica. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 4º. Consumação: Com a obtenção do patrimônio genético. Não admite tentativa, em tese. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Pretende-se pois, com a conduta supra, identificar uma informação genética e traçar investigações científicas sobre ela, realce-se, tudo em contrariedade às normas ambientais protetivas.

Posteriormente, pode haver ou não, uma inovação tecnológica e, por conseguinte, o patenteamento seja do próprio processo seja do produto.

A Biopirataria pode atingir, de forma irremediável, a preservação da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos genéticos. Assim, a imponderação num esgotamento da Biodiversidade é temática digna de tutela penal na medida em que o desenvolvimento de novos processos biotecnológicos urgentes à provisão de bens e serviços, ordenam um regular acesso ao patrimônio genético.

Importa aqui fazer referência a ímpar dispositivo do Código Penal Peruano que traz coibição para a Biopirataria. Veja-se:

Artículo 308-D.- Tráfico ilegal de recursos genéticos

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.

La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.

Como se notará no decorrer do Anteprojeto em tela, a maioria dos núcleos verbais deste único enquadramento alienígena também tem espelho na proposição em tela (conferir, por exemplo, nas próprias expressões armazenar e transportar, ou ainda para exportar em sua versão “remeter para o exterior”). Optando-se por enfatizar aqui, na realidade, mais o contexto do acesso irregular que condutas outras de natureza objetiva que certamente redundarão no citado acesso irregular.

Por final, resta anotar a interessante previsão do apenamento para o *financiador das atividades ilícitas* ou do “cabeça”.

Quanto ao organizador, não se pode olvidar que existiria a incidência da prescrição do artigo 29 do nosso Diploma regente para aquele que de qualquer modo concorrer para o crime, passível de aplicabilidade para o dirigente de toda a operação.

Já no que concerne ao financiador permanecem dúvidas sobre sua real eficácia como um tipo penal.

Retornando à propositura, tem-se o núcleo verbal “Acessar”.

Principia-se pelo emprego do verbo Acessar, que como será visto a seguir, distingue-se, nesta hipótese, de Coletar.

Consoante o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Acessar significa “Estabelecer comunicação com um computador ou com um dispositivo a ele ligado, para obter informação ou usar certos recursos disponíveis”⁴⁷². Assim, à primeira vista, não ostentaria significação condizente ao tipo legal.

Por outro lado, na verdade, o “Acesso ao Patrimônio Genético” está mui bem explicitado no artigo 7º, inciso IV da MP n. 2186-16, de 23 de agosto de 2001: “Obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza”. Caracteriza-se pela atividade efetuada por pessoa após a obtenção de amostra em campo, isto é, após a coleta.

E, aprofundando-se um pouco mais, sob a batuta do artigo 1º da *Orientação Técnica nº 01/2003/CGEN*, entende-se por obtenção de amostra de componente do patrimônio genético, “a atividade realizada sobre o patrimônio genético com o objetivo de isolar, identificar ou utilizar informação de origem genética ou moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos seres vivos e de extratos obtidos destes organismos”.

Como dito, Acessar diferencia-se de Coletar.

Na Coleta tem-se, segundo artigo 6º, inciso VI da Instrução Normativa nº154/IBAMA, a “Obtenção de organismo silvestre, animal, vegetal, fúngico ou microbiano, seja pela remoção do indivíduo do seu hábitat natural, seja pela colheita de amostras biológicas”. É o simples ato de pessoa que obtém amostras em campo.

Noutras palavras, a coleta destina-se apenas a obter organismos ou mesmo amostra de material biológico. O acesso propõe-se a isolar, identificar ou utilizar informação de origem genética contida nos organismos ou nas amostras de material biológico coletados, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos organismos e de extratos obtidos destes organismos. A coleta cinge-se a mero ato de aquisição de amostras

⁴⁷² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 960 p.

de campo, diferentemente do acesso que subsume-se à etapa mais apurada.

Inclusive nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, há um que destaca esta diferença. Confira o PL 7.211/02:

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar (NOTE-SE A DISTINÇÃO), com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva (VER QUESTÃO DE ALARGAMENTO INDEVIDO DO TERRITÓRIO), para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ. (EM PRIMEIRO, PERCEBA-SE QUE SOMENTE DEFINIU ACESSAR E NÃO COLETAR, EM DESARMONIA À TÉCNICA REDACIONAL. POR OUTRO LADO, FICA A PERGUNTA SE TAL ATO DE DEFINIR NÃO ACABA POR ENGESSAR O TIPO PENAL NUMA SEARA DE RÁPIDAS MUTAÇÕES)."

No que concerne às proposições em trâmite, também há o PL 4.751/98 que traz a inicial prescrição normativa:

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

I – acessar (O QUÊ?), em desacordo com esta Lei (ESTA LEI REGENTE, EM VERDADE, NÃO CUIDARIA DAS NORMATIVAS AMBIENTAIS ESPECÍFICAS PARA O ACESSO REGULAR AO PATRIMÔNIO GENÉTICO, SENDO EQUIVOCADA POIS, A MENÇÃO), para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva (IGUALMENTE EQUIVOCADA A QUESTÃO DO TERRITÓRIO PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL).

Convém enfatizar que tanto a CDB quanto a MP regente destacam a importância de que este acesso se dê em respeito aos ditames do Estado soberano detentor do Patrimônio Genético (cf. notadamente Preâmbulo da CDB e artigo 2º. da citada Medida Provisória).

Um adendo: é de extremada valia e digníssimo de respeito o Projeto Legislativo centralizador de todas as proposições legislativas nesta seara, qual seja, o PL de Marina Silva.

Contudo, parece ele ter inegável eiva porque oferta numa única prescrição penal, diversificadas condutas, com a mesma resposta penal.

Parece assim, fragilizar aspectos importantes do tema e igualizar comportamentos absolutamente distintos, em detrimento de melhor técnica redacional, com distintos efeitos que receberão a mesma reprimenda. Veja-se:

*TÍTULO VI - DAS INFRAÇÕES E DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
E PENAS.*

Art. 56. A obtenção, comercialização e remessa para o exterior de recursos genéticos e produtos derivados, bem como a utilização de conhecimentos tradicionais, sem a autorização prevista nesta Lei, constituem crime punível com pena de reclusão de um a quatro anos e multa de até dez mil vezes a multa diária prevista no artigo seguinte (leia-se a ser estabelecida em regulamento pelo Poder Executivo). Parágrafo único. Em caso de reincidência a multa será aumentada até o dobro.

Perceba-se também que, na proposta emprega-se a expressão “ou por qualquer outro meio identificar”.

Consoante o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, meio significa, dentre outros, “recurso empregado para alcançar um objetivo, método, modo, maneira”⁴⁷³. Aqui pois, pretende-se perseguir situações equivalentes àquela contida na idéia principal posta no verbo “acessar”, isto é, objetiva-se pois, obstar a individuação irregular do patrimônio genético por qualquer maneira.

Identificar, lembre-se, advém do artigo 1º da Orientação Técnica nº 01/2003/CGEN que demarca obtenção de amostra de componente do patrimônio genético: “a atividade realizada sobre o patrimônio genético com o objetivo de isolar, identificar ou utilizar informação de origem genética ou moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos seres vivos e de extratos obtidos destes organismos”. (g.n.)

⁴⁷³FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

Assim, segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Identificar especifica-se como “Determinar a classificação científica de” ou ainda, “estabelecer a identidade de”⁴⁷⁴.

Prosseguindo. Como antes aludido, tem-se no Artigo 7º, inciso I da MP n. 2186-16 de 2001, o conceito de Patrimônio Genético. Lembre-se:

“informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva”.

Assim, parece ser apropriada a locação “Patrimônio Genético”, nada obstante se reconheça que existam argumentos de autoridade na direção oposta. Um destes, sem dúvida, concentra-se na fala da Senadora Marina Silva, em texto intitulado “Biodiversidade: Oportunidade e Dilema” quando assevera:

“Recursos Genéticos fora - Também largamente conhecido, o conceito de recursos genéticos, que também está na Convenção da Diversidade Biológica, nas legislações da Costa Rica, do Pacto Andino, das Filipinas, entre outros, também foi substituído por Patrimônio Genético. Da forma como está colocado na nossa normatização interna, significa simplesmente informação – mas que informação é essa? cepas de microorganismos? melhoramentos de sementes? conhecimentos tradicionais? que patrimônio é esse? é coletivo, é patrimônio líquido do proprietário, é cultural?”⁴⁷⁵.

Em que pesem as respeitáveis palavras da Parlamentar, elege-se a expressão Patrimônio Genético em detrimento de “Recursos Genéticos” porque, consoante previamente dito, parece que esta última expressão denota uma preocupação eminentemente econômica, que não se quer como única, relegando quaisquer outros valores ao termo “Material Genético” e assim, dentre estas duas possibilidades que sobejam – Patrimônio Genético, *de maior conhecimento* ou Material Genético, de menor divulgação – opta-se pelo Patrimônio Genético.

⁴⁷⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

⁴⁷⁵ SILVA, Marina da. Biodiversidade: oportunidade e dilema. Disponível em: <www.amazonlink.org/gd/diversidade/SenadoraMarinaPORT.doc>. Acesso em: 16 out. 2012.

Note-se que a própria Medida Provisória reportada emprega também a expressão “material genético” como sinônimo de Patrimônio Genético, em seu versículo 31: “A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso”.

Aliás, tal termo – material genético – é versado pela Convenção sobre Diversidade Biológica. Veja-se: “Art. 2. Material genético significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.

Vale um pequeno parêntese: diversamente das ponderações contidas na CDB, quando se refere ao material genético, a citada Medida Provisória entende o reino “fúngico” como espécime autônomo, não o colocando ao lado dos vírus e bactérias, como um terceiro elemento do reino microbiano.

Aqui neste Anteprojeto se seleciona sempre, uma escrita mais exaurida em prol dos princípios mais caros do Direito Penal, submetendo outras alterações à seara distinta do Direito Penal, em inegável eleição de Normas Penais em Branco, como já asseverado. Daí, todas as vezes que isto for possível, far-se-á a opção pela redação mais concisa, respeitando-se entretanto, a legalidade estrita do Direito Penal.

Destaque-se novamente que parece não haver necessidade de apor no tipo penal expressões mais longas como “acesso a *amostra de componente* do patrimônio genético” nos moldes do reiterado na MP n. 2.186-16, restando preferível a composição mais enxuta “acesso a patrimônio genético”, ou mais precisamente “acesso a *componente* do patrimônio genético”, a primeira porque a própria Medida Provisória emprega todas as formas, indiscriminadamente (consoante, por exemplo, preâmbulo e artigo 16), e a segunda porque a própria CDB fala do “acesso a Recursos Genéticos” (especialmente artigo 15), sem outras inclusões desnecessárias.

Caminhando um pouco mais. No inciso IV do artigo 7º, da MP, as tessituras sobre o Acesso são aqui incorporadas como núcleo a ser tutelado pelo tipo objetivo: “Obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza”. (g.n.)

Esta derradeira alusão “ou de outra natureza” assemelha-se vaga. Contudo, pelo que se depreende da leitura dos diplomas regentes, poder-se-ia imaginar outra aplicação econômica, por exemplo, comercial, sem a nota da industrialização e do patenteamento.

No que concerne ao final, por Patrimônio Genético, vale a referência já contida no artigo 3º. da aludida Medida Provisória que repele qualquer tergiversação sobre Patrimônio Genético Humano e daí, entende-se inclusive pela posterior desnecessidade de especificar quais aqueles que poderão ser acessados (animal, vegetal e microbiano): “Art. 3º. Esta Medida Provisória não se aplica ao patrimônio genético humano”.

De modo inclusivo, ao elaborar-se a sugestão legislativa, restou evidente o perigo de tentar definições estranhas ao Direito Penal. Assim, veja-se que além das considerações já feitas nos projetos legislativos, pode-se conferir o PL 7.211/02 que no *caput* do primeiro artigo indica todos os possíveis componentes a serem atingidos pelo acesso irregular e depois, no parágrafo primeiro, olvida-se do reino animal.

Um parêntese. Pergunta-se se seria importante anotar, no tipo penal, o lugar do cometimento do crime (cf. artigos 5º. 6º. e 7º. do Código Penal); afinal, se estaria a proteger a Biodiversidade Brasileira, como aliás, propugnado pelos já mencionados Projetos de Lei, PL 7.211 e o de redação mais minuciosa, PL 4.751 (*no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva*) ou, como se prefere aqui, neste Anteprojeto, conceber que se trata de previsão redundante.

No mais, o essencial a ser debatido é aquele outro ponto estabelecido nas outras disposições regentes, da previsibilidade do delito poder ser perpetrado na ZEE, consoante primordialmente artigos 1º e 7º. da Medida Provisória sempre citada, e ainda seu artigo 16, parágrafo 9º, inciso V, em que há indispensabilidade de anuência prévia da autoridade marítima, quando o acesso se der em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

A propósito, há anotação importantíssima. Conforme a Convenção do Mar: a Zona Econômica Exclusiva (200 milhas) e ainda, a Zona Contígua (24 milhas) oferecem proteção estatal para outros fins, mas não quanto à aplicabilidade das leis penais, restando incorreto pois, tal alargamento na previsão penal.

E avançando-se, quanto à Biodiversidade, mais especialmente aquela advinda de espécies exóticas, ponderando-se que, Acesso ao Patrimônio Genético, engloba todos os projetos de pesquisa ou atividades que utilizam: qualquer espécie de material biológico ou

genético seja ele animal, microbiano, fúngico ou vegetal *nativo ou domesticado* e Conhecimento Tradicional Associado (CTA) de comunidades indígenas ou locais, dispensando autorização pois, parece não restar dúvida que tais espécimes exóticas estão alijadas desta temática⁴⁷⁶.

Mister realçar todavia que, no PL da sra. Senadora Marina Silva, há inteligência diversa. É o que dispõe o artigo 7º:

Esta Lei se aplica aos recursos genéticos e seus produtos derivados continentais, costeiros marítimos e insulares ocorrentes no território nacional ou dos quais o Brasil é país de origem, assim como aos conhecimentos tradicionais associados das comunidades locais e populações indígenas, e às espécies migratórias que, por causas naturais, se encontrem no território nacional. (g.n.)

A sugestão em pauta ainda oferta a expressão “para fins de”. Conforme pontuado no item Tipo Subjetivo da tese, trata-se de categoria dogmática dita elemento subjetivo do injusto na Alemanha e dolo específico na Itália.

Na realidade, conforme alhures, cuida-se de um requisito psíquico ulterior ao dolo, conferindo incomum feição, exigida pelo legislador, ao tipo penal e que, se eliminado da tipicidade, poderia levar a uma ampliação ilegítima desta.

Em todas as proposições acerca do Acesso ao Patrimônio Genético, distinguem-se *três finalidades diversas: pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção*.

E especialmente no que toca às reprimendas quando de acesso irregular, depreende-se que há gradação em razão do fim deste mesmo acesso. Noutras palavras, há um aumento na desaprovação se o acesso deu-se somente para o fito de investigação científica ou se caminhou no sentido de uma exploração econômica.

Assim, inclusive as previsões contidas nos artigos 15 e 16 do Decreto regulamentador da regente Medida Provisória, Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005.

De igual maneira, partir-se-á da gravidade distinta embutida em cada uma destas atividades, nada obstante haja quem entenda insignificante tal diferenciação, segundo se pôde observar nos já mencionados Projetos de Lei 7.211 e 4.751.

⁴⁷⁶ACESSO ao Patrimônio Genético e/ou Conhecimento Tradicional Associado – CTA. Disponível em: <<http://www.prp.unicamp.br/patgen/acesso.php#acesso>>. Acesso em: 15 out. 2012.

Enfim, pode-se definir pesquisa científica como a “Realização concreta de uma investigação planejada que envolve um conjunto de procedimentos sistemáticos, baseados no raciocínio lógico, que tem por objetivo encontrar soluções para os problemas propostos, mediante o emprego de normas e métodos consagrados pela ciência”⁴⁷⁷.

Noutros termos, prima a Pesquisa Científica pela perquirição sistemática e crítica de fenômenos naturais com vistas à geração de novos conhecimentos.

Já na Orientação Técnica nº 4, de 27 de maio de 2004 do CGEN, explica-se o significado da expressão “desenvolvimento tecnológico”. Eis seu artigo 1º:

“Para fins de aplicação do disposto na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, entende-se por ‘desenvolvimento tecnológico’ o trabalho sistemático, decorrente do conhecimento existente, que visa à produção de inovações específicas, à elaboração ou à modificação de produtos ou processos existentes, com aplicação econômica”.

Noutras palavras, “Desenvolvimento de produtos e processos através de procedimentos autônomos ou pela efetiva absorção de novas tecnologias”⁴⁷⁸.

E por derradeiro, envergando o artigo 2º da Convenção de Diversidade Biológica, chega-se à definição de Biotecnologia como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. E ainda, no mesmo dispositivo, Tecnologia inclui Biotecnologia. Noutra letra, é o uso de conhecimentos sobre os processos biológicos e sobre as propriedades dos seres vivos, com o fim de resolver problemas e criar produtos de utilidade.

No artigo 7º. da vigente Medida Provisória, consta o significado de Bioprospecção. O conteúdo do inciso VII é “bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial”. Note-se que há a impressão da exploração econômica, em sua vertente comercial, embora pareça que isto não obste a igual aplicação industrial.

⁴⁷⁷PESQUISA Científica. *PATGEN* – *UNICAMP*. Disponível em: <http://www.prp.unicamp.br/patgen/definicoes.php>. Acesso em: 16 out. 2012.

⁴⁷⁸SEBRAE. Disponível em: <www.sebrae.com.br/customizado/inovacao/acesse/glossario>. Acesso em: 16 out. 2012.

Diante de todo o exposto, com as respectivas distinções, há escolha na direção de separar a finalidade puramente investigatória daquela com maior possibilidade de dano ao Patrimônio Genético porque envolve questão financeira e, assolamento dos recursos biológicos *a posteriori*. E é da primeira que se está a falar neste artigo.

E, para finalizar a elucidação de cada parcela deste artigo proposto, segue-se para infundável discussão sobre acessoriedade do Direito Administrativo e sobre norma penal em branco, distinguindo-se inda de Tipicidade Aberta.

Independentemente de todas as acerbas críticas a respeito, fez-se, *em primeiro*, um sentir pela redação “em desacordo com a legislação vigente”.

E tal se faz porque ao contrário de outras proposituras, aguarda-se que a alusão permaneça nas mãos do ordenamento jurídico como um todo e não, cingindo-se *exclusivamente* a um ato administrativo perfeito na autorização.

Assim, ao reverso do contido no Artigo 15 do Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005 - “Acessar componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica *sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida*” – pensou-se em pôr a expressão “em desacordo com a legislação vigente”. Seguindo no Artigo 16: “Acessar componente do patrimônio genético para fins de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida”.

Destarte, trocar-se-ia a expressão “sem autorização do órgão competente” por em “desacordo com a legislação vigente”, consoante aliás, redação idêntica àquela do PL 7.211/02.

Conveniente fazer referência à assumida adoção pelo termo sabidamente pleonástico mas costumeiro, qual seja, “vigente”.

Da mesma maneira, pelos mesmos motivos, repelem-se outras prescrições.

Há contudo, novas redações que insistem na fórmula que remete ao Executivo a complementação penal. Nesta linha, interessa fazer menção à escrita de versículo da Lei de Biosegurança: “Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, *sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização*”. (g.n.)

De novo, restaria uma pergunta: de fato, esta é a melhor redação?

No caso da Biopirataria aliás, existem acessos que sequer reclamam autorização, *ad exemplum*, aquelas eleitas nas Resoluções nº 21/2006/CGEN e 29/2007/CGEN.

A resposta crucial então, parece ser dada na própria normativa citada 21.

Em seus considerandos, explica que, em verdade, o principal objetivo da Medida Provisória nº 2.186-16 de 2001 é a garantia da repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostras de componentes do patrimônio genético e assim, se tais pesquisas, e resultados e aplicações neste mote do Patrimônio Genético não interferem, despidiend a qualquer autorização.

E daí, parece a mencionada normativa 21 sustentar a escolha da redação supra proposta no Anteprojeto. Assim se exprime no parágrafo 2º. do artigo 1º.:

“O critério estabelecido nesta Resolução tem a finalidade exclusiva de orientar o enquadramento destas atividades sob a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, *sem prejuízo do atendimento das exigências estabelecidas em outros instrumentos legais, bem como em tratados internacionais dos quais o Brasil seja Parte.*” (g.n.)

Aliás, um parêntese, que vale salientar: o tal órgão competente, passível pois de conceder a autorização, não necessariamente será o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (artigo 10 da vigente Medida Provisória – CGEN). De forma geral, assim sucede: a obtenção de autorização de acesso ao componente do Patrimônio Genético para a realização de pesquisa científica pode advir do IBAMA ou CNPq ou IPHAN, já para bioprospecção, do CGEN ou CNPq e enfim, para o desenvolvimento tecnológico, também do CGEN ou CNPq, independentemente da data e do local da coleta da amostra de material biológico do componente do Patrimônio Genético⁴⁷⁹.

Interessa ao final, apontar que com esta redação, obstaculiza-se altercação sobre dessemelhança de condutas e portanto, de penalidades para aquele que acessa irregularmente em virtude de não possuir nenhuma autorização – em desacordo com a legislação vigente - e aquele que acessa irregularmente porque em disparidade ao contido em sua autorização, legislado pois, em maior grau de concretude. A heterogeneidade não se apresenta de relevo afinal.

⁴⁷⁹ ACESSO ao Patrimônio Genético e/ou Conhecimento Tradicional Associado – CTA. Disponível em: <<http://www.prp.unicamp.br/patgen/acesso.php#acesso>>. Acesso em: 15 out. 2012.

Entretanto, não se pode olvidar que continua celeuma sobre consequências no campo penal de atos administrativos viciados. Note-se neste sentido, a solução advinda do Direito Penal Alemão:

Sección Vigésimonovena

Hechos punibles contra el medio ambiente

§ 330 d. Definición de conceptos

(...)

5. una actuación sin autorización, sin proceso administrativo o demás permisos: también es una actuación a raíz de una autorización, proceso administrativo u otro permiso obtenido por amenaza, soborno o colusión o captado por medio de datos incorrectos o incompletos.

Outra observação é aquela que diz respeito aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios. Noutras palavras, há quem entenda que se pode tipificar a Biopirataria se houver afronta ao contido nos respectivos acordos⁴⁸⁰. Ora, estes só aparecerão, na verdade, quando da perspectiva de uso comercial e assim, em primeiro, não estariam neste tipo penal. Atente-se para o parágrafo primeiro do artigo 19 da Medida Provisória em tela: “Sempre que houver perspectiva de uso comercial de produto ou processo resultante da utilização de componente do patrimônio genético será necessária a prévia assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios”

Em verdade, a melhor redação, após todo o exposto é aquela que conjugará as normativas ambientais e sua concretude formalizada numa autorização. Isto porque se faz o fortalecimento das normativas com as respectivas limitações do caso concreto.

Como alías, pugna a previsão dos crimes ambientais no Código Penal Alemão:

Sección Vigésimonovena

Hechos punibles contra el medio ambiente

§ 329. Puesta en peligro de áreas necesitadas de protección (...)

*(3) Quien dentro de un área de protección de la naturaleza, o de un parque nacional, o de una área asegurada provisionalmente, **en contra de disposición legal expedida para su protección o contra una prohibición ejecutiva***

⁴⁸⁰Cf. PL 4.751/98: Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético: I - acessar, em desacordo com esta Lei, para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva (...) II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos *em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios*).

Ver ainda, Projeto do Código Penal, que emprega aliás o aditivo “e”:

Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar: (ANTES, NO INCISO III DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 29 DA LCA, “SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE”).

Pena – prisão, de dois a seis anos.

§1º Aumenta-se a pena do caput de um sexto a um terço se houver intuito de lucro.

§2º Se a conduta visar à exportação, a pena será aumentada de um terço a dois terços. (g.n.)

Por final, da mesma maneira que o adjetivo “vigente”, no que concerne à legislação, não se furta a possível comentário acerca da palavra “obtida” que acompanha o substantivo autorização, cujo emprego faz-se apenas a título de melhor redação.

7. Pena - prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A resposta penal é temática de dificuldade ímpar.

Não seria desmedido dizer-se que falta absoluto critério para pensar e justificar os dias, meses ou anos de uma determinada infração penal.

Com maestria, conforme dito antes, Schünemann parte de uma concepção que, à margem da culpabilidade, enfrenta tal questão com a seguinte equação: valor do bem jurídico e intensidade criminal.

Com isto, deve-se relembrar e acrescentar ainda que, Biopirataria principia com um acesso irregular ao Patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional associado, passando por uma ausência de repartição justa e equitativa de benefícios e, findando com o patenteamento dos produtos ou processos aí obtidos.

Então, não seria despropositada a eleição destes quatro comportamentos como fundantes da sistemática de medição da pena, com as variantes internas escoradas pelo maior ou menor ataque ao bem jurídico posto.

Contudo, a problemática ainda não se encontra solvida.

Nada obstante ter-se em mente a necessidade de uma revisão integral no que concerne ao *quantum* de absolutamente todos os delitos, igualmente parece haver necessidade de uma coerência intrínseca ao quadro e daí, da mesma maneira parece sustentável partir-se do tipo penal homicídio (reclusão de seis a vinte anos) como parâmetro primeiro e principal para demais sanções.

Não se discutirá, de novo, a relevância singular do bem jurídico Biodiversidade, nem a intrincada altercação sobre sua autonomia e independência em face da proteção da vida, da saúde, da integridade da pessoa humana, mas sim, tão apenas, se porá uma fórmula matemática.

Nesta seara ainda, duas ponderações são indispensáveis.

Em primeiro, opta-se no decorrer das explicações acerca da pena, pelo absoluto repúdio aos ditames despenalizadores da Lei 9.099/95.

Não se quer a aplicabilidade, por princípio, da noção de infrações de menor potencial ofensivo neste campo, seja em virtude de todo o quanto já exposto sobre a relevância do Bem Jurídico, seja em razão das igualmente tecidas considerações sobre a falência normativa da LCA em face da Lei 9.099/95 [*lembrando: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Redação dada pela Lei 11.313/06*]. Bem assim, pretende-se, por opção, diante do já debatido ao longo da tese, repelir a incidência da figura da suspensão condicional do processo (*Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena*).

Destarte, cuida-se aqui de eleição que servirá de limite para a medição da pena. E, de novo, para fins didáticos, tal fronteira será repetida e repetida nos seguidos artigos, escolhendo-se assim, esta metodologia ao reverso de outra que poderia simplesmente numa única prescrição normativa, afastar a incidência das noções de infração de pequeno ou médio potencial ofensivo, *ad exemplum*, artigo 41 da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06.

Diante destes raciocínios ainda, mister sublinhar que, para o deslinde da questão *quantum* de pena, foram observadas leis tidas por assemelhadas, quais sejam, Lei dos Crimes Ambientais e Lei da Biossegurança.

A primeira dispensa maiores comentários. A segunda, Lei 11.105/05 por conta de sua preocupação com a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados – biotecnologia - e a pesquisa científica com células-tronco.

Tal similitude entremostra-se no fundamento constitucional dos dois temas em relevo. Veja-se o que diz o preâmbulo da Lei de Biossegurança:

“Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, (...)”.

E recorde-se que assim prescreve o artigo 225, da Constituição Federal:

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

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

(...)

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

(...)

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

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. (g.n.)

Ademais, convém sublinhar a identidade nas sanções administrativas previstas na Lei de Biossegurança e na MP regente da Biodiversidade.

E, por fim, vê-se toda temática penal nesta legislação, que contudo, oferta distintos núcleos verbais. Observe:

“CAPÍTULO VIII

Dos Crimes e das Penas

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:

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

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agravam-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa”. (g.n.)

Para a continuidade do raciocínio final da quantificação proposta de pena, foi visto o Decreto 5.459/05 regulamentador da Medida Provisória regente, que, não obstante não traga em seu interior quantificação de natureza penal, *por óbvio*, dá notas de distintos ataques ao bem jurídico, ao traçar as condutas passíveis de apenação no âmbito administrativo com as respectivas providências, fornecendo elementos para pensar sobre aquilo que já fora nomeado como “intensidade criminal”.

Depois, prosseguindo, vistoriam-se as proposições legislativas mais relevantes, quais sejam, o Código de Proteção ao Meio Ambiente, o Projeto Legislativo da Senadora

Marina Silva, o PL 4.751/98, o PL 7.211/02, o PL 4.184/04, o PL 6.794/06, e primordialmente, o novel projeto do Código Penal que não obstante ostente grande diferença com a totalidade da temática em tela, oferta grau de apenamento que servirá indubitavelmente como critério. Veja-se:

Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar

Pena – prisão, de dois a seis anos.

§1º Aumenta-se a pena do caput de um sexto a um terço se houver intuito de lucro.

§2º Se a conduta visar à exportação, a pena será aumentada de um terço a dois terços. (E O “EXPORTAR” JÁ PRESENTE NO CAPUT???)

Enfim, terminam os raciocínios no estudo do Direito Comparado.

A notar ainda que aqui já se emprega a novel tendência de desconsiderar a ineficaz distinção entre pena de reclusão e de detenção, pugnando pela pena de “prisão”.

Por opção, elege-se um patamar legal no que tange ao Crime de Biopirataria.

Não sem se aperceber de eventuais comentários por conta de paralelos com a já referida Lei da Biossegurança e por fim, seus patamares inferiores ao do presente Anteprojeto.

Depreende-se por outro lado que tal medição encontra-se em absoluta sintonia com aquela inovadora do citado projeto de Código Penal, parecendo em boa grandeza para iniciar a apenação do Crime de Biopirataria.

Aliás, mister salientar que o mencionado projeto legislativo guarda íntima relação com o inciso III, parágrafo 1º. do artigo 29 da LCA, cuja pena era pequeníssima diante da atual proposta, isto é, detenção de 6 meses a 1 ano e multa, refletindo pois, anuência a aumento de pena adotado no projeto de reforma do Código Penal:

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

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

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

III - durante a noite;

IV - com abuso de licença;

V - em unidade de conservação;

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§ 5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§ 6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca”. (g.n.).

Assim, tal inteligência viabiliza o *quantum* ora apresentado.

Por outro lado, são descartados todos os PL's citados eis que com sancionamento inferior ao sugerido.

Mesmo o projeto do Código de Proteção ao Meio Ambiente, que, *a priori*, traria pena superior, em verdade, não cuida desta previsão normativa – acessar - mas cuida de outra – artigo 3º, parágrafo 1º. do Anteprojeto - que terá pena diferente, e leia-se, superior:

TÍTULO XI – DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO V – DOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

SEÇÃO III – DA BIOPIRATARIA

Art. 481 Comercializar, introduzir ou retirar do país, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, espécies dos reinos animal, vegetal, fungi ou monera:

Pena: reclusão, de 3 a seis anos e multa

E, enfim, no que concerne ao Código Penal Mexicano, descarta-se do mesmíssimo modo, o grande termo final de sanção de nove anos. Observe-se ainda que, se há tentativa de reduzir em muito a discricionariedade judicial ao impor a reprimenda, com fulcro no Princípio da Legalidade e no Princípio da Igualdade, parece que a solução adotada, largueza nos limites mínimo e máximo da pena - de um a nove anos – é pois, resolução de eficácia duvidosa. Assim:

Artículo 417. – Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que introduzca al territorio nacional, o trafique con recursos forestales, flora o fauna silvestre viva o muerta, sus productos o derivados, que porten, padezcan o hayan padecido, según corresponda alguna enfermedad contagiosa, que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio a la flora, a la fauna, a los recursos forestales o a los ecosistemas.

Artículo 420. – Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

(...)

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte (...)

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales. (g.n.)

Ver neste mesmo sentido ainda, Código Penal do Peru:

Artículo 308-D.- Tráfico ilegal de recursos genéticos

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa.

La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza.

A inquietude com a pena privativa de liberdade não repele toda a digressão sobre os malefícios do cerceamento de liberdade. Também tal desassossego não olvida do entorno do tema, isto é, a imprescindibilidade de toda rede de apoio para a aplicação derradeira da legislação penal. E, dentro desta seara, tem-se a previsibilidade da pena de multa que pode sim, ser em muitíssimos casos, absolutamente vislumbrada como retributiva e preventiva, com feliz resultado ao que se pretende proteger, qual seja, o bem jurídico Biodiversidade.

8. § 1º⁴⁸¹. Nas mesmas penas incorre quem coletar, ou por qualquer outro meio remover ou ainda, armazenar espécime vegetal, animal ou microbiana, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁸².

Tendo então, como nota principal o acesso irregular, intera-se a primeira idéia da Biopirataria, com a questão da coleta e, do ponto de vista jurídico, quer-se que tal comportamento antecedente tenha autonomia infracional.

⁴⁸¹ Este parágrafo segue a diretriz da LC 95/98 que preleciona técnicas para a articulação e redação de projetos de lei com vistas, neste íterim, à manutenção de uma ordem lógica. Assim, pondera-se que cada artigo de lei deve cuidar de um único assunto e que os parágrafos devem complementar à norma fixada no “caput” (cf. artigo 11, inciso III, alíneas “b” e “c”).

⁴⁸² Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “coletar”, cuja concepção já fora devidamente anotada ou “remover” ou ainda “armazenar” espécime vegetal, animal ou microbiana, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a pesquisa científica. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 4º. Consumação: Com a obtenção do espécime vegetal, animal ou microbiana. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime material e crime de lesão.

Dentro de todo o exposto, não parece caber tal previsão num artigo em separado, restando ser em verdade, uma derivação típica, com a vantagem de evitar-se uma lacuna legal.

Não se olvide que tal opção vai de encontro àquela reservada no PL 7.211/02 que entende apor no *caput* do artigo 61-A, *ambos os verbos*; todavia, pelas razões expostas, pugna-se pela redação sugerida.

Aqui, lembre-se que se está a distinguir acesso de coleta.

E a título de complemento, em consonância com o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, tem-se o verbo Coletar, dentre outras, assim definido: “fazer coleta de”, “recolher” ou ainda, “colher (plantas), ou capturar (animais) para estudo”⁴⁸³.

Remover advém do artigo 6º, inciso VI da Instrução Normativa nº154/IBAMA. Na Coleta tem-se a “Obtenção de organismo silvestre, animal, vegetal, fúngico ou microbiano, seja pela remoção do indivíduo do seu hábitat natural, seja pela colheita de amostras biológicas”. (g.n.)

Por final, no Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa tem-se: “mover ou retirar para outro lugar”⁴⁸⁴.

O derradeiro núcleo verbal – ARMAZENAR - deve ser agregado à ideia para obstar a possibilidade de eventual impunidade daquele que sem ser o coletor, restou por participar da cadeia extrativa do Patrimônio Genético com irregulares fins.

Lembrando que armazenar tem o sentido de guardar, consoante o Dicionário Aurélio⁴⁸⁵.

Assim, partindo-se da conceituação supra, opta-se pela especificação dos espécimes, e não pela repetição da fórmula anteriormente empregada “Patrimônio Genético”.

Não se olvide da regra posta no artigo 11, inciso II, alínea “b” da LC 95/98 que determina a busca pela precisão lingüística nestes termos: “expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”.

Ora, depreende-se que substituir a expressão Patrimônio Genético por “espécime vegetal, animal ou microbiana” em verdade, confirma o significado do verbo coletar, não se tratando portanto de mero recurso estilístico.

⁴⁸³FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

⁴⁸⁴Id. Ibid.

⁴⁸⁵Id. Ibid.

E tal opção faz-se de acordo com a identidade terminológica aposta pela CDB.

A CDB aponta os espécimes passíveis de ataque pelos Biopiratas ao definir Material Genético em seu artigo 2º. Veja-se: “Material genético significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”. Aliás, arrazoa no mesmo artigo que “Ecossistema significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional”.

Um parêntese. Não se afasta todavia, a real ausência sobre definições técnicas uníssonas em relação a espécime microbiana.

Lembre-se ainda que não se está a falar de Recursos Biológicos como na CDB por conta da definição que esta passa, qual seja, “Recursos Biológicos compreende recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, *de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade*”, em virtude de uma nota mais utilitarista ou econômica que insere, distante pois, da acepção de “pesquisa científica”.

Nada obstante elege-se a composição acima, com pequena inversão para fazer jus a outro princípio da mesma lei regente, qual seja, a clareza.

9. § 2º. Acessar ou por qualquer outro meio identificar componente do patrimônio genético, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁸⁶.

Consoante já dito, há distinta proposta de apenamento porquanto prossegue-se na elevação do risco de afetação do bem jurídico, posto que agora se parte da premissa do acesso para fins de bioprospecção e biotecnologia, isto é, uma exploração econômica.

⁴⁸⁶Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “acessar”, cuja concepção já fora devidamente anotada, patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a bioprospecção ou a biotecnologia. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 4º. Consumação: Com a obtenção do patrimônio genético. Não admite tentativa, em tese. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Noutros termos, nada obstante já se estar em artigo de importância do Anteprojeto, neste instante, faz-se o enfoque primordial no combate à Biopirataria, qual seja, o de tentar refrear o Acesso Irregular ao Patrimônio Genético que terá como deslinde a bioprospecção ou biotecnologia.

Enquanto o acesso irregular está centrado em pesquisa científica, o Bem Jurídico Biodiversidade não sofre o ataque mais gravoso. Entretanto, quando tal acesso dá-se por questões outras de ordem econômica, indubitavelmente, o risco será de extensão superior.

Dentro de todo o esboçado, não parece caber tal previsão num artigo em separado, restando ser em verdade, uma derivação típica, com a vantagem de evitar-se uma lacuna legal, por exemplo, e ditando, a maior severidade do tema, recorrendo-se entretanto, ao tipo básico, sem marcar uma absoluta e larga autonomia.

Contudo, tendo em vista, a gravidade da conduta e sua finalidade distinta daquela aposta no *caput* parece ser de melhor técnica redacional a qualificação de tal prescrição normativa como se pode depreender do artigo 11, inciso III, alíneas “b” e “c” da LC 95/98⁴⁸⁷.

Já foram devidamente diferenciados os termos “pesquisa científica”, “desenvolvimento tecnológico” e “bioprospecção”.

Assim, apenas a título de reforço, deve-se recordar que a definição de Bioprospecção está depositada na MP 2186 (Art. 7º. VII - bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial) e aquela de Biotecnologia inserta na CDB (Art. 2º. Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica).

Lembrando ainda, por óbvio, que Biopirataria não se confunde com *Bioprospecção*, conceituada esta como “o método ou forma de localizar, avaliar e explorar sistemática e legalmente a diversidade de vida existente em determinado local, tendo como objetivo principal a busca de recursos genéticos e bioquímicos para fins comerciais”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷No mais, seguirá tal disposição tudo quanto já explicado nas notas de rodapé pertinentes ao *caput* do presente artigo e seu parágrafo 1º.

⁴⁸⁸HERINGER, Astrid. Os conhecimentos tradicionais associados e o acesso aos recursos genéticos: um estudo sobre a regulamentação da medida provisória nº 2.186-16/01, cit., p. 135.

E por derradeiro, sopesando a pujança da Convenção de Diversidade Biológica, prefere-se ao conceito de desenvolvimento tecnológico, aquele mais consentâneo à matéria em voga, qual seja, de Biotecnologia, repise-se, “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”, inclusive por conta de outra alusão que assim prevê “Tecnologia inclui Biotecnologia” (artigo 2º. da CDB).

10. Pena - prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Consoante justificativa do tipo qualificado, há um recrudescimento do risco de afetação do bem jurídico, porque o acesso se dará para fins de bioprospecção e biotecnologia, isto é, uma exploração econômica.

A título de parâmetro, pode-se ter em mente o parágrafo 1º. do artigo 389 do Projeto Legislativo do *Códex* Penal e assim, se chegará, por opção de aumento máximo, em virtude do valor do bem jurídico e intensidade criminal, a uma pena mínima de 3 anos e uma pena máxima de 8 anos.

E, perceba-se novamente que, de maneira diversa aos novos rumos noticiados, o novo PL 6.794/06 ainda guarda uma tradição de menor apenamento mesmo no caso de coleta *para fins econômicos*:

Art. 61-A. Coletar, transportar, guardar, entregar, obter, vender ou doar espécime da flora ou fauna nativas, parte ou produto dele ou substância dele derivada como princípio ativo, para fim comercial ou científico, sem a autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Aliás, tal PL tem aspecto reputado problemático, qual seja, a falta de diferenciação das finalidades que levariam o Biopirata a agir (“...para fim comercial ou científico...”), a nosso ver, móvel suficiente para distinguir, já no plano mais seguro do Poder Legislativo, a sanção penal.

11. § 3º. Nas mesmas penas incorre quem coletar, ou por qualquer outro meio remover ou ainda, armazenar espécime vegetal, animal ou microbiana, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁸⁹.

Repete-se, em termos, a redação do parágrafo 1º. mas com as distinções para melhor clareza.

Importa atentar para uma previsão inserta nestas assemelhadas prescrições dentro da linha comparativa com o Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005. Veja:

“§1º incorre nas mesmas penas quem acessa componente do patrimônio genético a fim de constituir ou integrar coleção **ex situ** para bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a autorização obtida”.

Em primeiro, mister definir tal circunstância.

Destarte, no artigo 2º. da Convenção sobre Diversidade Biológica tem-se que: “Conservação **ex situ** significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais”.

Ainda, no artigo 7º, inciso XIV da sempre citada Medida Provisória 2.186-16 tem-se: “condição **ex situ**: manutenção de amostra de componente do patrimônio genético fora de seu habitat natural, em coleções vivas ou mortas”.

De sabença que, o objeto da ação a ser tutelado é o patrimônio genético, destacado de seu local de acesso.

⁴⁸⁹Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “coletar”, “remover” “armazenar” cuja concepção já fora devidamente anotada, espécime vegetal, animal ou microbiana, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a bioprospecção ou biotecnologia. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 4º. Consumação: Com a obtenção do espécime vegetal, animal ou microbiana. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime material e crime de lesão.

Noutras palavras, uma subtração de um espécime com o fim de pesquisa ou bioprospecção, não seria independentemente do lugar, mero furto, mas indubitavelmente crime especial de Biopirataria.

Destarte, parece despicienda tal diferenciação feita no citado decreto.

Ainda, nesta mesma linha, depreende-se do projeto legislativo 4.751/98, o emprego da expressão “para si ou para outrem” que igualmente denota o acesso para finalidades distintas. Lembre-se: “Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético: I - acessar, em desacordo com esta Lei, *para si ou para outrem*, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva”.

A meu ver, não se depreende real precisão e, ainda, verdadeira eficácia na diferenciação colocada na expressão “para si ou para outrem”. Ora, de maneira indistinta há a figura do Biopirata que provoca risco ao bem jurídico independentemente de tal conduta ser perpetrada para si ou para terceira pessoa para constituir ou não coleção *ex situ*, etc. E penso ainda que, o maior vício na redação do tipo proposto pelo citado PL seria distinguir tais eventos, sem quaisquer resultados na seara da punição.

12. § 4º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Não só pode ser cometido culposamente como tendo em vista o gravíssimo bem jurídico atacado, deve ter esta modalidade prevista.

Todavia, depreende-se que em nenhuma propositura legislativa há a previsão da figura culposa. Também, em nenhum dispositivo de Direito Comparado. Apenas na LCA, lembre-se, tida por lei de referência, no que concerne aos crimes ambientais, há a previsibilidade do crime ser cometido culposamente e aí, duas soluções são adotadas ou simplesmente reduz-se a pena prescrita para o tipo penal objetivo doloso pela metade ou se imiscui em diversificações independentes de qualquer justificativa (cf, artigos 38, 38-A, 39, 40, 40-A, 41, 49, 54, 56 e 62).

Destarte, para manter um mínimo de coerência e coesão, não se furtando aos viáveis comentários, opta-se pela resolução da diminuição da reprimenda em metade.

13. Art. 3º. Usar componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁹⁰.

Esta sugestão de ditame normativo nasce de *própria* hermenêutica a partir da leitura de todo o texto da CDB e sobretudo, de seu artigo 15.7:

“Art. 15. 7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os arts. 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos arts. 20 e 21, para compartilhar de forma justa e eqüitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo”. (g.n.)

Veja-se ainda, no Preâmbulo da CDB: “Reafirmando, igualmente, que os Estados são responsáveis pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos”.

Destarte, quando das diretrizes acerca do Acesso aos Recursos Genéticos, a Convenção nomeia a possibilidade de compartilhamento dos resultados da pesquisa que não se confunde com aqueles benefícios decorrentes do uso comercial.

Assim, opta-se por, de novo, pontuar distintas circunstâncias: a primeira baseada em pesquisa científica mas agora situada em etapa seguinte ao acesso e outra,

⁴⁹⁰Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Ademais, não parece ser a hipótese de vedar-se àquele que acessou ou coletou irregularmente o patrimônio genético, para quaisquer fins, salvo bioprospecção ou biotecnologia (cf. tipos a seguir), também seu ingresso como autor da previsão normativa em tela, ou ainda, alterações sobre absorção. Parece, em verdade, ser caso de responsabilização em concurso. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “usar”, cuja concepção já fora devidamente anotada, patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com o uso efetivo do patrimônio genético. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monooofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

consubstanciada no uso do patrimônio genético para fim econômico, que aliás, será subdividido no próprio versículo (com aplicação comercial ou industrial).

Noutras palavras, elege-se a noção de que a conduta de usar não precisa ser necessariamente para fins econômicos (comerciais e industriais). Mesmo porque a CDB reitera a inquietação preconizada no artigo 10 que prediz a utilização sustentável dos componentes da diversidade biológica.

Ainda, confere-se Decreto 4.339, de 22 de agosto de 2002 que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade e assim rege:

“2. XIV - o valor de uso da biodiversidade é determinado pelos valores culturais e inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético”.

E, quando se refere à utilização sustentável dos componentes da biodiversidade: “12. Objetivo Geral: Promover mecanismos e instrumentos que envolvam todos os setores governamentais e não-governamentais, públicos e privados, que atuam na utilização de componentes da biodiversidade, visando que toda utilização de componentes da biodiversidade seja sustentável e considerando não apenas seu valor econômico, mas também os valores ambientais, sociais e culturais da biodiversidade.”

Destarte, principia-se a proposta com a palavra “usar”.

Por Usar, dentre outros significados, conforme o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, tem-se “fazer uso de” e “empregar”⁴⁹¹.

Opta-se por não perseguir outras condutas, *ad exemplum*, “ceder a outrem para que dele se utilize” (observe-se artigo 308 do CP que poderia servir de base para o núcleo verbal) porque se entende que tal comportamento já poderia estar abraçado anteriormente. Assim, pense-se no sujeito que coleta ou acessa patrimônio genético, e depois, remete para outrem.

Ainda, mantém-se a mesma terminologia “componente do patrimônio genético” e não, “*amostra de componente do Patrimônio Genético*” (PL 4.751/98. Art. 18: II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos ...) ou “*componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo*” (PL 7.211/02. Art. 61-B: Utilizar

⁴⁹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo: I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito), repetindo-se por conseguinte, a mesma ideia, no texto, com a mesma expressão.

E, uma derradeira observação: poder-se-ia dizer que, a título de outras searas, em outros campos do Direito, a distinção da finalidade do emprego do Patrimônio Genético não se faz de muita relevância, porém, não se pode olvidar que estamos diante do Direito Penal que deve sempre primar pela maior precisão possível. Daí, a opção pela diferença nos usos.

E, mais uma vez, é trazida a redação “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida”. Isto faz-se em razão do já explanado em termos de opção legislativa com sustento na irrefutável acessoriedade do Direito Administrativo na seara do Direito Penal Ambiental.

Bem assim, cuida, a meu ver, conforme já dito, de redação superior àquela limitativa sugerida no PL 4.751/98, em seu artigo 18, inciso II (*art. 18: II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios*).

Aliás, não se pode esquecer que esta última proposta legislativa faz alusão aos fins econômicos, conjuntura diversa da que está a se tomar no presente Anteprojeto porque, repise-se, há nítida separação entre os diversificados fins.

Do mesmo modo, parece aflorar com a composição do referido PL uma leitura absolutamente restrita e de eminente cunho civil, o que vai de encontro ao espírito da lei, primordialmente quando traz à baila o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios e o Termo de Transferência de Material.

Igualmente, a redação perfilhada faz-se elevada se comparada àquela outra recomendada no PL 7.211/02; afinal, alvitra-se redundante dizer que o emprego será para fim ilícito (*Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo: I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito*).

14. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Os mesmos apontamentos perpetrados no artigo 2º, *caput* deste Anteprojeto, *cum granus salis*, podem ser aqui aproveitados.

Vale dizer que se está diante dos grandes ataques ao Bem Jurídico Biodiversidade. E, nesta mesma toada, caminha a reprimenda.

Ainda, importa fazer referência aos PL's 4.751/98 e 7.211/02 que se expressamente mencionam a conduta “utilizar”, restam por não diferenciar os específicos fins da mesma, prevendo com uma pequena pena, o usar para fins econômicos – principal preocupação do tipo penal objetivo - situação esta que será no Anteprojeto somente referida nos parágrafos posteriores, inclusive com diferenciação entre fins comerciais e industriais, leia-se o patenteamento.

E, enfim, cogente é dizer que, conforme já explicitado na eleição de núcleos verbais para o Anteprojeto, por entendimento de absoluta inapropriedade e inconveniência, foram arredados comportamentos ditos de ausência na tradição do ordenamento brasileiro (produção de armas biológicas e afins).

Veja-se o primeiro PL:

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

(...)

II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)

(...)

IV - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana;

Pena: reclusão de quatro a oito anos e multa de R.000,00 (cinco mil reais) a R.000,00 (vinte mil reais).

V - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para o desenvolvimento de armas biológicas;

Pena: reclusão de doze a trinta anos e multa de R.000,00 (vinte mil reais) a R. 000,00 (cem mil reais). (g.n.)

Veja-se o segundo PL:

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa. (g.n.)

15. § 1º. Usar componente do patrimônio genético, para fins econômicos, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁹².

De novo, pretende-se ter tipo derivado autônomo e independente, com novel elemento típico, qual seja, “para fins econômicos”. Não parece ser o bastante mero aumento de pena mesmo porque se está a caminhar num aprofundamento da noção de Biopirataria que, enfim, culminará no parágrafo seguinte, com a obtenção de patente sobre o produto ou sobre o processo derivado do Patrimônio Genético.

Em verdade, repise-se, ambiciona-se maior agravamento de pena em razão da maior gravidade da conduta se houver utilização do patrimônio genético para fins econômicos ou, como faz alusão a Orientação Técnica nº 6, de 28 de agosto de 2008 do CGEN que elucida no artigo 1º o conceito de "potencial de uso comercial" para finalidade

⁴⁹²Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Ademais, não parece ser a hipótese de vedar-se àquele que acessou ou coletou irregularmente o patrimônio genético, para quaisquer fins, salvo bioprospecção ou biotecnologia (cf. tipos a seguir), também seu ingresso como autor da previsão normativa em tela, ou ainda, alterações sobre absorção. Parece, em verdade, ser caso de responsabilização em concurso. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “usar”, cuja concepção já fora devidamente anotada, patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, para fins econômicos. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com o uso efetivo do patrimônio genético. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monooofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

de acesso a componente do patrimônio genético. Assim:

“considera-se identificado o ‘potencial de uso comercial’ de determinado componente do patrimônio genético no momento em que a atividade exploratória confirme a viabilidade de produção industrial ou comercial de um produto ou processo a partir de um atributo funcional desse componente”.

Deve-se evidenciar que o Decreto regulamentador 5.459, de 07 de junho de 2005 também pugna pelo aumento de pena quando envolva finalidade econômica mas apenas, nas hipóteses de acesso:

“Art. 16. Acessar componente do patrimônio genético para fins de bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida:

§ 2º A pena prevista no **caput** será aumentada de um terço quando o acesso envolver reivindicação de direito de propriedade industrial relacionado a produto ou processo obtido a partir do acesso ilícito junto ao órgão competente.

§ 3º A pena prevista no **caput** será aumentada da metade se houver exploração econômica de produto ou processo obtidos a partir de acesso ilícito ao patrimônio genético”. (g.n.)

Trata-se de previsão única porque, recorde-se, não apresenta o decreto um específico tipo para os casos de “uso” do patrimônio genético.

Assim, restaria a indagação sobre se não deveria haver a citada previsão de aumento de pena por conta da finalidade nas presunções de acesso irregular no presente Anteprojeto exatamente na linha do aludido Decreto.

Ora, parece despicienda tal regulação porque com a distinta finalidade imbricada nos dois diferentes tipos (acesso com finalidade de pesquisa científica ou acesso com finalidade de bioprospecção e biotecnologia) já vem a penalização igualmente pertinente.

E mais, repise-se, o acesso é o primeiro passo para a etapa seguinte concretizada pelo uso que pode ser para simples investigação científica ou para comercialização e patenteamento. Destarte, parece lógico que em vista de tal peculiaridade, surja o *discrímen*.

No mais, outra não poderia ser a saída da proposta legislativa eis que o Decreto regulamentador não distingue acessar e usar, ou seja, não apresenta um tipo específico para usar.

No mais, veja o que dispõe a MP 2186-16, em seu Art. 2º : “O acesso ao patrimônio genético existente no País somente será feito mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Medida Provisória e no seu regulamento” e Art. 16 § 5º :

“Caso seja identificado potencial de uso econômico, de produto ou processo, passível ou não de proteção intelectual, originado de amostra de componente do patrimônio genético e de informação oriunda de conhecimento tradicional associado, acessado com base em autorização que não estabeleceu esta hipótese, a instituição beneficiária obriga-se a comunicar ao Conselho de Gestão ou a instituição onde se originou o processo de acesso e de remessa, para a formalização de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios”. (g.n.)

Tal transcrição se dá para sustento, em primeiro, do tipo objetivo “usar” e, em segundo, com as variantes tipológicas de acordo com os escopos.

O acesso ao Patrimônio Genético então, é o primeiro passo para o objetivo final dos biopiratas, qual seja, a utilização para fins econômicos deste mesmo patrimônio genético como produtos ou processos. Recorde-se o Decreto 5.459/05, art. 16, § 3º: “A pena prevista no caput será aumentada da metade se houver exploração econômica de produto ou processo obtidos a partir de acesso ilícito ao patrimônio genético”.

Vale sublinhar que, se põe a questão com peso diverso e não é cuidada como mero exaurimento do tipo penal.

E, por outro lado, mais uma vez, finca-se a pertinência de uma inquietude prévia consistente no “utilizar sustentavelmente seus componentes” (usar, comercializar, aproveitar) apostado na MP 2186-16, art. 2º. e *caput*.

Por derradeiro, mister recordar que, em muitos casos, pode haver sim, exploração econômica altamente rentável sem patenteamento e por outro lado, patentes que não coincidem com qualquer benefício econômico. Daí, se poderia cogitar da incorreção de colocar-se como conduta mais gravosa a obtenção de patentes com acesso irregular. Mas tal opção se faz aqui porque, de sabença, uma vez obtido o patenteamento, as custosas e de dificuldades técnicas exacerbadas demandas judiciais praticamente impediriam a nulificação das patentes, se é que tais seriam afinal, até mesmo descobertas por conta de todo o processamento tecnológico altamente sofisticado para tanto.

16. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Renova-se a elucidação contida nas explicações anteriores.

17. § 2º. Usar componente do patrimônio genético, para fins de obtenção de direito de propriedade industrial, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁹³.

Neste ponto, alcança-se o ápice da Biopirataria, qual seja, o Patenteamento.

Relembrando que, Biopirataria *stricto sensu* pode ser designada como: toda apropriação e uso não autorizados de material biológico e/ou de conhecimentos tradicionais associados, para fins de desenvolvimento e comercialização de produtos, podendo ou não envolver obtenção de direitos de propriedade intelectual.

Assim, seguindo a linha de recrudescimento de ataque ao bem jurídico, no interior do tipo penal “usar”, opta-se por apô-lo como um tipo autônomo ou qualificado.

De maneira assemelhada, socorre-se do Decreto 5.459/05, em seu art. 16, § 2º:

“A pena prevista no **caput** será aumentada de um terço quando o acesso envolver reivindicação de direito de propriedade industrial relacionado a produto ou processo obtido a partir do acesso ilícito (LEIA-SE, REDAÇÃO NO MÍNIMO CURIOSA NESTE PONTO: PODERIA TER-SE ESTA SITUAÇÃO SE O ACESSO FOSSE LÍCITO?) junto ao órgão competente”.

⁴⁹³Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Ademais, não parece ser a hipótese de vedar-se àquele que acessou ou coletou irregularmente o patrimônio genético, para quaisquer fins, salvo bioprospecção ou biotecnologia (cf. tipos a seguir), também seu ingresso como autor da previsão normativa em tela, ou ainda, alterações sobre absorção. Parece, em verdade, ser caso de responsabilização em concurso. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “usar”, cuja concepção já fora devidamente anotada, patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, para fins de obtenção de direito de propriedade industrial. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com o uso efetivo do patrimônio genético. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monooofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Deve-se tão somente ter cautela para não adiantar a incidência desta qualificadora, fazendo-a inaplicável por inarredável ilogicidade, qual seja, incidência do parágrafo 2º. já de antemão por conta de posterior causa de descoberta de patenteamento. Esta não é a razão de ser deste parágrafo!

Veja-se ainda a MP: “Art. 31. A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso”. (g.n.)

E, especialmente, a CDB:

“Art. 16. 5. As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção”.

Neste sentido, depreende-se que, nada obstante o Tratado Sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionado a Aspectos de Comércio (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) não exija a informação sobre a origem do Patrimônio Genético quando do Patenteamento, nossa legislação, inclusive com base na própria Convenção sobre Diversidade Biológica assim o prevê.

No mais, para melhor entendimento, repete-se todo o exibido: “usar patrimônio genético (...) em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida”.

E, tendo em vista que se está a falar de desígnios econômicos e patenteamento, conceitos imbricados, opta-se por não repetir no texto a expressão “para fins econômicos”, não que o patenteamento não o seja, mas ao reverso, entende-se a necessidade de maior precisão.

Por final, não se pode olvidar que hodiernamente todo o investimento em novos produtos é tão custoso que o Direito de Propriedade Intelectual reclama um agigantamento, um fortalecimento, inclusive para obstar falseamentos e cópias, resultando numa “transferência de tecnologia”, verdadeiramente pífia.

Daí, a imprescindibilidade de proteção do Patrimônio Genético diante dos Direitos de Propriedade Intelectual.

18. Pena: prisão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Considerando-se que já fora esta conduta nomeada como ápice da Biopirataria, não sem as situações excepcionais indicadas, e tendo em norte ainda que, uma vez obtida a patente, a reversão do processo é de obstância ímpar, a pena deve sim, ostentar tal valores.

Mais uma vez, não há um seguro critério para o apenamento diante dos Projetos Legislativos em testilha ou mesmo quaisquer previsões de Direito Comparado.

De singela forma, emprega-se como sustento, o PL 4.184/04 que dá conta da possibilidade de aumentar até o dobro a pena quando se tratar de final patenteamento (parágrafo único do artigo 56-A).

19. § 3º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Todas as explicações anteriores são integralmente renovadas.

20. Art. 4º. Remeter ou por qualquer outro meio transportar para o exterior componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁹⁴.

Nada obstante ser mote deste Anteprojeto a prevenção contra o Acesso Irregular ao Patrimônio Genético e seu perigoso saldo, qual seja, o uso para fins econômicos em sentido *lato*, há, repise-se, um leque de condutas também censuráveis que restam por atingir o Bem Jurídico Biodiversidade.

⁴⁹⁴Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “remeter”, cuja concepção já fora devidamente anotada, ou “transportar” patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há ainda, elemento descritivo do tipo configurado na expressão “para o exterior”. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: Com a saída para o exterior do patrimônio genético. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Está-se diante de um exemplo.

O que se pretende aqui é obstar a saída do material genético do país, óbice fundamental para evitar, de fato, a Biopirataria mesmo porque as pesquisas e a bioprospecção, ocorrem sobretudo, nos países do hemisfério norte.

E tanto é assim, que a remessa de amostras do Patrimônio Genético entre instituições nacionais, para fins de pesquisa científica, está isenta de autorização específica do CGEN ou de instituição por este credenciada (IBAMA ou CNPq), desde que acompanhada de uma série de outros documentos.

Contudo, na hipótese de a remessa de amostras do Patrimônio Genético dar-se entre instituições nacionais e instituições sediadas no exterior, haverá a dependência de autorização prévia do CGEN (bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico) ou IBAMA/CNPq (pesquisa científica), com igual exigência de outros documentos.⁴⁹⁵

Uma questão prévia se põe. Pergunta-se se a diferença de finalidade - pesquisa científica ou bioprospecção - que move a conduta anterior de acesso ou coleta teria alguma relevância na construção do presente tipo penal. Esta questão se põe em virtude de óbvia dosimetria da pena.

Elege-se o verbo remeter como primordial núcleo do tipo e daí, o desassossego advém da remessa para o exterior, deslocando o Patrimônio Genético do país, o que já caracteriza conduta altamente perigosa.

Portanto, as consequências posteriores – se o Patrimônio Genético foi acessado para fins de pesquisa e assim será lá no exterior ou se, ao contrário, fora acessado para fins de bioprospecção e assim terá seu uso - não terão o condão de fixar de maneira absoluta a sanção já determinada pelo risco de ter-se o patrimônio genético expatriado.

O verbo Remeter conforme o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa ostenta como principal significação a ideia de “mandar” ou “enviar”⁴⁹⁶.

Com supedâneo pois, na Orientação Técnica nº 1, de 24 de setembro de 2003 do CGEN, no segundo versículo, atente-se, “Art. 2º. Para fins de aplicação do disposto na Medida Provisória no 2.186-16, de 2001, e demais atos normativos dela decorrentes, entende-se por “remessa”:

⁴⁹⁵REMESSA.

Disponível

em:

<<http://www.prp.unicamp.br/patgen/transporteRemessa.php#remessaAutorizacao>>. Acesso em: 16 out. 2012.

⁴⁹⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

“I – a remessa propriamente dita: envio, permanente ou temporário, de amostra de componente do patrimônio genético, com a finalidade de acesso para pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, no qual a responsabilidade pela amostra transfirase da instituição remetente para a instituição destinatária;

II – o transporte: envio de amostra de componente do patrimônio genético com a finalidade de acesso para pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, no qual a responsabilidade pela amostra não se transfira da instituição remetente para a instituição destinatária”.

Avançando. Transportar significa, conforme o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, “Conduzir ou levar de um lugar para outro”⁴⁹⁷, sendo aqui, mais relevante, a ideia de trazer junto consigo para o envio ao exterior.

Enfim, o envio de material genético para fora do país representa inegável risco. Tal aliás se dá porque quando incorporadas as informações advindas do patrimônio genético em produtos ou métodos, torna-se extremamente difícil seu rastreamento posto que distanciado em muito da fonte original.

De sabença, não consta a recomendação supra especificamente do artigo 1º. da CDB como um dos objetivos a serem perseguidos:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

Não se pode olvidar entretanto, dos resultados negativos que o encaminhamento para o exterior a qualquer título do Patrimônio Genético tem para o país. Noutras palavras, mesmo podendo-se, a partir do dito artigo 1º, asseverar que a CDB pretende conservar a diversidade biológica, utilizar sustentavelmente, repartir os benefícios e transferir tecnologia, *quase que num indicativo dos tipos penais a serem construídos*, a “remessa para o exterior” faz-se de grande relevo nesta discussão.

Assim também está fincado no Art. 17 do Decreto regulamentador da matéria que entremostra um indicativo de condutas a serem obstadas na seara administrativa: “Remeter

⁴⁹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

para o exterior amostra de componente do patrimônio genético sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a autorização obtida.”

E, no que concerne especialmente à sua definição, faz-se, repise-se, com supedâneo na Orientação Técnica nº 1, de 24 de setembro de 2003 do CGEN, no segundo versículo:

“Art. 2º. Para fins de aplicação do disposto na Medida Provisória no 2.186-16, de 2001, e demais atos normativos dela decorrentes, entende-se por “remessa”:

I – a remessa propriamente dita: envio, permanente ou temporário, de amostra de componente do patrimônio genético, com a finalidade de acesso para pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, no qual a responsabilidade pela amostra transfirase da instituição remetente para a instituição destinatária;

II – o transporte: envio de amostra de componente do patrimônio genético com a finalidade de acesso para pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico, no qual a responsabilidade pela amostra não se transfira da instituição remetente para a instituição destinatária”.

E, percebe-se que se opta igualmente por lotar o verbo transportar no tipo posto que, de acordo com a “legislação vigente”, por remessa se tem o envio propriamente dito e o transporte, tudo com vistas a melhor explicitação.

Assim, por todo o exposto, deixa-se o verbo remeter complementado pela expressão para o exterior, sem quaisquer acréscimos verbais ou criação de uma forma agravada quando a remessa se der para o exterior, porquanto se opta por propor a criminalização da afronta mais gravosa somente.

Interessa depois, pensar nas variadas situações de concurso, talvez selecionando predominantemente o concurso material.

Novamente por amor à manutenção de uma tradição redacional, escolhe-se permanecer com a mesma linguagem até então, qual seja, “componente do Patrimônio Genético” e não outras de maior especificidade ou mesmo desnecessidade, *ad exemplum*, “amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional” (artigo 7º, inciso I da MP).

Lembrando que, há previsão acerca da remessa do patrimônio genético também no artigo 11, inciso IV, alínea “a” da MP, sob cargo do CGEN.

Neste artigo 4º. do Anteprojeto então, encerra-se o principal para muitos projetos de lei: acessar, utilizar e, por fim, remeter.

Observe notadamente o PL 4.751/98⁴⁹⁸:

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

I - acessar, em desacordo com esta Lei, para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

Pena: reclusão de seis meses a quatro anos e multa de R.00 (duzentos reais) e R.000.00 (cinco mil reais).

II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)

III - remeter para o exterior amostra de componente do Patrimônio Genético, sem a autorização prevista nesta Lei;

Pena: reclusão de seis meses a seis anos e multa de R.000,00 (dois mil reais) a R.00,00 (quinze mil reais).

IV - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana;

Pena: reclusão de quatro a oito anos e multa de R.000,00 (cinco mil reais) a R.000,00 (vinte mil reais).

V - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para o desenvolvimento de armas biológicas;

Pena: reclusão de doze a trinta anos e multa de R.000,00 (vinte mil reais) a R. 000,00 (cem mil reais).

§ 1º Incorre na mesma pena o mandante ou quem, de qualquer modo, concorre para a prática destes crimes.

§ 2º Além da pena prevista no inciso I deste artigo, o material ou produto do material acessado e os instrumentos utilizados pelos infratores serão apreendidos.

§ 3º O material ou produto e os instrumentos de que trata o parágrafo

⁴⁹⁸ Aliás, por quanto se está a falar deste PL, para encerrar a crítica sobre esta propositura, pelo menos duas observações fazem-se proeminentes. Em primeiro, a inserção desnecessária de prescrições já reguladas em outros tomos. É o caso do parágrafo 1º. que trata do Concurso de Agentes e do Artigo 19 que cuida da responsabilidade da pessoa jurídica e de seus dirigentes. A segunda, mas não por isto menos considerável, diz respeito aos preceitos de aumento de pena nas hipóteses de utilização do patrimônio genético “para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana” ou “para o desenvolvimento de armas biológicas” numa óbvia desconformidade à nossa cultura e pois, de ausência intencional no presente Anteprojeto.

anterior terão sua destinação definida pelo órgão competente.

Art. 19. Se a infração for cometida por pessoa jurídica, ou com seu concurso, incorrerão nas mesmas penas previstas no art. 18 desta Lei os seus diretores, proprietários ou gerentes responsáveis pelo ato, ficando sujeita à multa de R.000,00 (dez mil reais) a R.000,00 (cinquenta milhões de reais), à perda de qualquer incentivo fiscal, ao cancelamento da autorização para acessar amostra de componente do Patrimônio Genético, e impedida de firmar qualquer contrato com Administração Pública, pelo prazo de dez anos. (g.n.)

21. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Destarte, se há problemática quanto à fiscalização no ato real de acessar, o funil pelo qual pode passar o Biopirata que tenciona deixar o país com material genético, pode enfim, colaborar muito para solver a questão.

Assim, este tipo penal precisa oferecer um poder coactivo grande.

Interessante anotar que os Projetos Legislativos pretendem reprimir de maneira dura a ação de remeter ao exterior o Patrimônio Genético (PL 4.751/98 com pena máxima de seis anos, PL 7.211/02 com pena máxima de quatro anos, PL 6.794/06 com pena do *caput* aumentada até o dobro ou mesmo triplo, neste último caso se houver finalidade de patenteamento e Projeto do Código Penal com aumento de pena até dois terços).

Com razão afinal, nos países do hemisfério norte é que se dá mais facilmente a pesquisa científica e a bioprospecção.

E, como já dito, em face da diferença de finalidade - pesquisa científica ou bioprospecção - que move a conduta anterior de acesso ou coleta e sua relevância na dosimetria da pena, aqui, de fato, com o desassossego advindo da remessa para o exterior, deslocando o Patrimônio Genético do país, o que já caracteriza conduta altamente perigosa, pugna-se por uma quantificação de maior nível, para aliás, abarcar quaisquer finalidades econômicas.

22. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Todas as esclarecimentos prévias são inteiramente recuperadas.

23. Art. 5º. Deixar de repartir justa e equitativamente os benefícios monetários ou não resultantes do uso de componente do patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁴⁹⁹.

Sabe-se que uma das dimensões da Biopirataria é a não repartição dos benefícios alcançados pela utilização do recurso genético e do conhecimento tradicional associado (prioritariamente alcançados quando da exploração comercial) de forma justa e equitativa entre Estados, corporações e comunidades (isto é, inexistência de um contrato).

Em verdade, almeja-se que, após um acesso regular ao Patrimônio Genético, e sendo viável a exploração econômica, ou do produto ou do próprio processo granjeado mediante o patrimônio genético, que esta faça-se dentro de critérios justos e equitativos para todos os participantes.

Destarte, a própria Medida Provisória 2.186-16 quando enuncia sua circunscrição assim diz: “Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, *a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização*, e dá outras providências”.

⁴⁹⁹ Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Aquele que tem a obrigação de repartir os benefícios resultantes do uso do patrimônio genético. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “deixar de repartir”, cuja concepção já fora devidamente anotada, os benefícios resultantes do uso do patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “monetários ou não”. Há elemento normativo do tipo configurado na expressão “justa e equitativamente”. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: No instante em que se averiguar que o agente de maneira inquestionável e por tempo juridicamente importante não repartiu os citados benefícios. Não admite tentativa. Classificação: Crime próprio, monoofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente, omissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

E prossegue o já citado decreto regulamentador, em sua esfera administrativa, na tentativa de obstar tal prática:

“Art. 18. Deixar de repartir, quando existentes (ASSEVERA O ÓBVIO AFINAL, SE NÃO EXISTISSEM BENEFÍCIOS, NÃO HAVERIA PORQUE SE PREVER DISTRIBUIÇÃO), os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir do acesso a amostra do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado (HÁ PROBLEMA REDACIONAL AFINAL, SOMENTE FALARÁ EM CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO EM DISPOSITIVO POSTERIOR) com quem de direito (TERMINOLOGIA VAGA E SUPÉRFLUA), de acordo com o disposto na Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001 (PARECE EM DEMASIA LIMITADA TAL PREVISÃO), ou de acordo com o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (EQUIVOCADO CARÁTER DE INFRAÇÃO CIVIL) anuído pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético”.

E ainda, tem-se o Decreto 6.915, de 29 de julho de 2009 que regulamenta o art. 33 da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, determinando a distribuição das parcelas dos lucros e dos *royalties* resultantes da exploração econômica de processo ou produto desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético.

Ao final, mister salientar o artigo 1º. da CDB que aponta os objetos do instrumento e assim prediz:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

A título de curiosidade, observar ainda, o genérico artigo 68 da LCA.

Enfim, o termo Repartição é consagrado sendo portanto, adotado neste instante, para a edificação do tipo penal.

Recordando em primeiro que, como dantes dito, tal compartilhamento deve ser equânime e em segundo, considerando-se ainda que, pode haver outros usos para os Recursos Genéticos, que não aqueles exclusivamente econômicos, também censurável o ato de deixar de compartilhar, por exemplo, os resultados das pesquisas, por isto a complementação “monetários ou não”.

No Artigo 1º. da aludida MP, há novamente referência a esta terminologia “Repartir”, seja no inciso III “- à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração, de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado”, seja no inciso XIII “- Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios: instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios”. E, no artigo 13, novamente aparece tal concepção quando se prediz da competência do Presidente do CGEN para firmar tais acordos, em nome da União.

E, em especial, no Capítulo VII - Da Repartição de Benefícios que preconiza no Artigo 24:

“Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e equitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser o regulamento e a legislação pertinente”.

Sempre e sempre que se faz referência aos benefícios resultantes do uso do patrimônio genético, faz-se igual alusão à questão da justiça e equidade na repartição. Assim, para obstar quaisquer arremedos e cláusulas leoninas, *ad exemplum*, não desconsiderando a dificuldade da concepção do que venha a ser caso a caso repartição “justa e equitativa”, opta-se por apor tal adjetivação.

Aliás, tal inquietude nasce do que se convencionou chamar de *biofraude* que se define por uma repartição de benefícios insignificantes para obstar possíveis reclamos judiciais. Prática facilitada inclusive pelo compartilhamento dos recursos biológicos e por viável concorrência entre os provedores.

E prosseguindo, além desta distinção, traz-se à baila, novamente, aqueloutro ponto fundamental de um uso do patrimônio genético cujo deslinde não seja exatamente econômico, porquanto faz-se tal diferenciação: “monetários ou não” (observe ainda, o Decreto 4.339/02, em seu item 16.4.4, logo a seguir transcrito).

Em todo o Anteprojeto, no que concerne ao uso, restaura-se sempre a opção de entender a utilização do patrimônio genético em fins outros que não apenas exploração econômica.

Isto alías, faz-se com fulcro em toda a exposição contida, bem como, na proposta de tipo penal consubstanciada pelo artigo 3º, *caput* deste Anteprojeto.

Assim, a Biopirataria tem como faceta a não repartição dos benefícios alcançados pela utilização do recurso genético e do conhecimento tradicional associado, repise-se, *em primazia*, a partir da exploração comercial de forma justa e equitativa entre Estados, corporações e comunidades, lembrando que o Contrato só nasce quando de interesses econômicos.

Inclusive apenas a título de colaboração para esta inteligência da diversidade de benefícios a serem compartilhados, tem-se o Preâmbulo da CDB: “Reconhecendo que investimentos substanciais são necessários para conservar a diversidade biológica e que há expectativa de um amplo escopo de benefícios ambientais, econômicos e sociais resultantes desses investimentos”.

Importantíssimo apoio ao posicionamento adotado está no Decreto 4.339/02, na parte em que se vaticina sobre mecanismos de financiamento da gestão da Biodiversidade, especialmente no que concerne aos fundos de investimento:

“16.4.4. Estimular a criação de fundos ou outros mecanismos, geridos de forma participativa por povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais, que promovam a *repartição justa e equitativa de benefícios, monetários ou não*, decorrentes do acesso aos recursos genéticos, aos componentes do patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados”. (g.n.)

Por outro lado, fala-se apenas em “repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do uso do patrimônio genético” e não outras expressões mais longas como “repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos”, ou ainda, a redundante redação de “produto ou processo desenvolvido a partir do acesso a amostra do patrimônio genético”.

E, para manter a mesma técnica redacional, não se diz “benefícios derivados de biotecnologia”.

Por questão de logicidade, não se pode fazer ainda menção do Conhecimento Tradicional Associado em virtude da disposição topográfica deste. E parece que não há necessidade de fazer menção, em especial, deste mesmo Conhecimento Tradicional Associado na medida em que o presente versículo tem como objetivo punir a não repartição dos benefícios derivados do uso do patrimônio genético, mesmo que este uso

tenha derivado, e assim é, em grande parte dos casos, do acesso ao Conhecimento Tradicional a ele associado.

E, elege-se, de novo, a terminologia “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” por considerá-la mais consentânea à idéia até aqui defendida e porque aquela outra que poderia servir de base - *com quem de direito*, de acordo com o disposto na Medida Provisória 2.186-16, de 2001, ou *de acordo com o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios anuído pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético* – não se apresenta perfeita.

24. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Os mesmos registros perpetrados no artigo 2º, *caput* deste Anteprojeto, *cum granus salis*, podem ser aqui aplicados.

Vale dizer que se está diante dos ingentes ataques ao Bem Jurídico Biodiversidade. E, nesta mesma toada, caminha a reprimenda que, aliás, pode ser devidamente dosada de acordo com o prejuízo advindo por esta conduta.

Ainda, importa lembrar o PL 4.751/98 que, nada obstante, não traga em seu bojo a expressão “deixar de repartir” indica a relevância do cumprimento dos acordos civis neste sentido: “Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético: (...) II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios; Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)”.

25. Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena será reduzida à metade.

Aqui, as prévias são repetidas.

**26. CAPÍTULO III – DOS CRIMES CONTRA O CONHECIMENTO
TRADICIONAL ASSOCIADO**

Cogente sublinhar que, as infrações contra o Conhecimento Tradicional Associado são tão prejudiciais ao Bem Jurídico Biodiversidade quanto aquelas primeiras tratadas no Acesso Irregular ao Patrimônio Genético, afinal, de sabença, para este acesso ser facilitado e eficaz, as informações e práticas de toda uma comunidade tradicional são de indiscutível peso.

Por outro lado, não se pode olvidar que a proteção ao Patrimônio Genético, como objeto da ação tida por criminosa ainda é a pedra de toque do Anteprojeto que pretende a tutela do bem jurídico Biodiversidade. Noutros termos, é de relevo salientar pois, que se trata de uma proteção ao Patrimônio Genético, por obstar seu acesso irregular em comum prática, qual seja, partindo-se do Conhecimento Tradicional Associado.

Tal ilação advém, *ad exemplum*, do artigo 1º. da CDB no que tange aos Objetivos ali delineados. Assim, percebe-se a ênfase única ao Patrimônio Genético em sua forma – Recursos Genéticos:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado”.

E, no seu Preâmbulo:

“Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes”.

Também, aflora o mesmo posicionamento a partir da leitura da Medida Provisória sempre referida. Seu primeiro artigo conduz à mesma hermenêutica:

“Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos: I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção; II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes (...)”.

E ainda, quando do Capítulo próprio à salvaguarda dos Conhecimentos Tradicionais Associados, assim assevera, no seu versículo 8º:

“Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada”.

E ainda, no § 1º :

“O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento”.

E poder-se-ia indagar: como fica a definição de Biopirataria quanto aos Conhecimentos Tradicionais Associados? Não haveria aqui uma contradição, elevando os Conhecimentos Tradicionais ao mesmo patamar que o Patrimônio Genético?

Recorde-se que Biopirataria conforme o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED) conceitua-se assim: "Biopirataria consiste no ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações Unidas sobre Diversidade Biológica). A Biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa -

entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos”.

Ora, depreende-se que não há qualquer colisão entre a inteligência assumida neste Capítulo e aquela disposta no citado juízo conceitual. Há sim, o acesso irregular ao Conhecimento Tradicional *Associado ao Patrimônio Genético* constituindo esta prática costumeira dos Biopiratas.

Lembre-se que a proteção da Biodiversidade é emergencial tendo em consideração inclusive informes no sentido de que a quase totalidade de investimentos na indústria farmacêutica, só para citar um exemplo, concentra-se em poucos ricos países com matéria-prima entretanto formada predominantemente por recursos genéticos obtidos no Brasil, leia-se, Amazônia legal⁵⁰⁰.

Destarte, agora o significado da expressão “Conhecimento Tradicional Associado”. Em primeiro, a Medida Provisória regente em seu Art. 7º, inciso II assim define: “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”. E ainda, no inciso III, dá a definição de comunidade local: “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”.

De igual maneira, a CDB, em seu art. 8º, quando assevera a relevância às Partes Contratantes da conservação da diversidade biológica *in situ* assim preleciona:

“Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição eqüitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”.

Perceba-se que se está a excluir qualquer outra “expressão cultural tradicional ou folclórica” a ser protegida pelos direitos autorais.

⁵⁰⁰BIODIVERSIDADE – valor econômico e social. Regulamentação do acesso à biodiversidade ainda não é definitiva. *ComCiência*, 10 jun. 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio05.htm>. Acesso em: 28 jan. 2012.

27. Art. 6º. Acessar ou por qualquer outro meio obter conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁵⁰¹.

Aqui, opta-se por ter o capítulo esgotado na figura do acessar porque o acesso ao Conhecimento Tradicional Associado faz-se para, em última instância, alcançar o Patrimônio Genético. Uma vez identificado o Patrimônio Genético, segue-se no caminho do emprego deste e outras possibilidades, sem necessidade de “usar” o Conhecimento Tradicional. E mais, quando se coloca a diversidade de fins - pesquisa científica e bioprospecção ou biotecnologia - nos dois diversificados tipos, abstrai-se da indicação de exploração econômica e patenteamento que seriam responsáveis por maiores detalhamentos desnecessários ao tipo penal ora recomendado.

Também, não há necessidade de falar-se em “remessa”, afinal, novamente o que se pretende aqui é a proteção derradeira da Biodiversidade e não, a defesa exatamente das comunidades que sem dúvida, poderiam sim, ser mais atacadas e vulneradas com a remessa de seus conhecimentos.

Mas, importa enfatizar, de novo que, tal situação não será tutelada por esta Lei.

A inteligência que restringe toda a situação a uma única previsão penal está aliás, sequenciada pelos próprios Projetos Legislativos que têm servido de esboço para o presente Anteprojeto. Assim é:

- PL 4.751/98.

Art. 18. Constituem crimes contra o Patrimônio Genético:

I - acessar, em desacordo com esta Lei, para si ou para outrem, com o fim de obter amostra de componente do Patrimônio Genético ou do Conhecimento Tradicional Associado existente, no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica

⁵⁰¹ Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, a comunidade tradicional prejudicada. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “acessar”, cuja concepção já fora devidamente anotada ou “obter” conhecimento tradicional associado, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a pesquisa científica. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 2º. Consumação: Com a obtenção do conhecimento tradicional associado. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monoofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

exclusiva;

Pena: reclusão de seis meses a quatro anos e multa de R.00 (duzentos reais) e R.000,00 (cinco mil reais).

II - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para fins econômicos em desacordo com as cláusulas constante do Termo de Transferência de Material ou do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

Pena: reclusão de seis meses a cinco anos e multa de R.00 (quinhentos reais) a R.000,00 (dez mil reais)

III - remeter para o exterior amostra de componente do Patrimônio Genético, sem a autorização prevista nesta Lei;

Pena: reclusão de seis meses a seis anos e multa de R.000,00 (dois mil reais) a R.00,00 (quinze mil reais).

IV - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana;

Pena: reclusão de quatro a oito anos e multa de R.000,00 (cinco mil reais) a R.000,00 (vinte mil reais).

V - utilizar amostra de componente do Patrimônio Genético para o desenvolvimento de armas biológicas;

Pena: reclusão de doze a trinta anos e multa de R.000,00 (vinte mil reais) a R. 000,00 (cem mil reais).

§ 1º Incorre na mesma pena o mandante ou quem, de qualquer modo, concorre para a prática destes crimes.

§ 2º Além da pena prevista no inciso I deste artigo, o material ou produto do material acessado e os instrumentos utilizados pelos infratores serão apreendidos.

§ 3º O material ou produto e os instrumentos de que trata o parágrafo anterior terão sua destinação definida pelo órgão competente.

Art. 19. Se a infração for cometida por pessoa jurídica, ou com seu concurso, incorrerão nas mesmas penas previstas no art. 18 desta Lei os seus diretores, proprietários ou gerentes responsáveis pelo ato, ficando sujeita à multa de R.000,00 (dez mil reais) a R.000,00 (cinquenta milhões de reais), à perda de qualquer incentivo fiscal, ao cancelamento da autorização para acessar amostra de componente do Patrimônio Genético, e impedida de firmar qualquer contrato com Administração Pública, pelo prazo de dez anos;

- PL 7.211/02.

Art. 1º. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, fica acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 61-A. Acessar ou coletar, com fim econômico ou ilícito, componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo existente no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, para pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, em desacordo com a legislação vigente:

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

& 1º. Para efeitos deste artigo, acessar significa obter informação de caráter genético existente em espécime vegetal, fúngico ou microbiano, no seu todo ou em parte, ou em substância originada destes seres, na forma de moléculas e de extratos provenientes destes organismos vivos ou mortos, encontrados na natureza, in situ, ou em coleções ex situ.

& 2º. Nas mesmas penas incorre quem, com fim econômico ou ilícito, se apropria (APROPRIAR-SE DE CONHECIMENTO. OU SEJA, ASSENHORAR-SE, APOSSAR-SE. FICA A INDAGAÇÃO SE DE FATO SERIA O MELHOR VERBO A SER EMPREGADO INCLUSIVE POR CONTA DA DISCUSSÃO DA TITULARIDADE DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E DO PRÓPRIO CONCEITO DE APROPRIAR-SE⁵⁰²), em desacordo com a legislação vigente, de conhecimento tradicional associado à biodiversidade, assim entendido a informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

Art. 61-B. Utilizar componente da flora, da fauna, de fungo ou de microorganismo:

I - para fim econômico, em desacordo com a legislação vigente, ou para fim ilícito:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

II - para práticas nocivas ao meio ambiente:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

III - para práticas nocivas à saúde humana:

Pena: reclusão, de três a seis anos, e multa.

IV - para o desenvolvimento de armas biológicas ou químicas:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

Art. 61-C. Remeter para o exterior amostra de material genético ou recurso genético, em desacordo com a legislação vigente:

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

Resta assim, a propositura penal em dois principais núcleos verbais: Acessar ou por qualquer outro meio obter conhecimento tradicional associado com os significados de identificar e colher.

Além do correspondente contorno acerca de “Conhecimento Tradicional Associado” contido como dantes dito, no inciso III da Medida Provisória regente, no mesmo artigo, agora em seu inciso V, dá-se a respectiva acepção do ato como um todo.

⁵⁰²Consoante Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Apropriar-se denota a idéia de “Tomar como seu”, “Tomar como próprio”, lembrando que torna próprio *o que não tem dono ou está abandonado* (cf. significado da palavra “apropriação”). Destarte, o agente faz sua coisa entregue anteriormente *sem o consentimento viciado do ofendido*. Daí, de fato, parece não ser a hipótese. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

Assim, é *acesso ao conhecimento tradicional associado*:

“obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza”.

Há outra previsão no que tange à deliberação, pelo CGEN, sobre autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, que se dará mediante anuência prévia de seu titular conforme prescreve o artigo 11 da aludida MP.

Noutras palavras, se houver acesso ao Conhecimento Tradicional Associado para qualquer finalidade (pesquisa científica, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico) há a obrigatoriedade de obtenção de Autorização de Acesso ao CTA (termo de anuência prévia das comunidades indígenas ou locais e a autorização da autoridade competente).

Destarte, recorde-se que a CDB, em seu art. 8º, quando afirma a importância para as Partes Contratantes da preservação da Biodiversidade *in situ* enfatiza: “Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas (...)”.

O Conhecimento Tradicional Associado tem seu foco no arranjo: conhecimento e inovações e práticas.

Decompondo, por Conhecimento, segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa⁵⁰³, tem-se a significação de “ato ou efeito de conhecer” ou ainda, “informação ou noção adquiridas pelo estudo ou pela experiência”, lembrando que o verbo conhecer quer dizer “saber”. Ainda, por inovação, consoante a mesma fonte, tem-se a acepção de “novidade”, vindo da ideia de “introduzir novidade em”. Enfim, “prática” representa nesta seara, “saber provindo da experiência” ou ainda, “aplicação da teoria”.

Assim sendo, percebe-se que Conhecimento Tradicional Associado é um saber empírico, de valor inestimável que leva, com facilidade ao reduzir etapas, às investigações científicas do Patrimônio Genético.

E Conhecimento Tradicional *associado ao Patrimônio Genético* para melhor explicitação inclusive para distinguir dos conhecimentos folclóricos.

⁵⁰³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

A expressão “para fins de pesquisa científica” com supedâneo no disposto quanto à articulação das leis ditada pela LC 95/98, em seu artigo 10 e a preocupação em manter a mesma linha simétrica de estrutura dos tipos penais, segundo se pode observar no Capítulo anterior, surge como primeira etapa motivadora para o acesso irregular.

E, encerrando o tipo penal proposto, seguindo a mesma construção dos tipos objetivos anteriores, não se emprega termo diverso, como por exemplo, “sem a autorização do órgão competente” ou “em desacordo com a obtida”, conforme aliás, propositura do artigo 20 do decreto regulamentador.

E importa sublinhar que não se faz alusão ao “consentimento prévio fundamentado” porque para a obtenção da autorização de acesso, *se esta fosse a opção de técnica redacional*, tal requisito lhe é prévio.

28. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Aqui, renovam-se integralmente as observações referentes tanto às questões de criação do tipo penal objetivo do presente artigo quanto àquelas referentes à sanção penal respectiva.

29. § 1º. Acessar ou por qualquer outro meio obter conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁵⁰⁴.

Todas, absolutamente todas as observações que foram feitas por conta do acesso ao patrimônio genético, com distintas finalidades, valem além disso, para o acesso ao

⁵⁰⁴ Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, a comunidade tradicional prejudicada. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “acessar”, cuja concepção já fora devidamente anotada, ou “obter” conhecimento tradicional associado, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer outro meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, a bioprospecção ou biotecnologia. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 2º. Consumação: Com a obtenção do conhecimento tradicional associado. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, monooofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

conhecimento tradicional associado, bem como, aquelas já inseridas na explanação do artigo imediatamente anterior.

30. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Tal propositura está amparada por todas as elucidações anteriores.

31. § 2º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Nunca se poderia desconsiderar a possibilidade da prática culposa haja vista a relevância indiscutível da proteção que se assumiu nesta proposta de tipo penal.

32. Art. 7º. Divulgar ou transmitir conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida⁵⁰⁵.

Com esboço em dispositivo da Medida Provisória regente, surge a propositura acima.

Diz a MP no Art.9º:

“À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de: (...) II - impedir terceiros não autorizados de: (...) b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado”.

⁵⁰⁵Bem Jurídico: Biodiversidade. Sujeito Ativo: Aquele que detém o conhecimento tradicional associado. Sujeito Passivo: Coletividade e a União, e ainda, a comunidade tradicional prejudicada. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “divulgar” ou “transmitir”, cujas concepções já foram devidamente anotadas, conhecimento tradicional associado, seu objeto da ação, igualmente já definido. E, por final, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal encerra-se com a expressão “em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (de perigo) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: Com a divulgação ou transmissão do conhecimento tradicional associado. Admite tentativa. Classificação: Crime próprio, monooofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Em verdade, o espírito que norteia tal proposta está centrado na garantia aos povos interessados do direito de obstaculizar terceiros não autorizados a divulgar ou repassar informações integrantes do Conhecimento Tradicional Associado.

Tudo aliás, em consonância com a Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT nº 169 que abaliza o direito dos povos indígenas de viverem de acordo com as suas culturas, “chamando atenção para as importantes contribuições de povos indígenas e tribais para a diversidade cultural e a harmonia social e ecológica da humanidade” (veja em seu Preâmbulo) nada obstante haja séria alteração sobre a titularidade e a imprescritibilidade deste patrimônio cultural dinâmico, intergeracional e cujo aparecimento no tempo é indefinido. A relevância deste conhecimento também pode ser percebida a partir da leitura do Artigo 27 deste mesmo instrumento no que concerne aos programas educacionais concebidos a estes povos no sentido de incorporação de seus “conhecimentos e técnicas”.

O que se almeja nesta propositura é obstar o ato de propalar Conhecimento Tradicional Associado cuja titularidade pertence à comunidade tradicional. Nada obstante a variedade de expressões lingüísticas contidas no supra citado artigo – Conhecimento Tradicional criado, desenvolvido, detido ou conservado (*artigo 9º. da MP*) - o que se pretende enfim é obstaculizar o uso abusivo deste mesmo Conhecimento Tradicional Associado.

E tal se entremostra de peso eis que uma vez tornado público o conhecimento, os riscos ao bem jurídico tornam-se superiores, podendo culminar em derradeiro patenteamento do bioproduto originado do Patrimônio Genético assim acessado e dificultando ao máximo posteriores tentativas de repatriação.

Por óbvio, igualmente há inquietude quanto ao ataque, ao final, do patrimônio genético cuja regulamentação, novamente, faz-se mediante o CGEN.

E, assim dispõe o Art. 22 do Decreto regulamentar 5.459/05 quando da proscrição de ações no âmbito administrativo: “Divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a autorização obtida, quando exigida”. (g.n.).

De forma geral, tem-se que: divulgar significa tornar público, propagar, difundir, inclusive sinônimo de publicar; já transmitir exprime a ideia de noticiar a alguém e, por derradeiro, retransmitir torna-se transmitir de novo.

Prioriza-se contudo, na redação aconselhada, o menor grau de elucubrações ou adjetivações e outras palavras dispensáveis. Porquanto, faz-se o emprego dos dois verbos tidos por suficientes para coibir o que se almeja⁵⁰⁶.

Não se pode olvidar que, uma vez difundido o conhecimento tradicional associado, este cai no domínio público restando absolutamente livre à apropriação de quaisquer pessoas.

Com fulcro na habitual colocação até o presente instante, dispensa-se a inserção da palavra “dados”, notadamente porque não é esta a definir o conhecimento tradicional associado. Também, não se quereria alongar o tipo penal, com toda a outra sugestão de redação: “informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado”, mesmo porque, de novo, tais verbos são sinônimos.

Por final, como mostra do pugnado, interessa ver a simples maneira aposta na MP, art. 7º. e inciso XIII, quando se fala de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, que enverga tão somente a expressão Conhecimento Tradicional Associado, sem outras delongas.

Parece contudo, que a redação alvitrada no artigo 22 do Decreto regulamentar 5.459/05 supra oferta problemas outros. Em primeiro, porque afinal, não especifica exatamente qual autorização e de quem, e, em segundo, porque quando diz “ou em desacordo com a autorização obtida, quando exigida”, cinge-se à ilogicidade de não sendo nenhuma autorização exigida não se poderia estar diante do tipo.

Finalmente, de acordo com todo o exposto até agora, dispensa-se previsão sobre eventual dano produzido a outrem, encerrando o ditame, o risco na própria conduta.

33. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Perceba-se que não se almeja a proteção das Comunidades Tradicionais e seus conhecimentos por eles mesmos mas, tão somente, na medida em que o acesso a estas informações abre caminho igualmente para o desrespeito ao Patrimônio Genético e ainda,

⁵⁰⁶Cf. artigo 11, inciso I, alínea “c” da LC 95/98.

com fulcro na gravidade desta conduta, que aliás, por opção, não diferencia qual seja a finalidade do acessar – pesquisa científica ou bioprospecção – elege-se um apenamento à altura, todavia em absoluta sintonia com a sistemática penal até agora adotada.

34. Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena será reduzida à metade.

Mesmo fundamento da gravidade de ataque ao bem jurídico para sua proposta.

35. CAPÍTULO IV – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Importa ter em mente a imprescindibilidade de toda uma gestão ambiental a ser articulada pela Administração Pública neste sentido. Por óbvio, não se olvidando das contendas sobre a natureza de um tipo penal nesta direção e sua mera caracterização como desobediência à normação administrativa, erige-se todo um capítulo protetor do que se convencionou chamar de “Administração da Biodiversidade”.

Entende-se enfim que, a inobediência à Administração é parte complementar sim, da proteção dos bens jurídicos ambientais.

Muitíssimo importante é, desde logo, clarear a seguinte noção: não se trata de capitulação exclusiva aos funcionários públicos. Noutros termos, não se afasta a responsabilidade agravada do agente público que afronta a Administração, como aliás, será recomendado no seguinte artigo 12; trata-se de proposta de crime comum.

Nesta seara portanto, a tutela da Administração Ambiental em sua faceta Biodiversidade, está a exigir maior cuidado, e assim, inquestionável abarcar a conduta de particulares também.

Este Capítulo tem sustento no que preleciona a CDB em seu Preâmbulo: “os Estados têm direitos soberanos sobre os seus próprios recursos biológicos” e destarte, “são responsáveis pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos”.

Assim, não se está a tratar de genuíno e simples modelo de governança ambiental com final repúdio do bem jurídico porque em substituição à singela perseguição da desobediência à normativas técnicas administrativas, sem traduzir qualquer desvalor ético do comportamento infracional mas, de propositura independente.

Aliás, esta sugestão para o Anteprojeto, tem como supedâneo a próxima Lei dos Crimes Ambientais e sua Seção V - Dos Crimes contra a Administração Ambiental. Recordando:

“Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

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

Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa”. (g.n.)

Por outro lado, vale realçar o mencionado Decreto 5.459/05 que oferta algumas prescrições igualmente interessantes, a este propósito. A saber:

“- Art. 19. Prestar falsa informação ou omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de pesquisa, bioprospecção ou desenvolvimento tecnológico relacionada ao patrimônio genético, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa;

- Art. 23. Omitir a origem de conhecimento tradicional associado em

publicação, registro, inventário, utilização, exploração, transmissão ou qualquer forma de divulgação em que este conhecimento seja direta ou indiretamente mencionado e,

- Art. 24. Omitir ao Poder Público informação essencial sobre atividade de acesso a conhecimento tradicional associado, por ocasião de auditoria, fiscalização ou requerimento de autorização de acesso ou remessa”.

Valendo-se da oportunidade, mister fazer pequena observação sobre este artigo 19 do nomeado Decreto 5.459/05. Naquele instrumento, está o artigo geograficamente localizado no capítulo que trata tão somente das irregularidades no acesso ao patrimônio genético.

Ora, considerando-se o espírito que permeia tal artigo, opta-se, no Anteprojeto, pela inserção de suas ideias neste ponto que se está a cuidar das propostas de Crimes contra a Administração da Biodiversidade.

E veja que sua redação não fora aproveitada na íntegra porque no presente Anteprojeto, seguindo linha que parece mais lógica, elege-se a redação componente do próximo artigo 10.

Biodiversidade é, em última instância, o bem jurídico a ser protegido.

36. Art. 8. Falsificar ou alterar, por qualquer meio, documento utilizado para prova de fato que permita o acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵⁰⁷.

Considerando-se toda uma preocupação com a falsidade documental e ideológica que podem ser tiradas contra o bem jurídico em tela, tem-se dispositivo específico neste sentido. Noutros termos, tendo-se em vista a possibilidade real de existir um crime de falso nesta seara, elegem-se considerações sobre a Falsidade Ideológica e Material, especificamente para obtenção de acesso ou mesmo para o recibo do cumprimento das

⁵⁰⁷ Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “falsificar” ou “alterar”, cujas concepções já foram devidamente anotadas, documento utilizado para prova de fato, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer meio”. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 2º. Consumação: Com a falsificação ou alteração do documento utilizado para prova de fato que permita o acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

obrigações oriundas do acesso.

E, guardando similitude com o *Códex*, tem-se a prever tanto a falsidade material quanto a ideológica.

Principia-se então, pela Falsidade Material.

Assim, tem-se os verbos Falsificar, isto é, adulterar, com o sentido de contrafação ou ainda, sob a conceituação do Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, expressa o sentido de “fazer (algo) que não é verdadeiro passar por tal” e Alterar, isto é, modificar ou mesmo, conforme a fonte acenada, “falsificar”⁵⁰⁸.

Seguindo a tradição do Direito Penal brasileiro, são eleitos estes dois núcleos verbais (segundo o artigo 297 do Código Penal), e não aquele igualmente viável, qual seja, adulterar, posto que, este último, acaba por ostentar, do ponto de vista leigo, conotação diversa.

Perceba ainda que, trata-se de forma menos invasiva que aquela, por exemplo, adotada pelo Código Penal Peruano:

Artículo 314-B.- Responsabilidad por información falsa contenida en informes

El que, conociendo o puediendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba o realice estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal u otro documento de gestión forestal, exigido conforme a ley, en los que se incorpore o avale información falsa o inexacta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años. (g.n.)

Ademais, aqui se opta por empregar a expressão “por qualquer meio” para repelir quaisquer lacunas neste tipo penal.

E o faz de forma previsível mesmo porque toda a gestão ambiental no que concerne à Biodiversidade, tem previsão de estar posta num banco de dados, informatizado, absolutamente permeável a alterações, inclusive.

Assim, por exemplo, base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado (Medida Provisória 2.186-16, artigo 11, inciso II, alínea “d”), base de dados para registro de informações obtidas durante a coleta de amostra de componente do patrimônio genético (Medida Provisória 2.186-16, artigo 14, inciso III,

⁵⁰⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

alínea “b”), base de dados relativos às Autorizações de Acesso e de Remessa, aos Termos de Transferência de Material e aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (Medida Provisória 2.186-16, artigo 14, inciso III, alínea “c”).

Quanto à expressão “documento utilizado para prova de fato”, em verdade, parte-se da premissa de que há toda uma regulamentação acerca dos direitos ao acesso e às obrigações dele derivadas, sendo relevante a presente recomendação (consoante artigo 1º. da MP 2186-16 que preleciona o amplo cuidado dos “os bens, os direitos e as obrigações relativos” ao acesso e à repartição).

Demais, pense-se, por exemplo, no artigo 7º., da MP:

“- inciso X. Autorização de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado;

- inciso XI. Autorização Especial de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos;

- inciso XII - Termo de Transferência de Material: instrumento de adesão a ser firmado pela instituição destinatária antes da remessa de qualquer amostra de componente do patrimônio genético, indicando, quando for o caso, se houve acesso a conhecimento tradicional associado;

- inciso XIII - Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios: instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios”.

Para obstar arguições de lacunas, opta-se por fechar o quadro passível de falsificação na Biopirataria (acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios).

37. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Guardando similitude com o *Códex*, tem-se indisfarçável proximidade com o tipo penal objetivo da falsidade material e, por conseguinte, não poderia ser diverso; opta-se pela mesma pena.

Aliás, aqui se clareia a fragilidade da LCA para o combate à Biopirataria ou crimes em geral contra o Meio Ambiente, considerando-se a insignificância da reprimenda lá acostada [neste sentido, o artigo 66 da LCA e a reprimenda de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa].

38. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem falsificar ou alterar, por qualquer meio, documento utilizado com o propósito de simular o cumprimento de obrigações derivadas do acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵⁰⁹.

De novo, partindo-se da premissa de que há toda uma regulamentação acerca dos direitos ao acesso e às obrigações dele derivadas, faz-se a presente recomendação (artigo 1º. da MP 2186-16), com nuance distintiva para evidenciar situação que poderia sim, ver-se implícita no “*caput*” do artigo.

Há, por outro lado, interessante previsão no Código Penal Mexicano, no que tange aos Crimes contra a Gestão Ambiental, no mesmo sentido, servindo pois, de base para este parágrafo:

Artículo 420 Quater

(...)

II. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal.

⁵⁰⁹ Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “falsificar” ou “alterar”, cujas concepções já foram devidamente anotadas, documento utilizado para prova de cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou a repartição de benefícios, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer meio”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, o propósito de simular cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou a repartição de benefícios. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo específico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 2º. Consumação: Com a falsificação ou alteração do documento utilizado para prova de cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubistente, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Simular tem precisa definição jurídica no Código Civil e da Invalidade dos Negócios Jurídicos:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

No mais, todas as observações perpetradas na proposta do tipo anterior são reiteradas.

39. § 2º. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Renovam-se as observações quanto a este tópico.

40. Art. 9. Omitir declaração que deveria constar, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, declaração falsa em documento utilizado para prova de fato que permita o acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵¹⁰.

Agora se trata de Falsidade Ideológica.

Veja a lista de núcleos verbais: “Omitir”, “inserir” ou “fazer inserir”.

⁵¹⁰ Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “omitir declaração que deveria constar”, “inserir” ou “fazer inserir” declaração falsa, cujas concepções já foram devidamente anotadas, em documento utilizado para prova de fato que permita o acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer meio”. Há um primeiro elemento normativo constituído pela expressão “declaração falsa”. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com a efetiva omissão da declaração que deveria constar, ou com a inserção ou com o fazer-se inserir declaração falsa em documento utilizado para prova de fato que permita o acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios. Admite tentativa, salvo na modalidade omitir. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo de efeitos permanentes, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente ou plurissubsistente, omissivo ou comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

O verbo Omitir traz uma conduta omissiva, isto é, o agente silencia quanto à declaração obrigatória no documento. No já referido Dicionário Aurélio há a seguinte definição: “Deixar de fazer, dizer ou escrever; não mencionar”⁵¹¹.

Por outro lado, em Inserir, tem-se a “introdução ou inclusão” de declaração diferente daquela que deveria constar. Quando se diz ainda, Fazer inserir, há uma atuação indireta do agente.

Repise-se que, considerando os sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública, opta-se pela prudência de abrir quaisquer possibilidades de falsificação. Repare novamente: “base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado”, base de dados para registro de informações obtidas durante a coleta de amostra de componente do patrimônio genético, base de dados relativos às Autorizações de Acesso e de Remessa, aos Termos de Transferência de Material e aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (conforme Medida Provisória 2186-16).

No mais, a expressão “declaração falsa” é o bastante não sendo necessário outro termo, por exemplo, *enganosa* aposta no art. 66 da LCA, ou ainda, *diversa* admitida no próprio artigo 299 do CP.

41. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Não se depreende qualquer motivação em termos de acometimento ao bem jurídico que possa validar redução da reprimenda, nas balizas concertadas no paralelo artigo 299 do Código Penal.

Por conseguinte, renova-se a pena sugerida no versículo anterior.

Assim, por exemplo, descarta-se Projeto Legislativo que alvitra reduzida reprimenda, como aquele de Proteção ao Meio Ambiente que somente repete o já posto no artigo 66 da LCA. Veja-se:

SEÇÃO VI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL.

⁵¹¹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

Art. 494 Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

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

E tira-se ainda deste mote que, em algumas legislações alienígenas, *com dispositivos que nada obstante não invistam contra o problema, podem servir de base*, parte-se de um patamar reduzido, independente aliás, se a conduta advir de funcionário público que, neste Anteprojeto, elegeu-se como de maior risco ao Bem Jurídico.

Assim, os dispositivos do Código Penal Equatoriano:

Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.

Art. 437-J.- Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por si mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.

Os dispositivos do Código Penal Mexicano:

Artículo 420 Quater . Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

(...)

II. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal;

(...)

IV. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente, o (...).

42. § 1º. Nas mesmas penas incide quem omitir declaração que deveria constar, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, declaração falsa em documento utilizado com o propósito de simular o cumprimento de obrigações derivadas do acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵¹².

Poder-se-ia ter um tipo penal diferente e mais específico, *ad exemplum*:

Art. XXX Conceder o funcionário público autorização em desacordo à legislação vigente de legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios.

Pena: prisão, de x (xxx) a x (xxx) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo: a pena será reduzida à metade.

Isto aliás, como na LCA, em seu Art. 67: Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público.

Ou nos termos das preocupações de outros países, por exemplo, no Código Penal da Espanha:

Artículo 329

1. La Autoridad o funcionario público (PORQUE ESTA DIFERENÇA) que, a sabiendas (CONSCIENTEMENTE, OU SEJA, DISPENSO DISCUSSÃO SOBRE CRIME CULPOSO), hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con

⁵¹²Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “omitir declaração que deveria constar”, “inserir” ou “fazer inserir” declaração falsa, cujas concepções já foram devidamente anotadas, em documento utilizado para prova de cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou a repartição de benefícios, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer meio”. Há um elemento normativo constituído pela expressão “declaração falsa”. Há elemento subjetivo do tipo constituído pelo especial fim de agir, qual seja, o propósito de simular cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou a repartição de benefícios. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo específico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com a efetiva omissão da declaração que deveria constar, ou com a inserção ou com o fazer-se inserir declaração falsa em documento utilizado para prova de cumprimento de obrigações derivadas do legal acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou a repartição de benefícios. Admite tentativa, salvo na modalidade omitir. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente ou plurissubsistente, omissivo ou comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o Funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. (E AQUI, A DISCUSSÃO MAIS SÉRIA ACERCA DO CRIME FUNCIONAL)

Todavia, reiterando a observação aposta em notas anteriores, tem-se por sacramentada esta redação do Anteprojeto porque se depreende o imperativo de obstaculizar tais comportamentos, independentemente do sujeito ativo – funcionário público ou não.

43. § 2º. Omitir a origem de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, inserir ou fazer inserir, por qualquer meio, origem falsa em publicação ou transmissão ou qualquer forma de divulgação⁵¹³.

Em verdade, a origem do Patrimônio Genético é de suma importância para obstar a Biopirataria e se não é exigida pela TRIPS em questões de patenteamento, o é no arcabouço da CDB.

Veja-se em primeiro o que preconiza a MP em seu versículo 31:

“A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso”.

⁵¹³Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, comunidade tradicional eventualmente prejudicada. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “omitir” a origem de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, “inserir” ou “fazer inserir” origem falsa, cujas concepções já foram devidamente anotadas, em publicação ou transmissão ou qualquer forma de divulgação, seu objeto da ação, igualmente já definidas. Há um primeiro elemento normativo constituído pela expressão “origem falsa”. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo 3º. Consumação: Com a efetiva omissão da origem de patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado, ou com a inserção ou com o fazer-se inserir origem falsa Admite tentativa, salvo na modalidade omitir. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente ou plurissubsistente, omissivo ou comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Também, na citada MP, existe interessante proposição contida no Art. 9º:

“À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de: I - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações”.

A Resolução nº 34, de 12 de fevereiro de 2009 do CGEN estabelece a forma de comprovação da observância da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, para fins de concessão de patente de invenção pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, e destarte, no artigo 2º. dispõe: “o requerente de pedido de patente de invenção cujo objeto tenha sido obtido em decorrência de acesso a amostra de componente do patrimônio genético nacional realizado a partir de 30 de junho de 2000 deverá informar ao INPI a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso, bem como o número da correspondente Autorização de Acesso concedida pelo órgão competente”.

Depois, o que mais interessa, no artigo 16.5 da CDB:

“As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção”.

Consoante estudiosos de renome, há conflito evidente entre a CDB e o Acordo para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (mais conhecido por sua sigla em inglês TRIPS - trade-related aspects of intellectual property rights), notadamente porque este não exige como condição para o patenteamento a identificação da fonte do material genético e do conhecimento tradicional eventualmente utilizado, bem como, não há necessidade de prova da obtenção do consentimento prévio e informado e da repartição justa e equitativa de benefícios:

“Certo é que, enquanto for legalmente possível que uma empresa européia, dos EUA ou do Japão (países onde estão concentradas as multinacionais da área biotecnológica) colete material biológico em um país do Sul, leve-o para o exterior, identifique um princípio ativo, sintetize-o e obtenha uma patente sobre um produto ou processo

resultante, sem a imposição de qualquer sanção ou penalidade pelo sistema internacional, muito pouca eficácia prática terá a CDB”⁵¹⁴.

Cogente é referendar, mais uma vez, a importância desta proposta de previsão.

Não se desconhece que crítica pode ser feita no que concerne à redundância desta previsão, em face do já delineado no *caput* deste mesmo artigo.

Todavia, a maior cautela com tão grave problema que fere profundamente o Patrimônio Genético e enfim, a Biodiversidade brasileira, reclama tal ênfase.

E, por este mesmo motivo – enfocar novamente a imprescindibilidade de a qualquer tempo e a qualquer custo publicizar a origem do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado – opta-se por reforçar tal situação e enumerar mais exaustivamente as possíveis condutas de ataque, não se cingindo o tipo penal a mero comportamento omissivo.

Assim, utilizam-se os verbos omitir e ainda, inserir e fazer inserir, em simetria ao *caput*.

A inspiração para esta propositura advém ainda, do Decreto regulamentador, no seguinte versículo: “Art. 23. Omitir a origem de conhecimento tradicional associado em publicação, registro, inventário, utilização, exploração, transmissão ou qualquer forma de divulgação em que este conhecimento seja direta ou indiretamente mencionado”.

Contudo, deve-se também, acrescer a cautela do informe da origem do Patrimônio Genético, por um lado porque se trata afinal, do primordial objeto de proteção da norma e por outro porque o Conhecimento Tradicional Associado está, como a própria expressão aponta, a ele acoplado, e assim, é fundamental que ambos estejam devidamente resguardados (art. 31 da MP 2186-16).

Noutras palavras, em sendo o caso de patenteamento, precisa ter-se como preocupação fundamental a indicação de origem seja do próprio patrimônio genético, seja do conhecimento tradicional a ele associado.

Em derradeiro, não se pode olvidar a própria dificuldade contida na concepção do que vem a ser “origem”.

Recorde-se o Art. 23 do Decreto regulamentador: “Omitir a origem de conhecimento tradicional associado em publicação, registro, inventário, utilização,

⁵¹⁴SANTILLI, Juliana. Acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: aspectos jurídicos, cit., p. 21-65.

exploração, transmissão ou qualquer forma de divulgação em que este conhecimento seja direta ou indiretamente mencionado”.

Percebe-se que o leque de instrumentos nos quais poderia haver a perpetração da conduta a ser obstada é muito grande.

E assim, em respeito ao espírito da LC 95/98, escolhe a seguinte expressão “publicação ou transmissão ou qualquer forma de divulgação”.

Atente-se ainda, para o fato de que, de acordo com o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, a palavra Publicação leva o sentido de “ato ou efeito de publicar”, sendo publicar entendido como “tornar público, notório”. Por sua vez, o termo Transmissão ostenta, dentre outros, a partir do verbo transmitir, o significado final de “noticiar ou relatar ou propagar”. Finalmente, Divulgação é igual a “tornar público ou notório”, “propagar” ou “propalar”⁵¹⁵.

Então, quer-se evitar falseamentos tanto numa esfera mais restrita de relato quanto numa esfera mais abrangente de total publicidade. Todavia, a escolha destes três instrumentos é o bastante para o indicativo legal, entendendo despidiendos outros exemplos.

44. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Além dos comentários apostos, entende-se por importante, mais uma vez, realçar a gravidade ímpar contida nesta disposição sugerida.

Não se desconsiderando a problemática que envolve o apenamento de fato, em razão do local do crime, é de enorme relevância, coibir-se a transgressão quanto à origem do Patrimônio Genético.

45. § 3º. Se o crime é culposos, a pena será reduzida à metade.

Valem as observações feitas até o presente.

⁵¹⁵FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit.

46. Art. 10. Destruir ou ocultar, por qualquer meio, documento de que não se podia dispor em conformidade com a legislação vigente e com a autorização obtida de acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵¹⁶.

Considerando-se a diferença ontológica entre os atos de falsear, omitir e principalmente, destruir, tem-se a presente previsão, que aliás, faz-se assemelhada à integra do corpo do Código Penal e seus artigos 297, 298, 299 e, no que mais diretamente aqui interessa, artigo 305 do Código regente.

Por cautela, vislumbra-se outra previsão, também, com supedâneo em composição do Código Penal Mexicano:

Artículo 420 Quater

(...)

III. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal.

E, já que se está a fazer menção à Codificação Mexicana, mais especialmente, dos Delitos contra a Gestão Ambiental, cava-se esta oportunidade e sublinha-se outro dispositivo – inciso IV do artigo 420 - que, por princípio, seria mesmo cabível de igual reprodução no presente Anteprojeto, todavia, por conta de aparente desnecessidade, não se presta a incluí-lo no presente (o mencionado inciso quarto já teria sua conduta, *a priori*, enquadrada nos artigos 9º, 10 e principalmente, 13º):

⁵¹⁶Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “destruir” ou “ocultar”, cujas concepções já foram devidamente anotadas, documento de que não se podia dispor de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios, seu objeto da ação, igualmente já definido. Há elemento descritivo do tipo configurado na expressão “por qualquer meio”. E, configurando uma norma penal em branco, o tipo penal possui a expressão “em conformidade com a legislação vigente e com a autorização obtida” que configura elemento normativo do tipo, a ser pois, valorado pelo julgador, cuja presença repudia qualquer causa excludente de ilicitude. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: Com a efetiva destruição ou ocultação do documento de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios. Admite tentativa na modalidade destruir. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo de efeitos permanentes na modalidade destruir e permanente na modalidade ocultar, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente na modalidade destruir, comissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

Artículo 420 Quater

(...)

IV. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

E mais, tendo em vista a técnica redacional até agora, por bem, opta-se pela elaboração de novo artigo, e não, como aliás, aquele que lhe serviu de base – artigo 420 do Código Penal Mexicano – de incursão nas mesmas penas, numa única previsão.

O primeiro verbo, Destruir, tem a significação final de extinguir, e o segundo, Ocultar, tem o significado de esconder.

Nada obstante o artigo que lhe emprestou os dizeres faça alusão igualmente ao verbo “alterar”, considerando-se as outras propostas do Anteprojeto, notadamente aquela do artigo 9º, tem-se por não apô-lo no texto.

Opta-se por não alargar em demasia o rol dos delitos e não falar do uso dos documentos.

47. Pena: prisão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Neste sentido, mister conferir o artigo 305 do Código Penal que lhe serviu de supedâneo.

48. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Nada a acrescer quanto à relevância da prescrição igualmente em sede de culpa conforme anotações antecedentes, mantendo a mesma sistemática.

49. Art. 11. As penas cominadas nos artigos 8, 9 e 10 aumentam-se em até a metade, se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo.

Destarte, a observação a ser feita é quanto ao Sujeito Ativo dos ditames anteriores, isto é, a possibilidade enfatizada de tais comportamentos serem projetados contra a Administração Pública, tanto por particulares como por funcionários públicos, com inegável gravame nesta condição.

Não há qualquer fator de referência para o aumento pretendido.

Tal se dá em razão especificamente da opção em outros diplomas de fazer-se sempre um tipo penal para o agente público, apartando a conduta perpetrada pelo particular do âmbito penal. Esta não foi a alternativa no presente Anteprojeto, por razões já explicitadas.

Por outro lado, há limite máximo prescrito no Código Penal para os Crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral que *poderia*, no instante, servir de critério para o dito recrudescimento.

E, nesta direção, faz-se com fulcro na pena máxima de 12 anos (cf. artigos, 312, 313-A, 316, parágrafo 2º e 317).

E assim, partindo-se do disposto no presente Anteprojeto como pena basilar, notadamente dos artigos 8, 9 e 10, pode-se colocar um acrescentamento de até metade, tendo como obstáculo para um patamar superior exatamente aquela que será a ação mais gravosa (falseamento de origem com pena de até 8 anos).

Como foi demonstrado anteriormente aliás, há preocupação em tipificar condutas especialmente perpetradas pelos agentes públicos na própria lei regente até mesmo para obstar a impunidade (cf. artigo 420, inciso IV do Código Penal Mexicano e ainda, artigo 329 do Código Penal Espanhol).

Ver ainda, recente alteração no Código Penal Peruano, em que há todavia, artigo próprio para enquadramento do funcionário público:

Artículo modificado por el Artículo Segundo del Decreto Legislativo N° 1102, publicado el 29 febrero 2012, que entró en vigencia a los quince días de su publicación, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 314.- Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos

El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

La misma pena será para el funcionario público competente para combatir las conductas descritas en el presente Título y que, por negligencia inexcusable o por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, facilite la comisión de los delitos previstos en el presente Título.

50. Art. 12. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões de acesso a componente do patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético ou à repartição de benefícios⁵¹⁷.

Em verdade, independentemente de poder-se questionar a viável inserção destas condutas em outros dispositivos aproximados, opta-se por fazer clara citação à sua existência, em prol da segurança jurídica e da grandeza do bem jurídico em testilha.

Não se nega a inspiração: Artigo 69 da LCA: “Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais”.

Obstar significa “causar embaraço ou impedimento” e Dificultar tem o significado de “criar dificuldade ou empecilho”.

Nada obstante o verbo obstar já traga em seu bojo as duas ideias que se pretende veicular – impedir e embaraçar – por amor a uso já consagrado (repita-se: artigo 69 da LCA), opta-se por manter os dois distintos verbos, quais sejam, obstar e além dele, dificultar.

⁵¹⁷Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Qualquer pessoa. Sujeito Passivo: Coletividade e a União. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “obstar” ou “dificultar”, cujas concepções já foram devidamente anotadas, a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios, seu objeto da ação, igualmente já definida. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: Com o impedimento ou o embaraço da ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões de acesso ao patrimônio genético, ao conhecimento tradicional associado ou à repartição de benefícios. Admite tentativa. Classificação: Crime comum, pluriofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, plurissubsistente, comissivo ou omissivo, de forma livre, principal, independente, de mera conduta e de perigo abstrato-concreto.

Dentro da noção de gestão ambiental, tem-se todo um desassossego com a fiscalização e o controle do Acesso ao Patrimônio Genético e suas consequências. Daí, a explicação para este tipo penal.

Veja-se, por exemplo, o que determina o artigo 32 da MP regente:

“Os órgãos federais competentes exercerão a fiscalização, a interceptação e a apreensão de amostra de componente do patrimônio genético ou de produto obtido a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado, acessados em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, podendo, ainda, tais atividades serem descentralizadas, mediante convênios, de acordo com o regulamento”.

51. Pena: prisão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De igual maneira, descarta-se a recomendação do Projeto Legislativo do Código de Proteção ao Meio Ambiente (que somente repete dispositivo 69 da LCA) em “Art. 497. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa”.

E, por igual, entende-se de maior gravidade tal ação em descompasso com o determinado no Código Penal Mexicano:

Artículo 420 Quater . Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

(...)

III. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal.

Contudo, por absoluta imposição de uma coerência interna, não se pode equiparar ações tão diversas como aquela que serviu de base para todo o regramento ora desenvolvido - Acessar patrimônio genético, para fins de pesquisa científica, em desacordo com a legislação vigente (cf. artigo 2º. do Anteprojeto) e esta em tela.

Destarte, com este fundamento, reduz-se o limite máximo, e não o mínimo por conta das elucidações já tecidas no que pertence à Lei 9.099/95, mantendo afinal, proximidade com o respectivo regulamento do México.

52. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Ver observações apostas.

53. Art. 13. Deixar de cumprir as medidas determinadas pelo Poder Público destinadas a impedir ou minimizar o dano à diversidade biológica decorrente do acesso a componente do patrimônio genético⁵¹⁸.

Tendo em vista que o artigo anterior evidencia a imprescindibilidade de controle pela Administração Pública das atividades que permeiam o Acesso Regular ao Patrimônio Genético, e ainda, ao Conhecimento Tradicional e à Repartição de Benefícios, resta igualmente clara a indispensabilidade de um apenamento para aqueles que nada obstante advertidos, após controle, dos patentes prejuízos à Biodiversidade em face de suas condutas equivocadas, permanecem por desrespeitar os ditames preconizados.

Ademais, tal ideação não se fez sozinha. Está ela atrelada às concepções tanto da MP 2186-16 quanto da CDB.

Veja-se, por exemplo, o que determina o artigo 6º. da MP regente:

“A qualquer tempo, existindo evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, decorrente de atividades praticadas na forma desta Medida Provisória, o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, previsto no art. 10, com base em critérios e parecer técnico, determinará medidas destinadas a impedir o dano, podendo, inclusive, sustar a atividade, respeitada a competência do órgão responsável pela biossegurança de organismos geneticamente modificados”. (g.n.)

⁵¹⁸Bem Jurídico: Biodiversidade e Administração da Biodiversidade. Sujeito Ativo: Aquele que tem a obrigação de cumprir as medidas determinadas pelo Poder Público destinadas a impedir ou minimizar o dano à diversidade biológica decorrente do acesso ao patrimônio genético. Sujeito Passivo: Coletividade e a União e o Poder Público e ainda, terceiro eventualmente prejudicado. Tipo Objetivo: Conduta típica consiste em “deixar de cumprir”, cuja concepção já foi devidamente anotada, as medidas determinadas pelo Poder Público destinadas a impedir ou minimizar o dano à diversidade biológica decorrente do acesso ao patrimônio genético, seu objeto da ação, igualmente já definidas. Tipo Subjetivo: Representado tanto pelo dolo (dolo genérico) quanto pela culpa em consonância ao parágrafo único. Consumação: No instante em que se averiguar que o agente de maneira inquestionável e por tempo juridicamente importante não cumpriu as citadas medidas. Não admite tentativa. Classificação: Crime próprio, pluriofensivo, instantâneo, unissubjetivo, de subjetividade passiva dupla, unissubsistente, omissivo, de forma livre, principal, independente, crime formal e de perigo abstrato-concreto.

E, não esquecer do Preâmbulo da CDB:

“Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”⁵¹⁹.

Aqui, opta-se por uma redação mais precisa, dando conta das providências ordenadas pelo Poder Público para minimizar ou extinguir consequências prejudiciais à Biodiversidade.

Aqui, usa-se uma fusão das duas fontes do artigo, quais sejam, o artigo 6º. da MP regente e o Preâmbulo da CDB, com os verbos absolutamente precisos em sentido: impedir (leia-se: evitar) o dano ou minimizar (leia-se: reduzir) aquele já ocorrido.

A expressão “dano à diversidade biológica” repete a terminologia adotada pela CDB.

Aqui, de maneira propositada diz-se “decorrente do acesso a componente do Patrimônio Genético” e, não do Acesso porque se entende que mesmo se o inicial acesso tenha sido devido, se posteriormente se anotar qualquer potencialidade de perigo, tal deve ser afastada, sem pois, direito adquirido.

54. Pena: prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Não há que se debater acerca da severidade da ação descrita em face do Bem Jurídico Biodiversidade e, por conseguinte, mantém-se o apenamento nos altos níveis iniciais.

Tampouco se desconsidera aqui que outros sancionamentos, em outras searas do Direito, poderão advir, inclusive com respostas, por vezes, eficazes, contudo, há ambição no sentido de coibir-se especialmente este comportamento.

Conferir ainda, previsão normativa mexicana:

⁵¹⁹Cf. também, artigo 10, alínea “b”.

Artículo 420 Quater . Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

(...)

V. No realice o cumpla las medidas técnicas, correctivas o de seguridad necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

55. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena será reduzida à metade.

Reitera-se aposta antes.

56. CAPÍTULO V – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS⁵²⁰

Opta-se em colocar esta previsão como disposição comum para todos os artigos e não especificamente como parágrafo para um ou outro ou ainda, com duvidosa técnica redacional, em repetições cansativas.

E tal se faz, primordialmente, porque se pretende ver de maneira real o aumento de pena quando a Biodiversidade estiver sob maior afronta.

57. Art. 14. As penas cominadas nos Capítulos II, III e IV aumentam-se em até a metade, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra espécies de endemismo estrito;

II - contra espécies constantes da lista oficial da fauna e da flora brasileiras ameaçadas de extinção e dos Anexos I e II da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES;

III - em áreas protegidas ou

IV - em qualquer outra situação que cause perigo de dano grave à diversidade biológica.

⁵²⁰Conferir ainda, artigo 10, inciso VIII da LC 95/98.

A acuidade da prática destas ações todas em face de condições que mais em risco colocam o Bem Jurídico é inarredável.

E tal ilação é percebida em outros diplomas legislativos, *ad exemplum*:

Art. 437-F. – El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años.

La pena será de prisión de dos a cuatro años cuando:

(...) b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; (g.n. Código Penal do Equador)

Artículo 420. – Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

(...)

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte (...)

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales. (g.n. Código Penal do México)

TÍTULO XIII

DELITOS AMBIENTALES

CAPÍTULO I

DELITOS DE CONTAMINACIÓN

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Artículo 305.- Formas agravadas

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.*
- 2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.*
- 3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.*

Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:

- 1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.*
- 2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte.*

(...)

“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

"Artículo 307-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.*
- 2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.*
- 3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.*
- 4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.*
- 5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.*

6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.

7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

CAPÍTULO II

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 309.- Formas agravadas

En los casos previstos en los artículos 308 (Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida), 308-A (Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas), 308-B (Extracción ilegal de especies acuáticas) y 308-C (Depredación de flora y fauna silvestre protegida), la pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando los especímenes, productos, recursos genéticos, materia del ilícito penal, provienen de áreas naturales protegidas de nivel nacional o de zonas vedadas para la extracción de flora y/o fauna silvestre, según corresponda.

2. Cuando los especímenes, productos o recursos genéticos materia del ilícito penal, provienen de las reservas intangibles de comunidades nativas o campesinas o pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial, según corresponda.

3. Cuando es un funcionario o servidor público que omitiendo funciones autoriza, aprueba o permite la realización de este hecho delictivo en su tipo básico, o permite la comercialización, adquisición o transporte de los recursos de flora y fauna ilegalmente obtenidos.

4. Mediante el uso de armas, explosivos o sustancias tóxicas. (g.n. Código Penal Peruano)

Assim sendo, opta-se por um recrudesimento em até a metade da reprimenda quando a conduta enquadrar-se neste rol exemplificativo que, pela sua importância, pode sim romper fronteiras dantes estabelecidas (veja limite posto na reprimenda do artigo 11 do Anteprojeto, bem com, demais comentários: resposta penal é temática de dificuldade ímpar).

Destarte, em primeiro, ao se deparar com a Biopirataria e a proteção da diversidade biológica, por todo o já exposto, uma melhor tutela recai sobre aquele patrimônio genético único que se enquadra na conceituação de Endemismo.

Assim, Endemismo são grupos taxonômicos que se desenvolveram numa região restrita. Tais grupos taxonômicos abrigam o patrimônio biológico exclusivo de um determinado Bioma, portando valor intrínseco excepcional.

Deste modo, pode-se, *ad exemplum*, falar-se em Mata Atlântica, que se constitui como um dos 36 hotspots de biodiversidade (áreas que apresentam pelo menos 1.500 espécies endêmicas e que já tenham perdido pelo menos setenta por cento da cobertura original) reconhecidos no mundo. Somados todos os fragmentos de floresta nativa acima de 3 hectares, temos atualmente 11%. Tem mais de 20 mil espécies de plantas, sendo 8 mil endêmicas. É um Hotspot mundial, ou seja, uma das áreas mais ricas em biodiversidade e mais ameaçadas do planeta e também decretada Reserva da Biosfera pela Unesco e Patrimônio Nacional, na Constituição Federal de 1988. A maioria dos hotspots encontra-se extremamente ameaçado, pois apresentam menos de dois por cento de sua área em Unidades de Conservação de proteção integral.

Um táxon é considerado endêmico quando está restrito a uma área geográfica particular. Por outro lado, uma área geográfica pode ser avaliada um centro de endemismo quando tem dois ou mais táxons exclusivos, expondo que existem componentes histórico-evolutivos abrangidos na formação da área. Sob a ótica conservacionista, ambas são entidades frágeis, vulneráveis, que podem ser extintas por qualquer episódio mais calamitoso⁵²¹.

Aliás, o artigo 16, parágrafo 8º. da MP regente evoca proteção especial tanto para as espécies endêmicas como para aquelas ameaçadas de extinção, denotando portanto, específica necessidade de tutela: “A Autorização de Acesso e de Remessa de amostra de componente do patrimônio genético de espécie de endemismo estrito ou ameaçada de extinção dependerá da anuência prévia do órgão competente”.

Na mesma direção da maior tutela é a MP 2186-16. Artigo 7º. (...) VIII - espécie ameaçada de extinção: espécie com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo, assim reconhecida pela autoridade competente.

Na esfera internacional, três Convenções provisionam o arcabouço jurídico para o característico tratamento das espécies consideradas ameaçadas de extinção: a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América; a Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), e a já exaustivamente transcrita Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB que dispensará neste instante, outros apontamentos.

⁵²¹ A MATA Atlântica. *SOS Mata Atlântica*. Disponível em: <<http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

A Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 3, de 1948, em vigor para o Brasil desde 26 de novembro de 1965, foi promulgada pelo Decreto nº 58.054, de 23 de março de 1966. A Convenção estabelece, por meio de seu artigo VII, que os países adotarão medidas apropriadas "para evitar a extinção que ameace a uma espécie determinada". No artigo IX define ainda que cada um dos países adotará as medidas necessárias para a superintendência e regulamentação das importações, exportações e trânsito de espécies protegidas da flora e da fauna.

A Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), da qual o Brasil é signatário, foi ratificada por meio do Decreto Lei nº 54/75 e promulgada pelo Decreto nº 76.623, de novembro de 1975. A CITES estabelece proteção para um conjunto de plantas e animais, por meio da regulação e monitoramento de seu comércio internacional, particularmente aquelas ameaçadas de extinção, de modo a inviabilizar que este atinja níveis insustentáveis. As listas de espécies ameaçadas de extinção são os principais instrumentos para a luta pela conservação da Biodiversidade. Trata-se de lineamento para sustentar o restante da legislação ambiental brasileira.

A título de conhecimento, tem-se as espécies listadas em três Apêndices:

- Apêndice I: inclui espécies ameaçadas de extinção. O comércio de indivíduos destas espécies é permitido apenas em circunstâncias excepcionais.
- Apêndice II: inclui espécies não necessariamente ameaçadas de extinção mas cuja comercialização deve ser controlada para evitar exploração incompatível com sua sobrevivência.
- Apêndice III: inclui espécies protegidas em pelo menos um país signatário da Convenção que tenha solicitado às outras Partes ajuda no controle de sua comercialização.

Aliás, vale fazer menção que se seguiu de certa forma agora no Anteprojeto, o disposto no respectivo Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005 que especialmente na previsão de remessa para o exterior de patrimônio genético – artigo 17 – enumerou os seguintes parágrafos:

“§ 3º A pena prevista no caput será aumentada da metade se a amostra for obtida a partir de espécie constante da lista oficial da fauna brasileira ameaçada de extinção e do Anexo I da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.

§ 4º A pena prevista no caput será aplicada em dobro se a amostra for obtida a partir de espécie constante da lista oficial de fauna brasileira ameaçada de extinção e do Anexo II da CITES.

§ 5º A pena prevista no caput será aplicada em dobro se a amostra for obtida a partir de espécie constante da lista oficial da flora brasileira ameaçada de extinção”.

Em primeiro, observa-se que não se adota a diferenciação de penalidade específica entre as espécies. Isto não implica que, nesta proposta de redação, ao contrário, o próprio julgador possa no momento da dosagem da pena, fazê-lo. E, em segundo, parece haver um equívoco na dosimetria pugnada porque as espécies mais ameaçadas teriam menor grau de aumento de pena (conferir comparativamente parágrafos 3º e 4º do Artigo 17 do pertinente Decreto).

Quanto à expressão “áreas protegidas”: na mesma linha de raciocínio, a tutela da Diversidade Biológica em situações extremadas de risco, com fulcro no artigo 8º. da CDB.

E, por derradeiro, atestando que se cuida de mero rol exemplificativo, em consonância aliás, com a infinidade de contextos ambientais que podem surgir a qualquer instante, há o final inciso, no qual se abre o leque para infindáveis ocorrências. Propositadamente, não se agregou o adjetivo irreversível para o “dano grave”.

Há interessante previsão que pode servir de sustento para a disposição comum acima. No decreto regulamentador existem condições que deverão ser ponderadas, quando da incidência das penalidades administrativas.

Destarte, pelo art. 7º, o agente autuante, ao lavrar o auto de infração, indicará as sanções aplicáveis à conduta, observando, para tanto:

“I - a gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para o patrimônio genético, o conhecimento tradicional associado, a saúde pública ou para o meio ambiente;

II - os antecedentes do autuado, quanto ao cumprimento da legislação de proteção ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado; e

III - a situação econômica do autuado.”

Vale considerar inclusive que, de novo, de maneira voluntária, foi deixada unicamente a expressão “dano grave à diversidade biológica” não se inserindo qualquer outra, como por exemplo, a expressão “ou ao conhecimento tradicional associado”, isto porque não se pode olvidar que, apesar da sua importância a merecer tutela, trata-se sempre de um conhecimento tradicional *associado ao patrimônio genético*, este último como principal a ser protegido.

Mister ainda realçar aqui o que dispõe o Decreto 4.339/02 quando se refere à necessidade de campanhas de sensibilização sobre a biodiversidade: “15.2.8. Sensibilizar povos indígenas, quilombolas e outras comunidades locais sobre a *importância do conhecimento que detêm sobre a biodiversidade*, possibilitando ações de conservação, de utilização sustentável da biodiversidade e de repartição dos benefícios decorrentes do uso dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade”. (g.n.)

E, para demonstrar a relevância deste dispositivo, especialmente este inciso, tem-se a própria previsão exemplificativa da CDB como princípio regente:

“Artigo 3.

Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que *atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional*”. (g.n.)

58. CAPÍTULO VI – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Parte Final do Anteprojeto. Presta para fazer valer o restante de natureza substancial.

59. Art. 15. Esta lei entra em vigor após decorridos noventa dias de sua publicação oficial⁵²².

Tal proposta faz-se de acordo com a gravidade do Bem Jurídico em tela associada à indispensabilidade de uma margem de adaptação à novel criminalização.

⁵²²Cf. *vacatio legis* no artigo 8º, parágrafo 2º da LC 95/98.

60. Art. 16. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições da Lei dos Crimes Ambientais, do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Na eleição de uma lei próxima a regular aspectos lacunosos, pugna-se pela Lei dos Crimes Ambientais, mesmo porque a redação deste Anteprojeto como Lei nova e especial é opção legislativa em comparação com a possível inserção dos tipos penais na própria LCA.

O mais é para não restar qualquer dúvida.

7. CONCLUSÃO

Enfocou-se o tema Biopirataria sob a perspectiva da imprescindibilidade ou não de um tipo penal.

E assim o fez porque ao definir-se Biopirataria, depreendeu-se que inexistia tipificação do crime de Biopirataria, o que moveria à aplicação, tão somente de maneira incipiente, da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98).

Independentemente de lacuna jurídica acerca da concepção de Biopirataria, valeu-se de seu costumeiro emprego como acesso irregular ao Patrimônio Genético e, ainda, aos Conhecimentos Tradicionais associados.

Não se pode olvidar contudo que, além destas duas grandes facetas, outras ações do mesmo modo conformam a questão, reclamando resposta proibitiva, *ad exemplum*, o não compartilhamento dos benefícios; ou ainda, o desvio na utilização do Patrimônio Genético ou dos Conhecimentos Tradicionais associados, no envio para o exterior, no transporte e armanejamento do Patrimônio Genético, na propalação dos Conhecimentos Tradicionais associados e, enfim, variadas condutas contra a Administração da Biodiversidade.

Há ainda quem entenda que Biopirataria também alcança a proteção pelos Direitos de Propriedade Intelectual de inovações que em verdade são cópias ou simplórias modificações dos primeiros direitos.

Partiu-se de proposições descobertas ao longo da investigação, quais sejam, o princípio do menor custo moral que abalizando eticamente toda a controvérsia sobre a interação homem e natureza prega que se deve sempre sopesar o custo ético de todos os procedimentos e assim, a presença de alternativas com menor custo moral para atingir os mesmos objetivos; e ainda, o magnífico valor do fato estudado que fundando a incidência do Direito Penal, intensifica a constância de um prévio direito natural, de uma exigência superior de Justiça que afiança tal tutela e pois assim, aflorou a ilação sobre a cogência de um tipo penal.

Assim, apurou-se a incriminação como resposta à Biopirataria e daí, a edificação de um tipo penal cujo Bem Jurídico basilar eleger-se como algo novedoso, isto é, a Biodiversidade, originada do grego *bios*, perfilhada esta como a diversidade biológica ou

variedade da natureza viva, de organismos vivos de todas as origens e os complexos ecológicos de que fazem parte, tudo sem repelir todavia, um imperioso e multifacetário arcabouço de ações para, de verdade, oferecer proteção à solvência desta altercação, *ad exemplum*, uma forte concretização da Política Nacional do Meio Ambiente, inclusive no que concerne à Educação em Direitos Humanos Ambientais, uma poderosa atuação da Polícia Judiciária e uma conscienciosa cátedra Julgadora.

Destarte, a solução para a problemática explorada – Biopirataria: reflexões sobre um tipo penal – redundou na ilação da indispensabilidade não somente de um único versículo criminal, mas de toda uma propositura contra a Biopirataria a encerrar desde o Acesso Irregular ao Patrimônio Genético e aos Conhecimentos Tradicionais Associados, caminhando por condutas tangenciais ruinosas, *ad exemplum*, a não repartição justa e equitativa dos benefícios; ou ainda, a anormalidade no uso do Patrimônio Genético ou dos Conhecimentos Tradicionais associados, na remessa para o exterior, no transporte e armanejamento do Patrimônio Genético, na divulgação dos Conhecimentos Tradicionais associados e, afinal, em variadas condutas contra uma Administração Pública da Biodiversidade.

E, dentre todas estas sugestões, tem-se o parágrafo 2º. do artigo 2º do Capítulo II como capital para a inteligência no combate à Biopirataria. Atente-se:

Acessar ou por qualquer outro meio identificar componente do patrimônio genético, para fins de bioprospecção ou biotecnologia, em desacordo com a legislação vigente e com a autorização obtida.

Pena - prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Versa sobre passo essencial para a perpetração da Biopirataria que suprime, por fim, a Biodiversidade. Pretende-se pois, com a conduta supra, identificar uma informação genética e traçar investigações para fins de exploração econômica, realce-se, tudo em contrariedade às normas ambientais protetivas. No mais, ostentou-se resposta penal de difícil temática com a seguinte equação: valor do bem jurídico e intensidade criminal.

Sustenta-se portanto, um Anteprojeto de Lei contra a Biopirataria cuja justificativa além das já mencionadas premissas do menor custo moral e da pertinência de um Direito Penal Ambiental, ancorou-se em constatada insuficiência dos demais instrumentos para cuidar do mote. Noutras palavras, medidas nacionais de cunho

administrativo, inclusive políticas públicas, ou de natureza civil, bem como providências internacionais, primordialmente a Convenção da Diversidade Biológica apresentaram-se débeis em face da Biopirataria. Esta última notadamente porque alijada de instrumentos sancionatórios para o descumprimento de suas diretrizes.

A Biodiversidade portanto, prestou-se como inarredável interesse cardeal de relevância o bastante para quando da sujeição a severos ataques, como na hipótese em testilha, demandar sua tutela em sede de Bem Jurídico Penal.

De fato, em respeito a “Direitos próprios da Natureza” ou diante do desassossego da sociedade com a perda ambiental, está a se incriminar lesão ou perigo de lesão ao ecossistema, fundamentando a seara dos delitos ambientais, dentre os quais, se pugna pela edificação de um tipo objetivo de Biopirataria.

De novo, a diversidade biológica ou reservatório genético é sabidamente exauriente. As técnicas bioprospectoras podem destruir irremediavelmente o ecossistema. E recorde-se que a Biodiversidade responde afinal, pela adaptação das espécies a mudanças ambientais, acontecimento basilar na Biotecnologia que pode selecionar ou mesclar material genético já existente na natureza mas não criá-lo, sendo por conseguinte, de inegável relevância sua tutela.

Depreendeu-se contudo, que o capítulo Biopirataria sob o prisma penal é pouco esquadrihado, mesmo nos países megadiversos; exemplifica-se com a Costa Rica, cuja ausência de uma lei penal especial faz-se perceber: nada obstante sua avançada legislação acerca de Biodiversidade aponte o sancionamento criminal, a previsão de um tipo penal de combate à Biopirataria inexistente no ordenamento Costa-riquense, podendo apenas a conduta ser inserida em outros tipos penais com bens jurídicos absolutamente distintos.

Enfim, cuida-se de novel matéria, haja vista a originalidade da Convenção da Diversidade Biológica e de seus protocolos – de Bonn sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios Provenientes de sua Utilização, e de Nagoya sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Participação Justa e Equitativa nos Benefícios que se Derivem de sua Utilização ao Convênio sobre a Diversidade Biológica, este último sequer em vigência – e trata-se de assunto com tipificação extremamente complexa que reclama detalhamento desde a identificação do Bem Jurídico Penal, percorrendo os diferenciados núcleos verbais e encerrando-se com o patamar sancionatório.

Aliás, tal enredamento principia pela novidade do Bem Jurídico Penal de natureza difusa com seus defensores e detratores, isto é, a Biodiversidade e a Diversidade Biológica e o Patrimônio Genético e/ou Conhecimentos Tradicionais associados no ônus de conceituação por caráter de norma penal em branco.

A hodierna tendência expansiva do Direito Penal, em consonância com o alargamento advindo do Estado Democrático do Direito, em repúdio ao círculo clássico de tutela e pois, admissão de novos interesses dignos de proteção penal com feição coletiva ou supraindividual, como a Biodiversidade, põe por terra quaisquer objeções quanto à aceitabilidade deste jovem Bem Jurídico que entretanto, apresenta, sim, âmbito que se imiscui com o Direito Administrativo, não se cingindo entretanto, a ser seu mero reforço.

Um parêntese merece ser aqui apostado: no que concerne aos Conhecimentos Tradicionais associados ao Patrimônio Genético, seria de inegável utilidade uma pesquisa de campo para maior aprofundamento, mesmo porque já se lançou o prestígio autônomo deste bem. Também as informações e práticas de toda uma comunidade tradicional são de indiscutível peso, mormente pelo prisma do acesso facilitado à Biodiversidade.

Depois, advém a eleição dos verbos numa fina equação entre precisão normativa e eficácia. O estabelecimento da identidade dos inúmeros comportamentos aptos a prejudicar a Biodiversidade repudia o “déficit de eficiência”.

Tudo agregado à técnica redacional e emprego do instrumental normativo em absoluta harmonia com o Princípio da Legalidade.

E, em derradeiro, a inóspita seara da penalização sem qualquer parâmetro, inclusive por conta de uma absoluta ausência de eco na sociedade mas contudo, sem esquecer que a sanção deve corresponder à altura da dignidade humana tanto do Sujeito Ativo como do Sujeito Passivo mais que mera visão impeditiva da prática de novos delitos.

Em realidade, depreendeu-se que se a resposta penal é de autoridade, mister não olvidar que se aventa como *ultima ratio* a nascer por causa de uma ainda inatividade conjunta dos países megadiversos destituídos de uma governança global. Contexto inadmissível diante da pujança deste grupo que possui aproximadamente 70% da Biodiversidade do planeta e cerca de 45% da população mundial num equivalente de Sociodiversidade. Um mergulho nesta questão é absolutamente mandatário e urgente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL SOUTO, Miguel. *Teorias de la pena y limites al ius puniendi desde el estado democrático*. Madrid: Editorial Dilex S.L., 2006.

ACESSO ao Patrimônio Genético e/ou Conhecimento Tradicional Associado – CTA. Disponível em: <<http://www.prp.unicamp.br/patgen/acesso.php#acesso>>. Acesso em: 15 out. 2012.

ALASTUEY DOBON, Maria Carmen. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO: Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 209-227.

ALENCAR, Gisela S. de. Biopolítica, biodiplomacia e a Convenção sobre Diversidade Biológica 1992: evolução e desafios para implementação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 82-103, set. 1996.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011.

AMBIENTE Brasil. *Biopirataria na Amazônia*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/amazonia/floresta_amazonica/biopirataria_na_amazonia.html>. Acesso em: 28 out. 2011.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 99-120.

BAILONE, Matias. Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. *Ciencias Penales Contemporáneas: revista de derecho penal, procesal penal y criminología*, Mendoza, ano 4, n. 7/8, p. 461-480, 2004.

BARANDIER, Marcio. Repressão Criminal após o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 238, p. 14-15, set. 2012.

BARATTA, Alessandro. Ecologia, economia, democrazia e il patto sociale della modernità. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 1/2, p. 9-24, 2000.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 1970. t. 1.

BIODIVERSIDADE – valor econômico e social. Regulamentação do acesso à biodiversidade ainda não é definitiva. *ComCiência*, 10 jun. 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio05.htm>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BIODIVERSITY hotspots. *Megadiverse countries*. Disponível em: <http://www.environment.gov.au/biodiversity/hotspots/index.html>. Acesso em: 15 jul. 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOLETIM Risco de Desmatamento Agosto de 2011 a Julho de 2012. Disponível em: <http://www.imazon.org.br/publicacoes/risco-de-desmatamento/boletim-risco-de-desmatamento-agosto-de-2011-a-julho-de-2012>. Acesso em: 18 jul. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

BUGALHO, Nelson R. Contornos do bem jurídico-penal ambiente. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 102, p. 87-94, mar. 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, n. 11, p. 147-164, jun. 1996.

CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. *Bioderecho: propiedad intelectual, comercio y ambiente*. San José, C.R.: EUNED, 2011.

CABRERA MEDAGLIA, José Alberto. Biopiratería en America Latina: desafios y respuestas legales e institucionales. Texto não publicado, cedido pelo autor.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Andamento da Proposição junto à Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21168>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

_____. Comissão Parlamentar de Inquérito que Investiga o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiras, a Exploração e Comércio Ilegal de Madeira e a Biopirataria no País (CPIBIOPI). Relatório final/2006. Disponível em: <<http://camara.gov.br/comissoes.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____. CPI da Biopirataria: Relatório Final. Brasília/DF: Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações, 2007. 2ª Audiência Pública da CPIBIOPI — 17/11/04. João Paulo Ribeiro Capobianco, Secretário de Biodiversidade e Florestas do MMA. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/edicoes/lancamentos/CPI_Biopirataria.pdf>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Projeto de Lei nº, de 2012. (do Sr. Ricardo Izar). Altera o Artigo 29 da Lei Nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982124&filenome=PL+3710/2012>. Acesso em: 01 out. 2012.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAMPOS, Pedro Celso. *Ecologia humana: o pressuposto da ética na preservação do meio ambiente: breve história sobre origens e conceitos do movimento ambientalista*. Disponível em: <<http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/ecologiaetica.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, Madrid, v. 52, p. 136-176, jan./dez. 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARNEIRO, Ana Cláudia Mamede. Acesso a recursos genéticos, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 88, p. 3-16, maio/jun. 2007.

CARNEVALE RODRÍGUEZ, Raúl. Algunas cuestiones sobre el derecho penal de la globalización en el planteamiento del professor Jesús-Maria Silva Sánchez. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coords.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.

CARVALHO, Nuno Pires de. Em defesa da biodiversidade [Entrevista]. *Revista Pesquisa FAPESP*, ed. 84, p. 17-20, fev. 2003. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=2061&bd=1&pg=2&lg=>>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. La cuestionada tarea de criminalizar: a propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales. In: BAIGÚN, David et. al. *Estudios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 527-534.

CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. In: CESANO, José Daniel; FORTETE, César (Coords.). *Estúdios de Derecho Penal, Procesal Penal, Derechos Humanos y Criminología: Libro Homenaje a la Dra. Hilda Marchiori*. Córdoba: Lerner Ed., 2010. p. 107-151.

CIA – CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. Publications The World Factbook. *South Asia: India*. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/in.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

CIA – CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. Publications The World Factbook. *East & Southeast Asia: Philippines*. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/rp.html>>. Acesso em: 28 out. 2012.

COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD - CONABIO. Disponível em: <<http://www.conabio.gob.mx/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Disponível em: <<http://www.cbd.int/>>. Acesso em: 09 jun. 2011.

CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS, celebrada em Nova Iorque aos 10 de junho de 1958. Imprensa Oficial, Região Administrativa Especial de Macau. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/49/resoluar37.asp#ptg>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Nexo causal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

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 Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 67, p. 29-58, 2007.

_____; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

D'INCAIO, Maria Ângela. Limites Culturais na responsabilidade de conservação da biodiversidade. In: D'INCAIO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da. *A Amazônia e a crise de modernização*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

DIAFÉRIA, Adriana. Patentes de genes e o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico. *Direito Ambiental em Debate*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 21-33, 2004.

DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. Coimbra, 2002. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DÍAZ PITA, Maria Del Mar. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 477-503, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial IB de f., 2008.

DONNA, Edgardo Alberto. Prologo. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Abosoy la Prof. Tea Low. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004. p. 9-11.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, jun./set. 1995.

EGGERS, Aline; CORRÊA, Simone Prates Miranda. Do tipo subjetivo. In: FAYET JUNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2000.

ENGELS, Eve-Marie. El estatuto moral de los animales en la discusión sobre el xenotrasplante. In: ROMEO CASABONA, Carlos et al. *Los xenotrasplantes: aspectos científicos, éticos y jurídicos*. Granada: Comares, 2002.

FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual: relação entre patentes e células-tronco humanas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 274-291.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 960 p.

FERREIRA, Ivette Senise. *O direito penal ambiental*. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m07-009.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008.

FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, p. 21-25, abr./jun. 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. 2008. Monografia - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José de Purvin. *Crimes ambientais e responsabilidade penal objetiva*. Disponível em:

<<http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/guilhermepurvin/crimesambientais.htm>>.

Acesso em: 06 nov. 2012.

FINK, Daniel Roberto. Os crimes ambientais e a fiscalização ambiental. São Paulo, 2006. *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, ago. 2006. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_052_2006&category_id=339>. Acesso em: 12 jun. 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FLECK, Isabel. Secretário-geral da ONU esperava documento 'mais ambicioso'. *Folha.com*, São Paulo, 20 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1107527-secretario-geral-da-onu-esperava-documento-mais-ambicioso.shtml>>. Acesso em: 26 out. 2012.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRISTER, Helmut. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

FUENTES OSORIO, Juan Luis. Delitos contra el medio ambiente. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2011.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación penal a la empresa en y desde la empresa: el pensamiento jurídico-penal del profesor Jesús-Maria Silva Sanchez. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coords.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011. p. 151-167.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina. Delito contra el medio ambiente: el tipo básico en la Ley Orgánica 5/2010. *La Ley Penal*: revista de derecho penal, processal y penitenciário, Madrid, v. 8, n. 79, p. 37-52, fev. 2010.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areceres, 2009.

GENOVESE, Marcos R. Responsabilidad penal del funcionario público por delito medioambiental en comisión por omisión. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, fasc. 7, p. 1179-1191, 2010.

GHERSEL, Elton. A União Européia e o direito internacional do meio ambiente: a convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e flora selvagens em perigo de extinção. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 5, n. 60, p. 13-19, abr. 2003.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente*: responsabilidade e sanção penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O controle e a repressão da biopirataria no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, ano 21, n. 2, fev. 2009.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Crime: essência e técnica. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, jul./set. 2002.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José Faria da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRIMALDI, Karina. Tutela jurídica administrativa da biodiversidade de fauna silvestre brasileira e o combate à biopirataria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, ano 6, v. 14, p. 147-207, abr./jun. 2008.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Especiales elementos subjetivos del tipo del derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 6, p. 39-101, 2001.

GUSIS, Gabriela L.; VEJA, Pablo D. El encarcelamiento en América Latina: perspectivas y propuestas. In: VACANNI, Pablo Andrés (Coord.); ZAFFARIONI, Eugenio Raul (Dir.). *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAFFKE, Bernhard. Reincidencia y medición de la pena. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 229-253.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento*. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1998.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoria de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Diaz. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

_____. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, p. 27-35, 2002.

HATHAWAY, David. A biopirataria no Brasil. In: BENSUSAN, Nurit. *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade, como, para que e por quê*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 2002.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HERINGER, Astrid. Os conhecimentos tradicionais associados e o acesso aos recursos genéticos: um estudo sobre a regulamentação da medida provisória nº 2.186-16/01. *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*, Cuiabá, ano 1, n. 2, p. 131-148, jul./dez. 2007.

HERNÁNDEZ, Hector H. (Dir.). *Fines de la pena*. Abolicionismo, impunidad. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. 2010.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. Derecho penal medioambiental y accesoriedad en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución. *La Ley Penal: revista de derecho penal, processal y penitenciário*, Madrid, v. 7, n. 76, p. 49-63, nov. 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011.

HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. *Extrativismo, biodiversidade e biopirataria na Amazônia*. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2008.

IBAMA. Anexo à Instrução Normativa nº 3, de 27 de maio de 2003, do Ministério do Meio Ambiente. Lista das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçadas de Extinção. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/fauna/downloads/lista%20spp.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

INFORME Latinobarómetro 2011. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Cartilha da Propriedade Industrial, Rede de Tecnologia do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.inovacao.usp.br/images/pdf/Cartilha%20INPI%202002.pdf>>. Acesso 15 out. 2012.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin; New York: Gruyter, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Nexo causal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 5, n. 27, p. 62-67, ago./set. 2004.

_____. *Tratado de derecho penal: concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., [1965?]. t. 1.

KERR, Warwick Estevan. Biodiversity: today's and tomorrow's importance. In: VVAA, *Diversidade biológica e cultural da Amazônia*, Ima Célia Guimarães Vieira, Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 60, p. 119-163, ene./dic. 2007.

LEMOS, Edward Antônio Pinto; ATAÍDE, Raquel Batista de. Patrimônio genético e biotecnologia: interesses do Brasil na ALCA. *Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito Universidade Federal da Paraíba Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*. Editora Universitária UFPB, ano 4, n. 4, p. 329-374, jan./dez. 2005.

LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, n. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002.

LEUZINGER, Márcia Diguez. A importância das áreas protegidas e das comunidades tradicionais na conservação da biodiversidade. *Direito Ambiental em debate*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 281-294, 2004.

LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo. *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Ástrea, 2012.

MÁRQUEZ, Maria Juliana. El delito de omisión: el concepto de omisión. Una división tripartita de sus tipos. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 679-704.

MASSON, Cleber Rogério. Classificação dos crimes. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1.

_____. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1, 919 p.

A MATA Atlântica. *SOS Mata Atlântica*. Disponível em: <<http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: B de F, 2007.

MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 17, p. 287-377, 2005.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=72&idMenu=2338>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Montevideo; Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2011.

_____. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 3, p. 661-683, sept./dic. 1988.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. La reciente política legislativa penal en México. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial IB de f., 2008.

MOTTA, Amanda. *Envolverde* - Fórum Amazônia Sustentável reúne sociedade civil, órgãos públicos e empresas. Disponível em: <http://amazonianamidia.blogspot.com.br/2008_06_29_archive.html>. Acesso em: 26 out. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ LORENTE, José. Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y delito continuado en los delitos contra el medio ambiente. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 331-387, 2007.

NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20. Rio de Janeiro, jun. 2012. *El futuro que queremos*. Documento final de la Conferencia. Disponible em: <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponible em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Abosoy la Prof. Tea Low. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Ahora si: *Hispanica Societas Delinquere Potest*. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 473-508.

OTÁVIO, Chico. *Inventário Amazônia: ocupação, preservação e futuro*. Rio de Janeiro: Desiderata, 2007.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal: parte geral*. Barueri: Manole, 2003. 200 p.

PAVARINI, Massimo. Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo. *Dei Delitti e delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, anno 3, n. 3, p. 525-553, sett./dic. 1985.

PEREZ BARBERÁ, Gabriel E. El concepto de dolo en el derecho penal: hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como un estado mental. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, p. 517-556, 2010.

PESQUISA Científica. *PATGEN* – *UNICAMP*. Disponível em: <http://www.prp.unicamp.br/patgen/definicoes.php>. Acesso em: 16 out. 2012.

PIERANGELI, José Henrique. Nexos de causalidade e imputação objetiva. *Revista de Derecho Penal*, Fundación de Cultura Universitária, Montevideo, n. 13, p. 195-210, dez. 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*: de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: Grijley, 2009.

_____. Dolo genérico versus dolo específico: reflexões críticas sobre a relação entre dolo e os elementos subjetivos do injusto. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v.2, n. 4, p. 99-124, set/dez. 2001.

POLÍTICA Nacional de Biodiversidad. República de Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. Departamento Nacional de Planeación. Instituto "Alexander von Humboldt". Disponível em: http://www.minambiente.gov.co/documentos/politica_nacional-biodiversidad.pdf. Acesso em: 01 out. 2012.

PONTES, Jorge B. Projeto Drake: a Polícia Federal contra a biopirataria. *Revista ECO21*, ed. 83, out. 2003. Disponível em: <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=572>. Acesso em: 28 out. 2011.

POSTIGLIONE, Amedeo. *Global Environmental Governance: the need for an International Environmental Agency and an International Court of the Environment*. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 2010.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Sistema Costarricense de Información Jurídica. Disponível em: http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=JUR&nValor2=39796&nValor1=1&nValor3=74714&nValor5=175269&strTipM=J. Acesso em: 27 nov. 2012.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. Breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (Orgs.). *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: UFPB, 2007. p. 209-230. Disponível em: <http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_line/educacao_em_direitos_humanos/14%20-%20Cap%20%20Artigo%206.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

RAFI - Rural Advancement Foundation International. Disponível em: <<http://www.rafiusa.org.htm>>. Acesso em: 11 out. 2007.

REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES (RENTAS). Disponível em: <<http://vww.rentas.com.br.htm>>. Acesso em: 26 out. 2007.

REMESSA. Disponível em: <http://www.prp.unicamp.br/patgen/transporteRemessa.php#remessaAutorizacao>. Acesso em: 16 out. 2012.

RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145-204.

ROCHA, Letícia Kolton. Um estudo crítico sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, ano 6, v. 24, p. 93-133, out./dez. 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

_____. *Derecho penal: parte geral: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Navarra: Rodona Industria Gráfica, 2007. t. 1.

ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

_____. *La teoria del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ed. Jurídica Grijley E. I. R. L., 2007.

SALTELLI, Carlo. Il rapporto di causalità materiale nel reato. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Torino, anno 8, fasc. 10, p. 372-387, ott. 1939.

SANTIAGO NINO, Carlos; ZAFFARONI, E. Raúl. *¿Un debate sobre la pena*. Buenos Aires: Del Instituto, 2004. Fichas del INECIP. (Fichas para el trabajo universitario). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56262190/fichaninozaffaroni>>. Acesso em: 28 out. 2012.

SANTILLI, Juliana. Acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: aspectos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 21-65, jul./set. 2005.

_____. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 83-102, mar. 2003.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Ed. Fundação Peirópolis, 2005.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. *Tipo e tipicidade nos crimes contra o meio ambiente*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. La evolución reciente de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: estado de la cuestión en España y Alemania. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 509-517.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2007.

_____. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal despues del milenio*. Madrud: Tecnos, 2002. p. 97-111.

_____. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 179-228.

_____. ¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2. p. 218-242.

_____. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2, p. 114-162.

_____. La teoria de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2. p. 64-112.

SEBRAE. Disponível em: <www.sebrae.com.br/customizado/inovacao/acesse/glossario>. Acesso em: 16 out. 2012.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, Marina da. Biodiversidade: oportunidade e dilema. Disponível em: <www.amazonlink.org/gd/diversidade/SenadoraMarinaPORT.doc>. Acesso em: 16 out. 2012.

SILVA, Sebastião B. *Direitos Ambientais também são Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/academia/coloquio/meioambiente_sebastiao.html>.

Acesso em: 12 jun. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de et. al. Teoria geral do delito: classificação dos crimes, tipo material formal e de mera conduta. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 23, p. 51-58, dez./jan. 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 304-309, jul./set. 2002.

SOS Mata Atlântica. Disponível em: <<http://www.sosmatatlantica.org.br/index.php?section=info&action=mata>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colômbia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial IB de f., 2008.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. de Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

_____. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 21-32, abr./jun. 1972.

TEORIA de Gaia de James Lovelock. Disponível em: <http://www.ecolo.org/lovelock/what_is_Gaia_sp.html>. Acesso em: 19 jul. 2011.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalid.* Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez. 2. ed. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007.

VANNINI, Ottorino. Una parola ancora sul nesso di causalità. *Archivio Penale*, Diretto da Remo Pannain. Ordinário di Diritto Penale Nella Università. “Júris Domus”, Roma, fasc. 1/2, p. 3, genn./febb. 1952.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental.* São Paulo: Ed. SENAC, 2007.

WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade intelectual: conhecimento tradicional associado a biopirataria. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.). *Propriedade intelectual e biotecnologia.* Curitiba: Juruá, 2007.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Letícia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). *Socioambientalismo: uma realidade: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho.* Curitiba: Juruá, 2007. p. 63-78.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Trad. Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano.* Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. La reciente política legislativa penal en Ecuador. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006).* Montevideo; Buenos Aires: Editorial IB de f., 2008.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. Responsabilid y castigo de las personas jurídicas. tendencias actuales del derecho penal comparado em torno a la autorregulación empresarial. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolas (Coord). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal.* Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 2010. p. 519-547.