

REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Crimes contra o ambiente

No presente número, prossegue-se a divulgação de contributos para a interpretação dos crimes contra o ambiente introduzidos pela reforma penal de 1995.

Publica-se na íntegra um estudo sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal, elaborado pelo Senhor Delegado do Procurador da República na comarca de Ferreira do Alentejo, Dr. José Albuquerque.

Interesses Difusos

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE POLUIÇÃO PREVISTO E PUNIDO PELO ARTIGO 279º DO CÓDIGO PENAL REVISTO

(Alguns problemas de aplicação)

SUMÁRIO:

1. Apresentação
2. O crime de poluição (art.º 279.º do Código Penal)
3. Questões de causalidade e imputação objectiva
4. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas
5. O erro
6. Questões de concurso
7. Questões processuais
8. Conclusões

1 - Apresentação. O Direito penal em defesa do ambiente.

A actual problemática do ambiente, pela sua novidade jurídica, veio colocar novos desafios à ciência do Direito, tendo o Direito penal sido também chamado à resolução dos conflitos ambientais.

Os problemas do ambiente constituem, de facto, uma nova área de interesse da política criminal.

E se assim é, a resposta aos desafios colocados pela problemática ambiental (também ao nível penal, mas não só) tem que contar com o empenho principal do Ministério Público - o “titular da acção penal” -, ao qual a lei confere (horizontalmente, quer ao nível penal, quer civil) uma postura de verdadeiro “protector do ambiente”¹ (cfr. art. 45º, nº 3 da Lei de Bases do Ambiente² - Lei nº 11/87 de 7 de Abril).

A novidade do Direito do Ambiente (e do Direito Penal do Ambiente) abre campo a reflexões e a problemas, cujas soluções não podem, para já, considerar-se acabadas ou definitivas³.

¹ Cfr. Manuela Flores, “O Ministério Público e o Ambiente”, in Boletim JUSTIÇA, do S. M. M.º P.º, Cad. N.º 3, 1989.

² Seguidamente apenas referida como L.B.A.

³ Referindo diversificações dos instrumentos dogmáticos e alterações à dogmática penal clássica, provocada por novas realidades criminais, como os crimes ambientais, cfr. Winfried Hassemer, in “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra”, AAFDL, 1995, Tradução de Paulo Sousa Mendes/Teresa Serra.

1.1. - Razão de Ordem

Pretende-se aqui, dar um pequeno contributo, assumidamente descritivo e sujeito a crítica, para essa reflexão e problematização.

O nosso interesse, quanto ao tema, resultou da frequência do curso de especialização em Direito do Ambiente, leccionado no Centro de Estudos Judiciários, onde foram debatidos, com acuidade, vários dos problemas que aqui pretendemos inventariar⁴.

1.2. - A Poluição como problema ecológico com implicações sociais e jurídicas.

A poluição constitui um dos problemas ecológicos actuais, com manifestações generalizadas e importantes no quotidiano dos cidadãos⁵.

Como exemplo, assiste-se, frequentemente, às manifestações de descontentamento de certas populações locais, ante a perspectiva da fixação de um aterro sanitário. Porém, nesses casos, ressalta mais a má consciência de que os problemas ambientais só geram crescentes preocupações e manifestações de cidadania, na razão directa da sua aproximação aos núcleos populacionais em questão, do que, propriamente, um genuíno interesse na resolução desses problemas, com o envolvimento de todos.

Certo é, porém, que o despertar da consciência colectiva para os problemas ambientais, apresenta-se urgente e requisita uma partilha de responsabilidades, como tarefa «esclarecida e participativa» de cidadania⁶.

A interferência intencional do Homem no ambiente, pela afectação de recursos naturais às suas necessidades, é causa de «disfunções»⁷ ambientais, que se vão tornando crescentemente irreversíveis, quer pela intensidade dessa afectação, gerada em grande parte pela explosão demográfica e pelo furor consumerista, quer pela óbvia finitude dos recursos.

⁴ Curso leccionado nos anos de 1994-1995 (1.º curso) e 1995-1996 (2.º curso), este com pós-graduação.

⁵ Entendendo a problemática do ambiente como “questão de segurança nacional do início do séc. XXI” se pronuncia Robert D. Kaplan: “O impacte político e estratégico da mobilidade das populações, do aumento das doenças, da desflorestação e da erosão do solo, do esgotamento da água, da poluição do ar e, provavelmente, da subida do nível das águas em regiões críticas e superlotadas... acontecimentos que irão originar migrações em massa e por seu turno, estimular conflitos intergrupos – constituirá o principal desafio da política externa do mundo pós-guerra fria”, in Jornal “PÚBLICO”, suplemento especial de 5.3.96.

⁶ Cfr. Viriato Soromenho Marques, “A Era da Cidadania”, Europa-América, págs. 15-16.

⁷ Cfr. o artigo “Poluição”, da autoria de José Almeida Fernandes, in Enc. POLIS, vol. 4.

A poluição representa uma dessas disfunções significando sempre, em termos simples mas verdadeiros, um “mal”⁸ que atinge o equilíbrio e a qualidade do ambiente.

Por corresponder a uma alteração da qualidade dos recursos naturais, a poluição, fazendo diminuir esta qualidade, acarreta igual diminuição da utilidade que dos recursos se poderia retirar.

Em causa fica não só a liberdade de uma existência com qualidade ambiental, como também a chamada solidariedade intergeracional, traduzida na garantia, pelas gerações presentes, de que as gerações futuras possam (também) conhecer a liberdade de optar por viver num ambiente equilibrado e com qualidade⁹.

O problema da poluição ambiental, de tão presente na consciência colectiva actual, atinge já campos mais vastos. Da poluição se fala, não só quanto ao ambiente natural, e quanto ao ambiente artificial, criado pelo Homem, de que é exemplo o ambiente urbano, como também se invoca a poluição para caracterizar males que atingem a política ou os “média” ou a própria legislação¹⁰.

Mas sendo um “mal”, a poluição (do ambiente natural) não é sempre um “mal” proibido, nem o poderia ser, dado que todo o ser vivo produz “poluição”.

Se “tudo é veneno e nada é veneno”, parafraseando o cientista Claude Bernard (citado por Jacques Vernier), também a poluição é um mal proibido e não proibido. “A diferença, tal como no veneno reside na “dose” ou no grau de poluição e no seu ritmo”¹¹.

Assentando nesta ideia, de que a diferença está na “dose”, respeitando o princípio da subsidiaridade do Direito Penal, o legislador, no art. 279º do Código Penal, veio proibir, não toda a poluição, mas apenas a poluição “em medida inadmissível”¹².

2 - O crime de poluição

2.1. - Valores Subjacentes à Consagração Legal.

No preâmbulo do Dec. Lei nº 48/95 de 15 de Março, que aprovou a revisão ao Código Penal de 1983, é assinalado um conjunto significativo, se bem que limitado, de

⁸ Vd. O conceito de “poluição” consagrado na L.B.A., no art.º 21.º e o art.º 26.º da mesma lei sobre a “proibição de poluir”.

⁹ Sobre os fundamentos éticos da defesa do equilíbrio e qualidade ambientais, vd. Peter Singer, “Ética Prática”, ed. Martins Fontes, S. Paulo, 1994, pág. 279 e segs.

¹⁰ Como na nota 7.

¹¹ Cfr. Jacques Vernier, in “O Meio Ambiente”, Papirus – S. Paulo, 1994, pág. 8.

¹² Indo além da previsão dos art.ºs 21.º e 26.º da L.B.A.

propostas de neocriminalização, resultante quer da revelação de novos bens jurídico-penais, quer de novas modalidades de agressão ou perigo, destacando-se, como exemplo de neocriminalização, o crime de poluição p.p. no art. 279º do Código Penal¹³.

No ponto 23 da introdução ao Código Penal de 1983 (aprovado pelo Dec. Lei 400/82 de 23 de Setembro), a neocriminalização referenciava-se como associada às mais modernas tendências do pensamento penal, consideradas reveladoras de valores que o Direito Penal não pode deixar de defender.

Na eleição de (novos) bens jurídicos que mereçam tutela penal, um critério unanimemente aceite consiste no apelo à unidade da ordem jurídica, representada pela ligação de referência, entre o Direito Penal e a Ordem Constitucional¹⁴.

Materialmente subjacente à referida tutela está a consciência crítica da comunidade que, perante a visível deterioração do meio ambiente, exige a preservação e a restauração do equilíbrio ambiental, manifestando a vontade de salvaguardar valores - como a necessidade de uma vida saudável em equilíbrio com a natureza; como a necessidade de garantir a já citada solidariedade intergeracional - valores esses que encerram um sólido mínimo ético¹⁵.

A situação histórica e social faz-se reflectir na produção normativa, e as novas valorações sociais impelem à protecção de novos bens jurídicos.

Na medida em que a protecção do meio ambiente se revela necessária (à sobrevivência humana), a tutela penal passa a ser adequada e proporcional à protecção do meio ambiente e, em última análise, à protecção do ser humano.

É nesse contexto que o Direito Penal é convocado a punir condutas atentatórias do bem jurídico “ambiente com qualidade ou equilíbrio”, em consonância com a já existente protecção constitucional (cfr. artºs 62º, 9º alíneas d) e e), 81º a) e n) e 96º/1 d) e nº 2 todos da Constituição da República).

A consagração dessa tutela, no art. 279º do Código Penal, é, assim, exemplificativa da correspondência axiológica entre a função protectora de bens jurídicos, pelo Direito Penal, e o correspondente quadro constitucional inspirador.

¹³ Ponto 7 do Preâmbulo.

¹⁴ Cfr. Prof. Figueiredo Dias, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, in DIREITO E JUSTIÇA, vol. IV, 1989/1990, pág. 35 e segs.

¹⁵ Sobre os aspectos relacionados com o bem jurídico protegido, cfr. J. Faria e Costa, in “O Perigo em Direito Penal”, Coimbra Editora, pág. 270, 271, 272, 295, 296, 302, 369.

Sobre os princípios fundamentais do Direito do Ambiente, conceito de ambiente e consagração constitucional do direito ao ambiente, Mário José de Araújo Torres, in “Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente”, C.E.A.D.C., 1996, inédito.

A necessidade de preservar o equilíbrio ecológico e a biodiversidade assenta na constatação de que o mundo vivo é um tesouro medicinal, é um vasto celeiro, uma “mina” para a indústria, e na constatação de que a destruição de um elo de uma cadeia de vidas (pela eliminação de uma espécie) não fica impune para o futuro ¹⁶.

Preservar e defender o ambiente, reconduz-se à defesa da dignidade e liberdade da pessoa humana, cuja salvaguarda constitui o objectivo último do direito penal.

2.2. - Estruturação típica e inserção sistemática.

Inserido no capítulo III do título IV do Código Penal revisto, sobre a epígrafe “Dos crimes de perigo comum”, encontra-se o art. 279º, o qual prevê e pune o crime de poluição, objecto da nossa análise, e que dispõe:

1- Quem, em medida inadmissível:

a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;

b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou

c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza;

é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2- Se a conduta do nº 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

3- A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.

Apesar da aparente clareza do enunciado apresentam-se ao intérprete variados problemas de aplicação do normativo penal em apreço, para os quais a dogmática penal parece não apresentar respostas expeditas.

Tais dificuldades, para alguns, apresentar-se-iam como deliberadamente assumidas pelo legislador, remetendo-se a consagração do crime de poluição para uma função mitificadora ou de mera simbologia legislativa, destinada a ter escassa eficácia ¹⁷.

¹⁶ Como na nota 11, pág. 98 e segs.

¹⁷ Cfr. A. M. Hespanha, in “Justiça e Litigiosidade...”, F.C.G., pág. 11, 24 e passim. Cfr. Carlos González Zorrilha, “Legislação Simbólica...”, Rev. Mº Pº, nº 55, ano 14, Julho/Set. 93, pág. 71 e seguintes.

Porém, tal visão, acaba por ser redutora da função da lei e do jurista.

“O direito é um modo de resolver casos concretos”. As fórmulas legais não podem ser meramente simbólicas. Elas corporizam ideias. Estas colhem-se na realidade. De modo que a atitude do intérprete-aplicador, perante uma norma, deve ser a de que a norma visa a obtenção de certas soluções efectivas ou materiais. Só a máxima operatividade das normas, em termos materiais, dá relevo e projecção aos valores que lhe estão subjacentes¹⁸.

Com base em tais premissas, olhemos, então, para o crime de poluição.

*

Pela inserção sistemática do art. 279º seríamos levados a concluir que estamos perante um crime de perigo comum. Estes são definidos como crimes em que o risco da acção potenciadora do dano, se dirige a uma pluralidade de bens jurídicos incertos.

A crítica à inserção sistemática do crime de poluição, no capítulo do Código Penal destinado aos crimes de perigo comum, é já recorrente¹⁹.

Na verdade, ao contrário do que pareceria resultar da sua inserção sistemática (em especial quanto à epígrafe do capítulo II do título IV), facto é que o crime de poluição é um crime de dano.

A natureza de crime de dano resulta inequívoca da tomada de posição do Prof. Figueiredo Dias nas actas de revisão do Código Penal, onde é assumido que o crime do art. 279º é, na sua essência um crime de dano (acta 32)²⁰.

A dissonância entre a natureza de crime de resultado de dano, que é o crime de poluição, e a sua inserção sistemática, detecta-se, também, pela leitura do art. 280º do Código Penal, que se lhe segue no mesmo título. Esse crime é de perigo ou de resultado de perigo (perigo concreto). O art. 280º, tendo a estrutura de crime de perigo e ao exigir no seu nº 1 a verificação da conduta descrita no nº 1 do art. 279º, afasta qualquer hipótese de o crime de poluição ter outra natureza que não a de crime de dano.

Nas actas da Comissão Revisora do Código Penal é referido que o crime de poluição tem também uma componente de desobediência (acta 52).

¹⁸ V. Menezes Cordeiro, Introdução a “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito” de Claus-Wilhelm Canaris, F. C. G., 1989, pág. XLIII e segs. e in “Teoria Geral do Direito Civil”, 1.º vol., 2.ª ed., AAFDL, 1990, pág. 31 e segs. e 407 e seguintes.

¹⁹ Cfr. o artigo do Dr. Pedro Manuel Branquinho Ferreira Dias, publicado no Boletim INTERESSES DIFUSOS, P.G.R., n.º 4, Dez/94.

²⁰ V. “Actas da Comissão de Revisão do Código Penal”, Rei dos Livros, 1995 e José Souto de Moura, (ob. cit. na nota 21, pág. 29 e 33).

Quanto a essa componente de desobediência, ela parece resultar da formulação do nº 3 do art. 279º. Aí se descreve que a medida inadmissível ocorre sempre que a natureza ou os valores da emissão ou imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação da aplicação das penas previstas neste artigo.

O paralelismo de tal formulação, com o tipo legal de desobediência, previsto no art. 348º, nº 1, b) do Código Penal, parece fazer-se de imediato. Aí, também a autoridade competente emite ordem, em conformidade com disposição legal que comina a punição da desobediência ou apenas faz a cominação da punição da desobediência, no caso de ausência de disposição legal que a comine.

A componente de desobediência, que se pretende que o crime de poluição assuma, parece resultar da necessidade de emprestar maior gravidade a uma conduta que, na maior parte dos casos, já é sancionada como contra-ordenação, mas que, para assumir a dignidade criminal, necessita de um “maius” de ilicitude.

A componente da desobediência representaria, aqui, o tal acréscimo de ilicitude da conduta do agente, demonstrativo, segundo alguns, de uma rebeldia ou de um não acatamento, deliberado e consciente, das prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente; e apesar da cominação da punição, como crime, da conduta poluidora²¹.

2.3. - Crítica.

Designar essa rebeldia, representativa dessa maior ilicitude da conduta, como desobediência, não nos parece, no entanto, que possa esclarecer o funcionamento descritivo do tipo, apesar da posição registada nas actas da Comissão Revisora do Código Penal

Na verdade, a componente de desobediência que se pretende emprestar ao crime de poluição, não é identificável com a estrutura e o funcionamento do crime de desobediência p.p. no art. 348º do Código Penal

Neste, a previsão legal pode ser preenchida indiferentemente, quer por acção, quer por omissão, tudo dependendo da ordem concreta que é desobedecida, a qual pode ser uma ordem de “facere” ou de “non facere”²².

No crime de poluição, a conduta contrária às prescrições ou limitações impostas, só pode ser cometida por acção, pois a autoridade competente, ao impor limites qualitativos (natureza) e/ou quantitativos (valores) da emissão ou imissão de poluentes,

²¹ Nesse sentido, v. J. Souto de Moura, in “O Crime de Poluição”, Rev. M.º P.º, n.º 50, ano 13.º, pág. 34.

²² Cfr. Teresa Beleza, in “Direito Penal”, 2.º vol., AAFDL, 1983, pág. 508 e seguintes.

impõe uma ordem de “non facere” que só pode ser violada por um “facere” contrário a essas ordens ²³.

Por outro lado, o crime de desobediência do art. 348º do Código Penal é um crime formal, não exigindo qualquer resultado à sua consumação, além de que o bem jurídico protegido é, só, o respeito pela vontade da autoridade.

Pelo contrário, o crime de poluição, assumido pelo legislador como um crime de dano, é um crime material ou de resultado (criação de um dano juridicamente reprovado), exigindo o tipo de ilícito a verificação de uma poluição “em medida inadmissível”, medida essa cujo conteúdo descritivo está no nº 3 do art. 279º do Código Penal Além disso, o bem jurídico protegido (qualidade do ambiente) não inclui o respeito pela vontade da administração.

Além de outras eventuais dissonâncias entre o crime de desobediência e a apelidada componente de desobediência do crime de poluição, afigura-se-nos que não traz acréscimos de esclarecimento, à natureza do tipo legal previsto no art. 279º do Código Penal, a autonomização dessa mesma componente.

2.4. - Posição adoptada.

A descrição da “medida inadmissível” da poluição, exigida no nº 1 e esclarecida no nº 3 do art. 279º, é integrante do tipo de ilícito, excepto, a nosso juízo, quanto à “cominação da punição”, incluída também no enunciado punitivo.

Que lugar e qualificação fica para a “cominação da punição”?

Defender que ela faz parte da ilicitude da conduta, intensificada e acrescida por uma posição de rebeldia do agente - precisamente representada pelo desrespeito a tal cominação - é torná-la incompatível com a punição da conduta negligente, prevista no nº2 do art. 279º.

Na verdade, a medida inadmissível da poluição, com o conteúdo normativo do nº 3, incluindo a cominação da punição, é também toda ela exigida à punição da forma negligente do crime de poluição. No entanto, se os valores ou natureza da poluição produzida contrariam prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente e se se aceitar que a maior ilicitude é revelada também na rebeldia demonstrada pela indiferença consciente à cominação da punição, então, julgamos que tal maior desvalor da acção, sendo perfeitamente identificável com o dolo, é incompatível com a forma negligente do crime. Saliente-se que nos crimes negligentes é o resultado danoso

²³ Pode argumentar-se que as prescrições da autoridade competente podem consistir na ordem de eliminar certos componentes tóxicos dos resíduos. Se o agente não cumpre essa ordem estaria a OMITIR o comportamento devido. Mesmo aí, no entanto, a conduta típica relevante não seria uma conduta omissiva, uma vez que o agente para cometer o crime de poluição teria de poluir ar, solo ou água através da EMISSÃO ou IMISSÃO (indicativos de ACÇÃO) dos resíduos dos quais não se eliminaram os tóxicos.

(desvalor do resultado, como objecto de referência da culpa) que fundamenta a própria existência da punição, e não o desvalor da acção²⁴.

Nessa medida, haverá que reformular a qualificação e a colocação da “cominação da punição” dentro da previsão legal, colocando-a à margem do tipo objectivo e subjectivo, e perspectivando-a, antes, como uma condição objectiva de punibilidade.

Julgamos que a cominação da punição já não se enquadra na representação (objectiva e subjectiva) do resultado da acção - esse é a “poluição em medida inadmissível”. Na verdade, se, mentalmente, eliminarmos a “cominação da punição”, o facto conservará a sua natureza danosa (Vannini)^{25 26}.

Desse modo, e com esse critério, a cominação da punição é uma condição objectiva de punibilidade, pois que ela se prefigura como circunstância accidental, alheia à descrição típica, sobre a qual não precisa de se estender o dolo. É exterior ao tipo de ilícito, por se situar fora da descrição do comportamento proibido, afectando apenas a punibilidade da conduta, tudo dependendo da sua existência ou inexistência no caso concreto. Ela reflecte-se, somente na exigência politico-criminal da punição²⁷.

Assim, em jeito de conclusão, consideramos que o crime de poluição é um crime de dano, não havendo justificação para salientar qualquer componente de desobediência. A “medida inadmissível” da poluição, tal como descrita no nº 3 do art. 279º, faz parte do conteúdo do tipo de ilícito (do enunciado da ilicitude) da previsão legal, à excepção da “cominação da punição”, a qual constitui uma condição objectiva de punibilidade.

2.5. - Consequências.

²⁴ Identificando o não respeito do aviso da Administração como um “quid plus” de desvalor da acção, cfr. J. Souto de Moura, ob. cit. na nota 20.

Sobre o fundamento da punição nos crimes negligentes, v. João Currado Neves (ob cit. na nota 39, pág. 141 e segs.).

²⁵ Citado por Maria Manuela Fernandes Barata Valadão e Silveira, in “Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio”, AAFDL, 1990, pág. 118.

²⁶ Apesar de todo o nº 3 do art.º 279.º representar formalmente o conteúdo da “medida inadmissível”, não há qualquer obstáculo à qualificação da “cominação da punição...” como uma condição objectiva de punibilidade. Em termos lógicos, nada impede que o legislador faça incluir uma condição objectiva de punibilidade, não integrando o facto ilícito, ao mesmo tempo que faz a descrição típica (veja-se os art.ºs 227.º, 228.º e outros do Código Penal Rev.). Em termos axiológicos, a qualificação da “cominação...” como condição objectiva de punibilidade, alheia à acção, à ilicitude e à culpa, é totalmente compatível com o bem jurídico protegido na incriminação, no qual não se inclui o respeito pela vontade da administração, como supra referimos, a pág. 11.

²⁷ Cfr., quanto à qualificação e fundamentos das condições objectivas de punibilidade, Maria Valadão e Silveira, ob. e loc. Cit. na nota 25, e Teresa Quintela de Brito, in “Crime Praticado em Estado de Inimputabilidade Auto-Provocado...”, AAFDL, 1991, pág. 91 e segs., e Jescheck, “Tratado de Derecho Penal”, vol. II, pág. 762 e segs.

Tal conclusão acarreta importantes consequências. Na verdade, como veremos, a conjugação entre a previsão do art. 279º, nas várias alíneas do nº 1 e do nº 3, com os diplomas que regulam a poluição da água, solos, ar e poluição sonora, é tão coincidente que, a diferença entre o sancionamento de uma conduta como contra-ordenação ou como crime de poluição dependerá, na maioria dos casos, da verificação objectiva da cominação da punição ou da sua não verificação no caso concreto²⁸.

Na acta nº 48, certamente, o Sr. Procurador-Geral da República fez notar a existência de um conjunto apreciável de normas legais e directivas comunitárias, no domínio da poluição, a que o legislador tem vindo a dar resposta, a nível sancionatório, no âmbito contra-ordenacional. Ao acolher-se esta norma estar-se-ia a transformar estas acções (já tidas como contra-ordenações) em crimes.

Realmente, existe, nos domínios referidos (água, solo, ar e ruído) uma complementaridade entre os dois tipos de ilícito (ilícito de mera ordenação social e ilícito penal de justiça).

Assim, no que respeita à água, o Dec. Lei nº 74/90 de 7 de Março²⁹ (artºs 41º, 44º, 45º, 49º e 51º) estabelece critérios e normas de qualidade, com a finalidade de proteger, preservar e melhorar a água em função dos seus principais usos, definindo parâmetros de qualidade das águas, que representam limites para além dos quais os riscos para o ambiente são inaceitáveis; regulando também a actividade da administração na fiscalização da observância dessas normas, em especial a violação dos valores limites de concentração de substâncias poluidoras (normas uniformes de emissão, valores máximos admissíveis e, para alguns sectores, condições de descarga poluente tendencialmente superior aos limites gerais, mas justificadas por factores técnico-económicos desses sectores).

A violação das normas desse diploma constitui ilícito de mera ordenação social (contra-ordenação) cuja sanção é feita com a sujeição dos agentes a coimas e sanções acessórias.

Ainda no domínio da água, vários outros diplomas, relativos às descargas poluentes estabelecem normas desse tipo de descarga. Entre outros, podem citar-se a Portaria 505/92 de 19/6, relativa às descargas de águas residuais no sector de pasta de celulose, a Portaria 1049/93 de 19/10 que estabelece normas de descarga de matéria poluente derivada de actividades que manuseiam o amianto.

No que respeita ao ar, o Dec. Lei 352/90 de 9/11 prevê valores limites de emissão de poluentes para a atmosfera e a aplicação de coimas nomeadamente devido a emissão de poluentes atmosféricos por estabelecimentos industriais (art. 5º, 19º e 34º). Ainda

²⁸ V. acta nº 48 e Boletim INTERESSES DIFUSOS, referidos nas notas 19 e 20.

²⁹ V. ainda os Dec. Lei nº 74/90 e 46/94, de 22/2, regulamentando o regime jurídico de utilização do domínio público hídrico. No D.L. nº 46/94, os art.ºs 36.º a 40.º estabelecem regras relativas à rejeição de águas residuais e ao seu licenciamento e o art.º 86.º, al. g), prevê contra-ordenações.

neste domínio, a Portaria 236/93 de 12/3 define os valores limites de concentração dos poluentes na atmosfera.

No que respeita ao ruído, o Dec. Lei 251/87 de 24/6 estabelece normas e valores de combate ao ruído, sancionando a sua violação com coimas (art. 36º), diploma que foi alterado pelo Dec. Lei 292/89 de 2/9 que fixa valores limites de níveis sonoros. Veja-se ainda a Portaria 879/90 que estabelece valores limites de potência sonora emitida por várias máquinas e equipamentos, por remissão para a legislação comunitária.

Quanto às emissões poluentes para os solos, vejam-se o Dec. Lei 488/95 de 25/11, a Portaria 374/87 que refere e proíbe métodos de eliminação de resíduos poluentes no solo, punindo com coima tal violação (art. 14º e 20º).

O cotejamento de alguns desses diplomas e de outros, em confronto com o conteúdo do tipo de ilícito do art. 279º do Código Penal, permite concluir que, entre os ilícitos de mera ordenação social, que esses diplomas prevêm, e o crime de poluição, existe um amplo campo de coincidência clara, havendo que anotar leves diferenças³⁰.

*

2.6. - Relações entre crime e contra-ordenações.

Na escolha das fontes mais graves de poluição, com interesse para o conteúdo descritivo do tipo de ilícito do crime de poluição, podem, como dissemos, assinalar-se sobretudo os muitos pontos de aproximação, especialmente quanto ao funcionamento e à associação entre o comportamento tido como contra-ordenação e o tido como crime.

Todo o direito sancionatório (contra-ordenacional), em matéria de ambiente, está imbuído de uma finalidade preventiva, na expectativa de que o dano ecológico não chegue a verificar-se. A exigência da citada condição objectiva de punibilidade, para a existência do crime de poluição, parece representar ainda o estabelecimento de etapas “concedidas” pela administração, para evitar (prevenir) o dano ambiental.

Acima de tudo elege-se o desvalor da acção como representativo ou, desde logo, indiciador do perigo que o acto de produzir poluição representa para o equilíbrio ecológico.

³⁰ Diferenças que podem ver-se, particularmente, na previsão da alínea b) do art.º 279.º, a qual restringe aos aparelhos técnicos e às instalações o âmbito mais vasto que a previsão dos diplomas citados abarcam quanto às fontes poluentes. Os diplomas citados, por exemplo no que toca ao ar, abrangem também outro tipo de situação, como os limites de poluição para os veículos ou a proibição de queimadas, situações essas que a alínea b) do art.º 279.º não prevê. A citada restrição, visível na alínea b) do art.º 279.º, quanto à poluição do ar ou à poluição sonora, ao considerar apenas relevante a que é causada por instalações ou aparelhos técnicos, parece limitar a protecção penal à poluição que aparece, normalmente, sob formas mais graves, já que a própria ideia de instalações ou aparelhos técnicos indiciam um carácter estável, permanente e não facilmente substituível das fontes poluidoras.

O direito contra-ordenacional do ambiente exerce as funções de “primeira tropa” na “guerra” aos poluidores e, antes de se cair nas teias do crime, a administração avisa dessa eventualidade.

Quando a finalidade preventiva, sancionadora do desvalor da acção poluente e do perigo que ela representa para o equilíbrio ambiental, não faz parar, em primeira linha, a agressão ao bem jurídico violado, o crime de poluição, tal como desenhado no art. 279º, entra em campo, reagindo e sancionando, mais do que o desvalor da acção, o desvalor do resultado, pois tal ilícito penal se configura como crime de dano.

Não é possível disfarçar as coincidências de conteúdo de ilícito entre contra-ordenações em matéria ambiental (nos domínios da água, solos, ar e ruído) e o crime de poluição.

De notar que a Lei de Bases do Ambiente, no art. 35º n.º 3 e, por exemplo, o diploma sobre a qualidade da água (Dec. Lei 74/90) utilizam a designação de “danos significativos do ambiente” para fundar a responsabilidade civil e o dever de indemnizar (art. 48º/1) designação da qual se aproxima o art. 279º do Código Penal, ao fundar a responsabilidade penal na “poluição em medida inadmissível”.

A consonância entre os diplomas sectoriais (que prevêm contra-ordenações), a lei de bases do ambiente e o crime de poluição é mais uma vez de assinalar, mesmo, e de alguma forma, em termos semânticos.

*

2.7. - Complementaridade entre os dois tipos de ilícito.

A nosso ver, a coordenação, intersecção ou complementaridade entre os dois modos de sancionamento fará surgir, por regra, exemplos de funcionamento da previsão legal típica do crime de poluição, em casos que já anteriormente foram objecto de tratamento como contra-ordenações, situação de complementaridade que passaremos a denominar de “exemplo-tipo”

Assim, vemos como exemplo privilegiado de funcionamento do crime de poluição, os casos em que alguém polui ou produz poluição em medida inadmissível (ou significativa nas palavras do art. 51º do Dec. Lei 74/90) e vê o seu comportamento sancionado como contra-ordenação. Porque, neste caso, a administração actuou e cominou ao agente a punição com as penas do crime do art. 279º, caso voltasse a poluir em medida inadmissível (leia-se: em contrário das limitações ou prescrições quanto aos valores ou à natureza da emissão ou imissão poluente), então o novo acto de poluição, em medida inadmissível, que venha a suceder-se, da responsabilidade do agente a quem foi feita a cominação, já cai nas malhas punitivas do crime de poluição.

Julgamos ser esse o processo exemplificativo e paradigmático de funcionamento do tipo legal do art. 279º, embora possam surgir algumas situações diferentes desse “exemplo-tipo”³¹.

Ora, a ser assim, muito criteriosa há-de ser a actividade da administração, pois só a cominação da punição com as penas do art. 279º, imposta pela administração, transforma um acto de poluição em medida inadmissível, de contra-ordenação em crime de poluição³².

Mas o funcionamento do exemplo-tipo atrás definido, de complementaridade sucessiva entre contra-ordenação e crime, separando-os a condição de punibilidade (cominação da punição), coloca problemas que podem contender com o princípio constitucional da proporcionalidade e justa medida da punição, princípio que se traduz na identidade (proporcionalidade) entre a sanção e o acto anti-jurídico e de que em situações idênticas deve aplicar-se a mesma medida (decorrendo como função positiva do princípio da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade pode colher-se nos artºs 1º, 13º, 18º/2, 19º/2, 3, 4 e 8, 28º/2, 29º nº1, 272º/2 da C.R.P.)³³.

É fácil hipotizar o caso de um acto poluidor “em medida inadmissível”, muito grave (porque por exemplo ultrapassa em “20” os limites da poluição impostos) ser sancionado como contra-ordenação e, porque houve cominação da punição pela administração, o eventual subsequente acto de produzir poluição em medida inadmissível, mas menos grave (porque por exemplo ultrapassa apenas em “10” os limites de poluição impostos), ser tratado como crime de poluição e, portanto, mais gravemente punido.

Se o intérprete-aplicador não deve sufragar soluções injustas, desproporcionadas e desiguais (ponderação das consequências), o apelo ao princípio constitucional da proporcionalidade (necessidade de identidade máxima entre sanção ou tipo de sanção e o acto ilícito) devia conduzir o intérprete-aplicador a tratar, também, o acto poluidor em medida inadmissível - menos grave -, não como crime, mas como contra-ordenação, apesar da existência da cominação e do preenchimento do Tatbestand do art. 279º do Código Penal^{34 35}.

³¹ No sentido de que a “cominação” pode ser feita pela Administração, logo na altura em que concede as licenças no condicionamento às actividades poluentes, se pronuncia A. Leones Dantas, in “Crimes contra o Ambiente no Código Penal”, inédito.

³² Frisando as expectativas quanto à conduta da Administração, cfr. J. Souto de Moura, ob. cit. na nota 21, e Pedro Branquinho Dias, ob. cit. na nota 19.

³³ Questionando também o princípio da proporcionalidade, nas relações entre ilícito de mera ordenação social e crime, quanto às sanções, v. Fernanda Palma, in “Direito Penal do Ambiente – Um Primeira Abordagem”, DIREITO DO AMBIENTE – INA, nota 14, pág. 448.

³⁴ Sobre o conteúdo e fundamentos do princípio constitucional da proporcionalidade, v. J. Faria e Costa, cit. na nota 15 e J.J. Gomes Canotilho, in “Direito Constitucional”, Almedina, 1994, pág. 177.

³⁵ Como regista Rui Pereira, “Em sentido rigoroso, o conceito de igualdade material deverá coincidir com o de justiça material”; “A igualdade material terá, então, por conteúdo o princípio da não discriminação –

2.8. - O papel da Administração.

Para a não verificação de situações de desproporcionalidade, como a que foi posta, exigir-se-á, como referimos, que os agentes da administração apreendam o alcance e implicações da sua acção e o sentido da legislação em vigor, já que a norma do art. 279º do Código Penal, para funcionar, carece da existência de órgão administrativo competente que imponha limites e prescrições à produção de poluição e que imponha a cominação da punição³⁶.

Na exigível actuação criteriosa da administração, há, ainda, que eliminar dificuldades de actuação, que podem ser originadas pela coincidência ou concorrência das competências atribuídas a várias entidades sobre a prática de alguns actos (veja-se o art. 4º do Dec. Lei 74/90, o qual atribui a várias entidades competências para a execução e fiscalização da aplicação do diploma, sendo que tais competências coincidem quanto a algumas das actividades atribuídas, e ainda o art. 43º/9 D.L. 74/90).

Apesar de os níveis de poluição máxima permitida poderem estar definidos por leis e regulamentos, o campo de assinalável discricionariedade, em que a administração se move, chega à própria aplicação das sanções (Cfr. art. 35º da Lei de Bases do Ambiente; art. 44º, 47º e 50º do Dec. Lei 74/90, art. 17º/4 e 34º do Dec. Lei 352/90 - Qualidade do Ar -, onde a aplicação de sanções pela administração é tida como uma faculdade).

Essa criteriosa actuação da administração é tanto mais de exigir quanto é a própria lei de bases do ambiente no seu art. 35º a admitir a derrogação das limitações normativamente fixadas.

O já citado Dec. Lei 74/90, relativo à qualidade da água, com o intuito de regulamentar a lei de bases do ambiente, veio estabelecer, para certos sectores industriais, normas específicas de descarga residual, a ser objecto de portaria sectorial, possibilidade que resulta do art. 45º e sgs. deste diploma legal.

Assim, para sectores específicos, os padrões qualitativos e quantitativos das descargas de águas residuais são fiscalizados com amplo campo de discricionariedade, ante a especificidade técnico-económica da actividade (cfr. ainda o art. 44º nº 2 e 3 do D.L. 74/90).

As preocupações preventivas, que estão presentes na actividade da administração, permitem eleger o contrato-programa de redução da carga poluente, carga poluente que podendo ultrapassar os limites legais e regulamentares, não deve, no entanto e ainda,

positiva ou negativa – e as regras da equivalência ou da proporcionalidade de cada ramo do ordenamento jurídico – entre o crime e a pena, ... as quais constituem o instrumento necessário da justiça distributiva”, in “O Princípio da Igualdade em Direito Penal”, Rev. O DIREITO, ano 120, I-II, pág. 114 e 115.

³⁶ Nesse sentido é taxativa a posição do Prof. F. Dias, “Actas da Comissão...”, acta n.º 48.

criar um risco significativo para o homem e para o ambiente³⁷. (No domínio do ar, v. os art.ºs. 6.º, 13.º e 16.º do D.L. 352/90 de 9/11.)

Tal realidade, poderá, porventura, sugerir uma leitura alternativa do campo de aplicação do art. 279.º, a qual, no entanto, não está isenta de sérias reservas.

Assim, pode considerar-se que nos casos em que as normas legais já estabelecem os limites de poluição, só o direito contra-ordenacional intervirá, perante qualquer violação dos valores impostos abstractamente. Nos casos em que a administração já tem um amplo poder discricionário, no estabelecimento concreto dos valores da poluição, resultante da especificidade técnico-económica da actividade em questão, (em que o instrumento usado pela administração pode ser o referido contrato-programa) será então, esse, o campo de intervenção do direito criminal, que tanto mais justificação encontrará, quanto é certo que os sectores que justificam a derrogação dos limites legais de poluição, são aqueles que, potencialmente, poderão pôr em causa o bem jurídico protegido pelo crime de poluição, e de uma forma intolerável³⁸.

3 - Questões de causalidade e imputação objectiva³⁹

Os problemas de causalidade colocam-se primordialmente em relação aos crimes de resultado (resultado de dano ou de perigo), pelo que tais questões também se colocam quanto ao crime de poluição, justamente porque o crime de poluição é um crime de resultado (de dano). Nos crimes de resultado, o tipo incriminador realiza-se com a verificação de um resultado típico, espacio-temporalmente desligado da própria conduta do agente.

Assim, no art. 279.º, o agente tem de realizar uma actividade (vinculada aos termos das alíneas do nº 1) com a qual se tem de conjugar um resultado (poluir em medida inadmissível), seguido à acção, que se verifica em local e momento temporal diferentes. A acção pode, assim, separar-se do resultado, permitindo estabelecer uma conexão de causa-efeito entre a acção e o resultado.

³⁷ Com interesse para esses aspectos, desenvolvendo as implicações jurídico-administrativas do contrato-programa de redução de carga poluente, v. Paulo Castro Rangel, in “Concertação, Programação e Direito do Ambiente”, colecção ARGUMENTUM, n.º 7, Coimbra, 1994.

³⁸ A limitação do âmbito de aplicação do art.º 279.º, com essa interpretação, por um lado leva a admitir a estruturação típica do crime de poluição como crime de desobediência, o que julgamos não ser totalmente defensável, e nessa conformidade, por outro lado, coloca dificuldades de conformação constitucional, ao nível da reserva de lei na criação de crimes. Cfr. Fernanda Palma, ob. cit. na nota 33, pág. 443.

Em todo o caso, como pista possível para sustentar o entendimento referido no texto, conjugue-se o art.º 279.º com o art.º 280.º do Código Penal e com o art.º 35.º da L.B.A.

³⁹ Sobre tais questões, v. Cavaleiro Ferreira, “Curso de Direito Penal”, I Vol., 1988; Teresa Beleza, ob. cit. na nota 22; Claus Roxin, “Problemas Fundamentais...”, Vega, pág. 145 e segs.; João Curado Neves, “Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos”, AAFDL, 1989; Textos sobre causalidade e imputação objectiva da autoria de Rudolphi, “Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch” – anotação prévia ao § 1, n.ºs 38 a 42; Karl Engisch, “Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände”, pp. 44 a 47, 54 a 58; Guenther Jakobs, “Strafrecht – Allgemeiner Teil”, secção 7, n.ºs 35 a 38 e 42 a 46.

3.1. - Causalidade e formas de poluição.

A especificidade do dano ambiental causado por poluição criará tantas dificuldades de estabelecimento do nexos de causalidade e imputação objectiva, quanto é certo que existem formas múltiplas de poluição, com origem e efeitos variados, criando, também, dificuldades ao nível da prova do nexos de causalidade.

Por exemplo, no que toca à poluição da água e solo, as formas podem consistir:

a) na poluição orgânica, (as bactérias para eliminarem a poluição precisam de oxigénio, quanto maior a poluição maior o consumo de oxigénio, o efeito é a morte da fauna piscícola, não por toxicidade mas por asfixia, alguns quilómetros a montante da fonte de poluição);

b) na poluição tóxica, que pode matar directamente [os compostos tóxicos - D.D.T., mercúrio, cádmio, chumbo, etc. - acumulam-se e persistem no meio ambiente. Podem contaminar as águas por despejo directo, como por transporte atmosférico para longas distâncias (o mercúrio e os pesticidas são voláteis) e por lixiviação dos solos]. Este tipo de poluição tem essencialmente origem difusa e não localizada;

c) na poluição por “matéria em suspensão”, (que podem contribuir para a poluição orgânica ou tóxica);

d) por “matérias nutritivas”, (nitratos e fosfatos responsáveis pela entroficação das águas - explosão de algas que se decompõem e consomem grandes quantidades de oxigénio. Sem oxigénio, a fermentação e putrefacção mata a vida aquática). Esta forma de poluição é cumulativa e persistente atingindo rios, lagos e mesmo os lençóis de água subterrâneos por via da infiltração e por lixiviação dos solos, infiltração que pode demorar tempo a atingir esses lençóis de água e que, uma vez atingidos, persistirão a poluir a água por longo tempo.

e) por “bactérias”, (originárias dos dejectos animais e urbanos) causada por matérias orgânicas ou matérias em suspensão, constituindo um risco importante dada a diminuição do poder depurador do solo;

f) por hipertermia, (poluição térmica) geradora de atrofiamento das espécies vegetais e animais e de uma maior actividade bacteriana.

Quanto ao ar, as fontes e formas de poluição são normalmente por:

a) dióxido de carbono, (um dos principais poluidores originado em grande parte pela combustão do carvão, provindo essencialmente de instalações fixas de combustão);

b) óxidos de azoto, (co-responsável pelas chuvas ácidas e, como oxidante, causador do definhamento florestal e de brumas irritantes para os olhos e para o sistema respiratório. Os óxidos de azoto provêm essencialmente dos transportes automóveis);

c) o óxido de carbono, (que impede a oxigenação sanguínea e quando em grandes doses leva à asfixia. Provém da poluição automóvel);

d) o chumbo, (causador de perturbações nervosas e anemias. Provém da poluição automóvel);

e) partículas em suspensão, (ácidas, amianto, cilício, poeira radioactivas, causadoras de doenças pulmonares e cancerígenas. Provêm das indústrias siderúrgica e química, das instalações de combustão e dos veículos);

f) hidrocarbonetos e solventes, (compostos voláteis, tóxicos, irritantes, cancerígenos para o Homem e poluentes para as florestas. Provém da poluição automóvel e da utilização de tintas e solventes);

g) ácido clorídrico, (causador de chuvas ácidas, proveniente de incineradoras de lixo doméstico).

Quanto ao ruído (sensação auditiva desagradável) tem por fontes os transportes rodoviários, ferroviários ou aéreos e as actividades industriais, comerciais ou domésticas.

(Recenseamento de formas de poluição e consequências, obtido em “O meio Ambiente”, de Jacques Vernier, Papyrus-S. Paulo, 1994.)

*

A poluição do meio ambiente ignora fronteiras espaciais e temporais, porque os meios naturais também as ignoram (rios, oceanos, atmosfera e fauna migradora).

Neste contexto, exige-se que as sanções penais intimidem, protejam o bem jurídico e sancionem as consequências da sua violação.

Esta tarefa não se apresenta sem dificuldades. A eficácia da tutela penal exige da dogmática a resolução de questões que residem, essencialmente, no estabelecimento do nexo de causalidade e portanto, também, na imputação objectiva⁴⁰.

Embora nos crimes de perigo concreto as questões da causalidade surjam com bastante mais acuidade⁴¹, do mesmo modo, o facto de se configurar o crime de poluição como um crime de dano, não facilita a resolução das questões de causalidade, nomeadamente nos aspectos ligados à concausalidade.

⁴⁰ Antevendo problemas nesse domínio, cfr. Fernanda Palma, ob. cit. na nota 33.

⁴¹ V. J. Souto de Moura, ob. cit. na nota 21, onde, a pág. 24 e 25, enuncia hipóteses de imputação objectiva (concausalidade).

As variadas formas de poluição importam variados tipos de consequências danosas para o ambiente, díspares quanto ao lugar e tempo em que se verificam. O complexo quadro de consequências para o meio ambiente, ao ser analisado com vista a estabelecer a causalidade e o nexo de imputação objectiva do resultado (como obra do agente), depara com um igual complexo quadro de inter-conexões causais que vêm a exigir, por parte da dogmática penal, uma nova abordagem da causalidade e, portanto, também da imputação objectiva, a qual se requer seja em moldes mais flexibilizantes.

3.2. - Questões.

Podemos prefigurar alguns problemas ao nível da causalidade e imputação objectiva, demonstrativos da insatisfação das respostas obtidas no quadro dos resultados da dogmática penal.

Assim, ao nível da imputação objectiva configurando-se o crime de poluição como o crime de dano ou de resultado, os problemas de aplicação podem surgir nos casos de causalidade concorrente ou concausalidade, como acima referimos.

O exemplo, já recorrente neste âmbito, retrata-se do seguinte modo: ao longo do mesmo curso de água várias unidades fabris fazem emissões poluentes, em que cada uma delas não ultrapassa as limitações ou imposições sobre a natureza ou valores dessa emissão poluente, determinadas pela administração.

Não sabendo uns dos outros (o que nos afasta do problema da participação), caso a poluição derivada dessas simultâneas ou sucessivas emissões poluentes já atinjam a “medida inadmissível”, pergunta-se se poderão ser responsabilizados criminalmente cada um dos agentes que poluiu em medida não inadmissível.

Ao nível da causalidade:

De acordo com a teoria da equivalência, causa de um evento ou resultado é toda a condição que não pode ser mentalmente retirada sem que o resultado concreto desapareça. Assim, é fácil de ver que, de acordo com esta teoria, cada um dos agentes, paralelamente, podia ser responsabilizado pelo crime de poluição pois, se mentalmente se retirasse o concurso de um dos agentes o resultado “poluição em medida inadmissível” não se verificaria.

Ao nível da imputação objectiva (atribuição do resultado ao agente como obra sua):

Mas tal conclusão, baseada em dados empíricos, tem que submeter-se a critérios de avaliação normativa, necessários para imputar, ao agente, o resultado como obra sua.

O resultado ilícito, para poder ser objectivamente imputado ao agente, como obra sua, tem de ter uma conexão causal, juridicamente relevante(penalmente relevante) com um comportamento típico ⁴².

Assim, o auxílio da fórmula da teoria da equivalência, sendo importante para investigar e estabelecer uma conexão causal, necessita de sucessivas correcções consonantes com a finalidade do comportamento típico, em relação ao resultado ilícito.

Deste modo, poderá dizer-se que a conduta do agente, no exemplo citado, está de acordo com o conteúdo de ilícito descrito no nº 3 do 279º ? (uma vez que nenhum dos agentes ultrapassou, de per si, os limites ou prescrições impostas ?) De acordo com a teoria da adequação, fará sentido tal responsabilização?

Segundo esta teoria, um comportamento é causa de um resultado quando era previsível (prognose póstuma de adequação), a uma pessoa média, colocada na situação do agente com os conhecimentos concretos deste, a verificação do resultado danoso, como consequência não improvável ⁴³.

Ora, a conexão causal tem que ajustar-se às exigências típicas. Para ser jurídico-penalmente relevante, tem que ser, antes de mais, típica.

Assim sendo, os critérios normativos a que o comportamento do agente se há-de sujeitar (no exemplo dado), não permitem a sua responsabilização pelo resultado, pois a sua conduta não violou as exigências da norma (não violou as limitações impostas pela administração).

A conduta observadora do dever constante do tipo, não pode levar a responsabilizar o agente pelo resultado típico, o qual, caso se produza, não pode considerar-se como obra do agente.

Continuando no nosso exemplo (de causalidade atípica), perguntar-se-á ainda, se o comportamento dos agentes que poluem paralelamente, em medida não inadmissível, não representará a criação ou aumento de um risco juridicamente relevante para a produção do resultado “poluição em medida inadmissível” ⁴⁴.

Em princípio, a resposta deveria ser afirmativa, caso o crime de poluição estivesse configurado como um crime de resultado de perigo, uma vez que o risco de poluição em medida inadmissível, não ocorreria se algum dos agentes, através das unidades fabris,

⁴² Nesse sentido, v. Rudolphi, ob. loc. cit. na nota 39.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Sobre o aumento do risco, como teoria de imputação objectiva, cfr. Claus Roxin, ob. cit. na nota 39, pág. 152 e segs.

não fizesse descargas poluentes, mesmo que observando os limites e imposições da administração ⁴⁵.

O risco dessas descargas poluentes para provocarem a poluição em medida inadmissível, pela conjugação de todas, devem ter-se como socialmente não toleradas ou não permitidas, por representarem a criação de um risco juridicamente relevante.

No entanto, dado que o crime de poluição é um crime de resultado (de dano), não pode punir-se o agente que contribuiu (em primeiro ou por último) para a produção do resultado ilícito, pois a sua contribuição não foi, nem qualitativa, nem quantitativamente, típica para o resultado (“poluição em medida inadmissível”). Logo, não ocorreu a criação de um risco juridicamente relevante, ou o aumento desse risco, já que o agente teve uma conduta observadora do “dever” descrito no tipo.

Os problemas da concausalidade para a realização do tipo incriminador e responsabilização criminal dos agentes, criando sérios obstáculos no estabelecimento da imputação objectiva, exigirá, naturalmente, para obviar à eventual impunidade de situações de elevada gravidade, o agir criterioso da administração, nomeadamente diferenciando exigências de imposições e limitações consoante, por exemplo, ao longo das margens de um curso de água exista uma ou várias unidades fabris poluentes.

Situação também interessante, quanto à imputação objectiva, sucede nos eventuais casos em que um ou vários agentes polui em medida inadmissível, mas que devido à dinâmica da natureza, esta reencontra novos equilíbrios de funcionamento que eliminam o dano ecológico ⁴⁶ inicialmente causado pelo agente ou agentes que poluem em medida inadmissível.

Nestes casos, o sentido, o alcance ou âmbito da protecção da norma inicialmente violada não parece abarcar, para efeitos de incriminação, os danos que a própria natureza eliminou. A esfera de protecção da norma do art. 279º não aparece ofendida ⁴⁷

⁴⁸.

Em casos de concausalidade, como o que referimos, apesar do resultado danoso provocado, a conduta de cada um dos agentes não é típica e, portanto, não pode haver punição. É socialmente tolerável esse resultado desvalioso, sem a correspondente punição do(s) agente(s)?

⁴⁵ Pelos exemplos que dá ou pelas hipóteses que formula, J. Souto de Moura parece admitir essa responsabilização, ob. cit. na nota 21, pág. 24.

⁴⁶ Note-se que o dano ecológico faz parte do tipo, pois, de contrário, lidaríamos com uma situação de concurso entre um crime de dano e um crime de poluição.

⁴⁷ Sobre a teoria da esfera de protecção da norma, como critério de imputação objectiva, v. C. Roxin, ob. cit. na nota 39, pág. 154 e seguintes.

⁴⁸ Sobre o funcionamento das várias teorias de causalidade e imputação objectiva, cfr. Teresa Beleza, ob. cit. na nota 22, pág. 132 e seguintes.

3.3. - A tutela penal do ambiente é eficaz?

Para que o crime de poluição não tenha puro carácter simbólico, destinado a tranquilizar a opinião pública preocupada com os ataques ao ambiente; para que não se crie a expectativa da punição dos responsáveis; enfim, para que a consagração do crime de poluição tenha correspondência material, em resultados práticos, talvez seja necessária a intervenção do legislador ou o avanço da dogmática penal, através dos instrumentos dogmáticos disponíveis.

Os problemas de aplicação, ao nível da imputação objectiva, são similares àqueles que a abordagem civilística do dano ecológico encontra e para os quais não há ainda respostas elaboradas.

“Por definição, o dano de poluição é um dano indirecto que, causado a bens ou a elementos naturais (ar, água, etc.) se repercute em bens ou actividades cuja exploração implica a utilização desses mesmos elementos” (Gilles Martin, Direito do Ambiente e Danos Ecológicos, Rev. Crit. Ciências Sociais, nº 31, pg. 117-118).

Desse modo, a exigência de um nexos de causalidade directa entre o facto e o dano, para responsabilizar o poluidor, significa um obstáculo importante à responsabilização (civil e criminal).

Confrontado com tais obstáculos, o direito penal terá uma eficácia repressiva duvidosa, pois a dogmática tradicional parece desajustada à problemática ambiental.

“De jure condendo”, no que toca, por exemplo, à concausalidade (agentes que produzem poluição, concorrendo para a verificação da poluição em medida inadmissível), quando não se provasse a medida em que cada um dos agentes poluiu (contribuindo para a medida inadmissível) a indivisibilidade do dano deveria permitir a responsabilização de todos os agentes, pelo menos por negligência (como autores paralelos), verificados os requisitos desta.

O próprio estabelecimento do nexos de causalidade ou da imputação objectiva entre o facto do agente e o dano, quando difícil de provar em termos directos, deveria ser consentida em termos de probabilidade forte, flexibilizando os princípios que vigoram em sede de prova penal, que embora de justeza formal, consentem resultados algo insuportáveis para as aspirações da justiça e de salvaguarda de valores e bens jurídicos fundamentais⁴⁹.

Mas, embora os problemas sejam paralelos, quanto ao dano ecológico no domínio civil e no domínio penal, nem sempre as soluções pretendidas ou obtidas naquele, por via legislativa ou outra, são aproveitáveis, por ora, para o domínio deste⁵⁰.

⁴⁹ No Japão, a incriminação dos danos ambientais conta com uma presunção de causalidade (art.º 5.º do Código Penal Japonês) – referido por J. Souto de Moura, ob. cit. na nota 21, pág. 25.

⁵⁰ Melhores desenvolvimentos em Gilles Martin, ob. cit. a fls. 30, pág. 119 e seguintes.

*

3.4. - Cont.- A avaliação do dano.

Às dificuldades em referência acresce uma não menos importante, consistente na avaliação do dano ecológico, no pressuposto de que a natureza pode permanecer em desequilíbrio por longo tempo (ou anular o dano que a poluição em medida inadmissível provocaria).

As especificidades do objecto imediato da acção criminosa, tal como descrita no tipo legal do art. 279º do Código Penal, não cabe no espartilho da noção clássica dos crimes de resultado, sob a perspectiva do dano verificável.

A natureza pode evitar que o dano persista e mesmo anular, por si, de imediato, a poluição causada.

Como avaliar, também com interesse para o campo criminal, aquilo que surge, à primeira vista, como inavaliável?? O dano pode ser difuso, persistente, transfronteiriço e recair sobre processos naturais, inegociáveis e não contabilizáveis⁵¹.

Ao contrário de outros crimes de resultado (v.g. homicídio) o objecto imediato da acção, no crime de poluição, pode sofrer um dano contínuo, que não se esgota imediatamente, ou pode sofrer um dano reversível, por reequilíbrio operado no próprio objecto imediato da acção (o ambiente ou o equilíbrio ecológico nos vários elementos - água, ar, etc.).

Tratam-se de questões difíceis, em aberto, à espera da evolução criativa das concepções (tradicionalistas) sobre a responsabilidade (civil e criminal).

4 - A Responsabilidade criminal das pessoas colectivas

Na acta 32 da Comissão de Revisão do Código Penal o art 273º do projecto, sob a epígrafe “poluição”, continha o nº 4 que consignava que “a responsabilidade das pessoas colectivas pelas condutas previstas neste artigo é regulada em lei especial”.

Tal nº 4 do art. 273 do Projecto não passou para a sua versão final, ficando eliminada qualquer referência à responsabilidade criminal das pessoas colectivas no actual art. 279º do Código Penal revisto (v. também a acta nº 48).

Embora o art. 11º do Código Penal proclame que só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal, não é excluída a consagração legal dessa responsabilidade, embora excepcionalmente.

⁵¹ Ibidem.

Tal excepção não ocorreu (ou não ocorreu para já) no domínio dos crimes ambientais.

4.1. - Questões.

Diversamente, no domínio do ilícito de mera ordenação social, está consagrada a responsabilidade das pessoas colectivas (art. 7º, 17º e 25º do Dec. Lei 483/82).

Esta diferença, no direito contra-ordenacional, o qual é direito sancionatório geral, criará dificuldades no domínio da aplicação do crime de poluição.

Como vimos, existe um amplo campo de intersecção e complementaridade entre danos ambientais, que são tratados como contra-ordenação (no domínio do ar, água, solo e ruído), e danos ambientais potencialmente enquadráveis no crime de poluição, tudo dependendo da existência da condição objectiva de punibilidade prevista no nº 3 do art. 279º do Código Penal, como atrás referimos.

Ora, é bom de ver a dessintonia, e porventura, a “armadilha” que a administração construirá quando, na sua actividade, deparar com empresas (pessoas colectivas) que, através dos seus órgãos, ordenem e procedam a descargas poluentes.

Prefiguremos a seguinte situação: o tratamento contra-ordenacional do acto poluidor da empresa, possibilita, segundo o regime geral do ilícito contra-ordenacional, a aplicação de coimas e de sanções acessórias, pela administração, às empresas, estruturadas como pessoas colectivas.

Eleita pela administração, como arguida, uma pessoa colectiva, a ela deverá ser feita a cominação prevista no art. 279º, nº 3 do Código Penal

Mesmo que o acto poluidor de uma empresa não tenha tratamento contra-ordenacional pode suceder que seja sobre a própria pessoa colectiva que recaia a cominação.

Em casos destes, não poderá haver tutela penal do subsequente acto de produzir poluição “em medida inadmissível”, dado que a pessoa colectiva não é susceptível da responsabilidade criminal. Neste caso, o crime de poluição fica sem sujeito.

A inexistência de responsabilidade criminal das pessoas colectivas no crime de poluição poderá gerar um vasto leque de ineficácia do Direito Penal do Ambiente.

4.2. - Fundamentos para a responsabilização.

As pessoas colectivas, atendendo à sua relevância sociológica, ao desenvolvimento tecnológico e à saliência financeira e económica da sua actuação, caem no domínio da chamada criminalidade sociológica⁵².

Seguindo de perto a posição do Dr. Frederico Isasca⁵³, a infracção cometida por pessoa singular, ligada com carácter de permanência à pessoa colectiva, no interesse dessa pessoa colectiva, no âmbito normal de actividade da mesma e levada a cabo com o auxílio do poderio da pessoa colectiva, deve ser punida, devendo tal punição recair na própria pessoa colectiva.

Impedindo-se a punição da pessoa colectiva, no âmbito da criminalidade sociológica, (em particular nos crimes ecológicos) e verificados aqueles requisitos criminológicos, continuar-se-á a punir, apenas e eventualmente, os titulares de órgãos das pessoas colectivas, sem que os efeitos político-criminais da punição se façam sentir de todo⁵⁴.

Na verdade, o poderio económico das pessoas colectivas e as vantagens que a pessoa colectiva retira da infracção cometida por indivíduo, no exercício das funções que lhe estão atribuídas no âmbito e para a prossecução dos fins desta, permite que a pessoa colectiva compense o titular do órgão que cometeu a infracção, pagando as penas pecuniárias que sobre aquele recaírem e suportando outros efeitos das penas que, deste modo, não são sentidos pelo infractor e que se revelam, apesar de tudo, vantajosas, em termos económicos, para a pessoa colectiva⁵⁵.

Deveriam, assim, ser as pessoas colectivas a sofrer as consequências da infracção cometida.

Anote-se, como vimos, que as condutas enquadráveis no crime de poluição estão associadas a comportamentos previamente puníveis com coimas. Assim, nas hipóteses em que concorrem contra-ordenação e crime (e os casos serão frequentes, dado o exemplo-tipo que temos vindo a referenciar - cfr. art. 20º e 21º do Dec. Lei 433/82 e art. 47º/2 da Lei de Bases do Ambiente), as sanções acessórias aplicáveis às pessoas colectivas, não podem ter lugar (no processo criminal), dado que estas não são susceptíveis, em regra, de responsabilidade criminal, pois a existência do concurso de infracções (art. 20º do Dec. Lei 433/82 e 47º/2 da L.B.A.) obriga sempre à punição do “agente” a título de crime, sem prejuízo das sanções acessórias; e ao nível do crime,

⁵² Sobre os requisitos dessa criminalidade das pessoas colectivas, em sentido sociológico, v. João Castro Sousa, “As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal...”, Coimbra, 1985, e Frederico Isasca, “Responsabilidade Civil e Criminal das Pessoas Colectivas”, AAFDL, 1988, pág. 55 e seguintes.

⁵³ Ob. e loc. cit. na nota anterior.

⁵⁴ No sentido de que a punibilidade por “actuação em nome de outrem” não torna dispensável a responsabilidade directa da pessoa colectiva, v. F. Dias, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, Rev. DIREITO E JUSTIÇA, vol. IV, 1989-1990, pág. 37 e 40 e ainda o Ac. do Trib. Const., publicado no D.R., II Série, n.º 144, de 24.6.95, pág. 6990.

⁵⁵ Neste sentido, F. Isasca, ob. e loc. cit. na nota 52, pág. 57 e 58.

apenas as pessoas singulares podem ser sujeitas a penas (salvo as excepções previstas na lei).

Assim a pessoa colectiva só pode ser responsabilizada ao nível contra-ordenacional, punindo-se com a coima e a sanção acessória, pois apesar do aparente concurso de infracções, esse concurso não é real por o mesmo “agente” não poder ser responsabilizado ao nível criminal. A responsabilidade da pessoa colectiva acaba no ilícito contra-ordenacional.

Há que assinalar, ainda, alguma ineficácia das coimas, já que tal eficácia depende da situação de fortuna do infractor, o seu valor é facilmente internalizado como custo de produção, recaindo sobre o consumidor, e o valor abstracto fixado na lei vai ficando desactualizado⁵⁶.

5 - O erro

A acção de produzir poluição “em medida inadmissível”, tal como descrita no tipo de ilícito, está configurada como uma acção voluntária e intencional, portanto dolosa. Em todo caso, a punição da conduta negligente está especialmente prevista no nº2 do art. 279º.

O dolo ou finalidade do agente abrange a realização do tipo objectivo, pelo que o agente deverá ter a consciência de que o seu acto é de produção de poluição “em medida inadmissível” e há-de querer realizar o acto que sabe representar essa consequência.

O resultado poluição, para considerar-se em medida inadmissível, deve, pela natureza ou valores da emissão ou imissão de poluentes na água, ar, solo ou ruído, contrariar prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente, em conformidade com disposições legais ou regulamentares.

Ora, tais prescrições ou limitações impostas pela administração são proibições cujo conhecimento é indispensável para que o agente se situe no âmbito da previsão do art. 279º.

Há, desse modo, referência clara a leis extra-penais, sem conteúdo ético, ou mesmo a imposições ou limitações criadas pela administração que apenas têm a lei a conferir a legitimidade à administração para criar tais imposições ou limitações (legalidade da actuação da administração).

5.1. - O erro sobre proibições.

O erro que exista, (e julgamos que existirá apenas nessa modalidade) será um erro sobre proibições, cuja consequência é a exclusão do dolo, nos termos do art. 16º, nº 1 do Código Penal.

⁵⁶ Neste sentido, v. P. Castro Rangel, ob. cit. na nota 37, pág. 59.

O conteúdo do nº 3 do art. 279º, ao remeter para normas não penais pode considerar-se uma norma penal em branco⁵⁷.

Tal natureza de norma penal em branco (incompleta quanto à descrição da ilicitude) enquadra-se perfeitamente na previsão do erro sobre proibições, o qual se assimila ao erro sobre as circunstâncias de facto, cuja consequência é a exclusão do dolo.

Tal entendimento, salvaguardará melhor o agente, embora o art. 16º, nº3 do Código Penal ressalve a punibilidade da negligência, caso se prove que o desconhecimento das proibições é negligente. O art. 279º, nº 2 previu esta situação, estabelecendo a punição da negligência e dando, desse modo uma tutela penal completa em relação ao bem jurídico protegido (sobre a problemática do erro, v. a lição esclarecedora do Prof. Oliveira Ascensão, in “Concorrência desleal”, pg. 248 e sgs. e Dr. José António Veloso, “Erro em Direito Penal”, que aqui seguimos particularmente).

Assim, no caso do art. 279º, todo o erro deve ser tratado à luz do art. 16º do Código Penal

6 - Questões de concurso⁵⁸

Se a(s) conduta(s) do agente contrariar várias normas jurídicas, o esclarecimento da relação em que essas normas se encontram introduz o problema do concurso de infracções.

Este pode ser um concurso impróprio (aparente ou concurso de normas) ou próprio (ou efectivo) de crimes.

6.1. - Concurso entre os crimes p. nos artºs. 278º,279º,280º,285º e 286º do Código Penal Revisto

Contextualizando o art. 279º do Código Penal no capítulo que lhe está reservado, evidencia-se que as relações que ele pode estabelecer com outras normas, são, particularmente, com os artºs 278º e 280º do Código Penal.

Essas relações apresentam-se, a nosso juízo, como um concurso aparente ou de normas.

⁵⁷ Sobre a noção de “normas penais em branco”, V. Teresa Beleza, “Direito Penal”, I vol., pág. 380 e sgs. e 438 e seguintes.

⁵⁸ Sobre os problemas do concurso de infracções e concurso de normas, este como problema de interpretação das leis penais, cfr. Teresa Beleza, ob. cit. na nota 57, a pág. 517 e sgs. e ainda Cavaleiro Ferreira, ob. cit. na nota 39, pág. 375 e sgs. e Eduardo Correia, “Unidade e Pluralidade de Infracções”, Coimbra, 1983, pág. 121 e seguintes.

Assim, a mesma conduta do agente (poluir em medida inadmissível) pode servir ao preenchimento dos tipos penais dos arts 278º, 279º e 280º, embora só um deles deva ser aplicável.

Essa eliminação pode dar-se por especialidade entre os tipos, por consumpção ou por subsidiaridade.

Visando as relações entre o art. 278º e o 279º, julgamos assente que, quer no art. 279º, quer no art 278º, o bem jurídico protegido é o ambiente com qualidade⁵⁹.

As relações entre esses dois tipos, sendo aparente, resolve-se excluindo um deles por especialidades do outro (especialidade que consiste em um dos tipos abarcar a combinação de outros tipos, mas em que um deles adita elementos caracterizadores do facto ou resultado).

Ora, se através da poluição em medida inadmissível (previsão do art. 279º) se eliminarem exemplares da fauna ou flora, etc., o tipo aplicável deve ser o do art. 278º.

Julgamos ser esse um resultado defensável na relação entre tais ilícitos, pois a coincidência entre os bens jurídicos protegidos estende-se à moldura da pena aplicável a ambos os crimes e à própria natureza ou estrutura típica dos mesmos (tipos que descrevem um resultado ou dano).

No entanto, tal solução não é isenta de dúvidas. Assim, caso se entenda que as “disposições legais e regulamentares” não observadas, a que o tipo do art. 278º/1 do Código Penal se refere, incluem aquelas que, nos termos do nº3 do art. 279º, consentem à administração impor limites de poluição, então, o concurso é aparente, na modalidade e com a solução preconizada. A não se entender assim, porque estamos perante normas penais em branco, então só é defensável o concurso efectivo entre ambos os crimes.

Quanto às relações de concurso entre o tipo do art. 279º e do art. 280º, sendo elas de concurso aparente, afigura-se-nos que a resolução se atinge por consumpção (no que se refere à forma dolosa).

Apesar de no art. 280º a componente de perigo (concreto) ser dominante (o que define uma estrutura e natureza diferentes nesse crime), o facto de na descrição típica do art. 280º se exigir a verificação da “conduta descrita no nº 1 do artigo anterior”, (incluindo, a nosso ver, a descrição normativa do que é “medida inadmissível”, e não apenas por referência às condutas descritas nas alíneas do nº1 do art. 279º)⁶⁰, leva a concluir que se estabeleceu uma regra de consumpção expressa.

⁵⁹ Assim o defende J. Souto de Moura, ob. cit. na nota 21, pág. 20.

⁶⁰ Cfr. o art.º 9.º do Código Civil “A interpretação da lei tem como limite o mínimo de correspondência à sua letra, ainda que imperfeitamente expresso”. V. Teresa Beleza, ob. cit. na nota 57, pág. 491 e segs.. Julgamos não ser possível restringir a referência ao n.º 1 do art.º 279.º apenas quanto às alíneas deste, pois isso representaria um alargamento da incriminação.

Na consumpção, a realização de um facto mais grave implica necessariamente o preenchimento do tipo legal menos grave, não se levando em conta este último. Tal regra é por inteiro aplicável à resolução do concurso entre os crimes em referência, i.e., o preceito aplicável é só o do art. 280º do Código Penal. A regra de que o dano consome o perigo só aparentemente é aqui negligenciada, pois o bem jurídico protegido no art. 280º e no 279º não é coincidente, pelo que tal regra não tem aí qualquer cabimento, quer lógico, quer axiológico.

As relações com os artºs 285º e 286º resolvem-se pelas regras da subsidiaridade (nesta, o tipo legal do art. 280º só é aplicável se o facto não preencher a previsão dos artºs 285º e 286º, nos quais, o primeiro estabelece pena mais grave, e o segundo pena mais leve).

Por fim refira-se que se não estiver verificada a condição objectiva de punibilidade, que o nº 3 do art. 279º prevê, não se colocam questões de concurso com os restantes crimes em referência.

7 - Questões processuais-penais

Perspectivado o crime de poluição como crime de resultado, com uma condição objectiva de punibilidade, a sua natureza de crime material (separação ou distância entre a actividade do agente e o evento) gera consequências no regime legal, como por exemplo problemas de aplicação da lei no tempo e no espaço e de prescrição do procedimento criminal.

As condições objectivas de punibilidade são exteriores à acção, à ilicitude e à culpa, exigidas ao preenchimento do tipo de ilícito. São exteriores à consumação do crime, uma vez que não são necessárias à realização dos elementos essenciais do tipo legal.

Com esse alcance, todos os actos de produzir poluição “em medida inadmissível”, cometidos pelo mesmo agente, devem ser punidos, logo que a condição objectiva de punibilidade se verifique.

Assim sendo, naquelas hipóteses (fora do exemplo- -tipo enunciado) em que um acto de poluição em “medida inadmissível”, por violar prescrições ou limitações impostas pela administração para sectores específicos, não é tratado como contra-ordenação, por não estar previsto como tal, mas em que a administração actua, cominando a punição com as penas do art. 279º do Código Penal, caso novo acto de poluição venha a ocorrer, então, porque já há condição objectiva de punibilidade, o primeiro acto de poluição deve ser, também, apreciado em termos penais, juntamente com o subsequente acto de poluição e submeter-se à previsão e à punição do art. 279º do Código Penal

Valorar-se-ão, assim, em termos penais, todos os actos de poluição “em medida inadmissível” anteriores, logo que verificada a condição objectiva de punibilidade.

Tudo deve suceder como nos casos de crime de emissão de cheque sem provisão em que o cheque é pós-datado, com antecedência de vários meses ou anos.

Também aqui, alheando questões de dolo, o crime consumou-se meses ou anos antes da verificação das condições objectivas de punibilidade (apresentação a pagamento no prazo de oito dias, contados da data que figura no cheque como data de emissão, e devolução do cheque, nesse mesmo prazo, por falta de provisão).

Só quando estas se verificam é possível punir o agente, apesar de o crime se ter consumado em momento anterior⁶¹.

Haverá, assim, que atentar aos problemas de aplicação de leis penais no tempo e aos problemas de prescrição de procedimento criminal, dada a existência da citada condição objectiva de punibilidade.

*

A existência da citada condição objectiva de punibilidade, ao depender da actuação da administração, deixa na disponibilidade desta, o conhecimento, pelas autoridades judiciais, da existência de situações subsumíveis à previsão do artº 279º do Código Penal⁶².

*

Dado o dinamismo que impregna todo o ecossistema, o acto de produzir poluição “em medida inadmissível”, se tiver por objecto imediato a água, o solo ou o ar, pode expandir-se no espaço e o local onde o acto ocorreu pode ser bem diferente do(s) local(ais) onde o dano se vem a verificar.

Tal situação criará problemas de competência territorial (cfr. Carlos Adérito Teixeira, “Base procedimental...”, textos, C.E.J. - ambiente, pg. 309 e sgs.).

*

A configuração típica do crime de poluição, em especial devido à existência da condição objectiva de punibilidade, é de molde excluir qualquer problema de aplicação da lei penal portuguesa no espaço (neste sentido v. Fernanda Palma, “Direito do ambiente” I.N.A., 1994, pg. 445).

*

⁶¹ Neste sentido, Ac. Rel. Porto, Col. Jur., VIII, T. 2, pág. 318; Ac. Rel. Lisboa, Col. Jur., III, T. 1, pág. 121; e Ac. STJ, in BMJ, 307, pág. 127. Embora os arestos citados sejam anteriores ao D.L. n.º 454/91, de 28/12, julgamos que a jurisprudência que consagram se mantém actual.

⁶² Sobre as implicações para o funcionário que não denuncia, v. a posição assumida pela Procuradoria da República de Lisboa (DIAP), in Boletim INTERESSES DIFUSOS, PGR, n.º 8.

As dificuldades de prova do dano ambiental, causado por poluição, revelam-se com mais intensidade, ao nível da acção típica, na questão da imputação objectiva.

As fontes da poluição podem ser industriais ou agrícolas; a poluição pode ser pontual ou difusa e os poluentes podem actuar imediatamente, podem ser bioacumuláveis e revelam-se mais ou menos consoante as condições do meio.

Todos esses factores incrementam as dificuldades de prova, a qual há-se ser primordialmente obtida através de perícia.

A perícia há-de fundar-se em amostras colhidas na água ou solo que sofreram a poluição, devendo essas amostras colhidas ser em grande número para possibilitar o maior número de análises.

Segundo informação técnica que nos foi fornecida, no âmbito do curso especializado em direito do ambiente, importará ter presente o cuidado que deve pôr-se nas peritagens à água poluída. Tais peritagens revelam-se muito falíveis caso os exames se efectivem em laboratórios diferentes. Os resultados podem ser totalmente díspares, apesar de se utilizar a mesma água poluída.

Para a realização das perícias é possível o recurso aos vários institutos dependentes do Ministério do Ambiente, de acordo com o estabelecido na respectiva lei orgânica.

8 - Conclusões

1- A protecção penal do ambiente com qualidade não deve corresponder a uma mera simbologia legislativa. Tem subjacente um mínimo ético a defender, consonante com necessidades actuais da colectividade e consonante com o quadro constitucional de referência.

2- O crime de poluição p.p. pelo art. 279º do Código Penal está estruturado como um crime de resultado (de dano), no qual funciona uma condição objectiva de punibilidade, traduzida na “cominação da punição com as penas...”, feita pela administração ao agente.

3- Existe uma coordenação, intersecção ou complementaridade entre os ilícitos contra-ordenacionais, previstos em diplomas que regulam a qualidade da água, solo, ar e sobre ruído, e o crime de poluição, separando-os a citada condição objectiva de punibilidade.

4- Sendo assim, há que cuidar pelo respeito ao princípio da proporcionalidade, impondo-se que a administração, na sua actividade e com o amplo poder discricionário que a lei lhe confere, seja criteriosa, em particular nas hipóteses de derrogação dos limites normativamente fixados para emissões poluentes, por unidades industriais pertencentes a sectores específicos.

5- As fontes de poluição, e os modos como actuam nos elementos do ecossistema, são variados, gerando problemas no estabelecimento (e prova) do nexo de causalidade entre o facto e o dano.

6- Em matéria de dano ambiental, o estabelecimento do nexo de causalidade e de imputação objectiva, apresenta-se difícil de conseguir em casos de concausalidade; dificuldade tanto mais difícil de superar, quanto é certo que em matéria penal (incriminação) não pode ser-se menos exigente nessa matéria. Estas dificuldades representam uma concessão à tese do “simbolismo” do crime de poluição

7- Devido à complementaridade entre actos de produzir poluição, que são tratados como contra-ordenações, e os que podem ser considerados crime, à luz do art. 279º Código Penal, a consagração da responsabilidade criminal das pessoas colectivas impõe-se, na medida em que a pessoa colectiva, podendo ser responsabilizada pela contra-ordenação, não poderá ser responsabilizada criminalmente, caso seja à própria pessoa colectiva que seja feita a cominação prevista no nº3 do artº 279º Código Penal; além de que, quanto ao Direito penal do ambiente, a doutrina vem consentindo, nesse domínio, a responsabilização directa da pessoa colectiva, para além da punição «por actuação em nome de outrem», prevista no art. 12º do Código Penal, a qual não torna dispensável a punição daquela, havendo, para tanto, justificação político-criminal.

8- Tendo em conta que o nº3 do artº 279º, ao remeter para normas não-penais, consubstancia uma norma penal em branco, o erro que exista será um erro sobre proibições, a resolver nos termos do art. 16º do Código Penal

9- Entre o art. 279º e o art. 278º do Código Penal existe concurso aparente de normas, o mesmo sucedendo entre o artº 279º e o 280º do mesmo Código. No primeiro caso, o concurso pode resolver-se por especialidade do art. 278º em relação ao crime de poluição. No segundo caso, o concurso está resolvido expressamente, pois o art. 280º consagra uma consumpção expressa do art. 279º.

10- Ao nível processual-penal, dadas as características dinâmicas do objecto imediato da acção típica, colocam-se problemas de prova do nexo de causalidade e de competência territorial. A estruturação típica do crime de poluição, fazendo depender da actuação da administração parte do preenchimento do tipo legal, exclui qualquer aplicação da lei portuguesa no espaço. A existência de uma condição objectiva de punibilidade, no art. 279º Código Penal, coloca problemas de aplicação da lei penal no tempo e problemas de prescrição do procedimento criminal.

Ferreira do Alentejo, Abril de 1996

José Albuquerque

Delegado do Procurador da República

LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicia-se o estudo da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Neste número apreciam-se as alterações introduzidas na definição da relação de consumo.

Interesses Difusos

A nova Lei de Defesa do Consumidor

I Parte

1. Da Lei nº 24/96 de 31 de Julho à codificação - tempos de reforma

A protecção dos direitos do consumidor em Portugal encontra-se em tempos de mudança.

No espaço de um ano, assistiu-se: à reformulação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, através do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto; à regulamentação da segurança geral dos produtos, pelo Decreto-Lei nº 311/95, de 20 de Novembro; à instituição, através da Lei nº 23/96, de 26 de Julho, de mecanismos destinados a proteger os utentes de serviços públicos essenciais, regulamentados, quanto à facturação detalhada do serviço público telefónico, pelo Decreto-Lei nº 230/96, de 29 de Novembro e, por fim, à substituição da Lei nº 29/81, de 22 de Agosto por uma nova Lei de Defesa do Consumidor, de pendor mais garantístico - a Lei nº 24/96 de 31 de Julho.

Ainda a nova Lei de Defesa do Consumidor não estava publicada, e já fora expressa, sob a forma de despacho ministerial¹, a vontade do governo em criar um novo instrumento de protecção do consumidor - o Código do Consumidor.

A opção pela codificação das normas disciplinadoras das relações de consumo foi o caminho encontrado recentemente por algumas ordens jurídicas europeias e americanas para alcançar uma mais adequada protecção dos interesses do consumidor.

O direito do consumo disciplina áreas muito diversas do mercado e da vida em sociedade - a formação dos contratos com o consumidor, a publicidade, os níveis diversos de responsabilidade na produção, armazenamento, transporte e comercialização dos produtos, os serviços públicos essenciais na perspectiva do utente, a segurança dos bens e serviços, etc.

A dispersão dos instrumentos legislativos conduz a dificuldades de compatibilização de normas no sistema e de conhecimento por parte do mercado e, em especial, por parte dos consumidores.

A codificação, movimento que nesta área tem já expressão em França², Bélgica e Brasil³, visa, nos termos do despacho que determinou a elaboração do anteprojecto de Código do Consumidor, pôr termo à proliferação legislativa a que se tem vindo a assistir,

¹ Despacho 42/MA/96, de 28/5/96, publicado no D.R., II Série, de 3 de Julho.

² Code de Consommation, de 22 de Março de 1995.

³ Código de Defesa do Consumidor, aprovalo pela Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

com as consequentes dispersão e falta de unidade e de proceder à “reforma profunda e sistemática” dos direitos dos consumidores.

A concretizar-se o projecto, obter-se-á com o Código do Consumidor a unificação, sistematização e racionalização dos textos dispersos, a consagração de novas medidas e um instrumento de conformação social acessível.

2. A Lei nº 24/96, de 31 de Julho

2.1. A relação de consumo na Lei nº 24/96

O artigo 2º da Lei nº 24/96, de 31 de Julho define, no seu nº 1, a relação de consumo.

“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”

Para a caracterização dos intervenientes na relação que constitui objecto da Lei de Defesa do Consumidor assume particular relevância o significado da expressão profissional. Há-de corresponder a uma actividade, com carácter tendencialmente regular, ainda que não constituía a principal actividade económica do agente e que tenha como fim a obtenção de ganhos económicos.

a) O consumidor

O conceito de consumidor sofre uma importante alteração: o uso a que se destina o bem, serviço ou direito adquirido deixa de ser necessariamente privado, bastando que seja um uso não profissional. Os consumidores não são já apenas os consumidores finais.

Aquele que destina o objecto do contrato ao estabelecimento de nova relação de consumo, desde que o não faça profissionalmente, pode beneficiar da protecção da LDC. Por exemplo, o comprador de uma fracção autónoma de um imóvel para arrendamento pode utilizar os instrumentos de protecção que lhe são conferidos pela LDC face à sociedade construtora na presença de um defeito de construção; o pequeno investidor que adquire direito real de habitação periódica em empreendimento turístico, destinando-o não ao seu uso pessoal e do seu agregado familiar mas a posterior transmissão é, ainda, consumidor; também pode ser, para os efeitos da lei em apreço, consumidor o cidadão que participa numa oferta pública de venda de acções de uma sociedade e não vê respeitado o direito à informação no contrato que celebra com a entidade bancária.

O destino não privado constituiu já motivo para que, no domínio da lei anterior, um número razoável de emigrantes que adquiriram direitos reais de habitação periódica

em certo empreendimento turístico no Algarve tivesse visto, e bem, negada a protecção requerida ao Ministério Público.

Por outro lado, o consumidor é, necessariamente, uma pessoa singular - a formulação dos direitos que lhe são conferidos é claramente dirigida às pessoas, em sentido natural. A eliminação da referência na lei anterior ao uso privado como destino dos bens e serviços não tem outro significado e consequência que os referidos no parágrafo antecedente.

Uma palavra para a distinção entre consumidor e utente de serviço público essencial.

O utente, no quadro da Lei nº 23/96, pode ser uma pessoa colectiva e, inclusivamente, destinar o serviço a uso profissional. A protecção dos consumidores enquanto utentes de serviços públicos essenciais é conferida pela Lei nº 23/96, mas também pela Lei nº 24/96 - esta afirmação é válida relativamente aos mecanismos processuais instituídos pela Lei de Defesa do Consumidor quanto aos serviços que se mostram já regulamentados pela Lei nº 23/96; também o é relativamente aos consumidores enquanto utentes dos serviços públicos essenciais que aguardam regulamentação da Lei nº 23/96, nos termos e quanto aos direitos estipulados pela LDC.

b) O fornecedor

O artigo 2º da Lei de Defesa do Consumidor considera incluídos no seu âmbito os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

No que respeita à Administração Pública directa, indirecta, regional e autárquica, a novidade é total e, do ponto de vista do direito comparado, significativa.

Os contributos dos trabalhos preparatórios da Lei nº 24/96 para a interpretação desta norma são de reduzida expressão; os deputados manifestaram, em geral, regozijo pelo alargamento da protecção dos consumidores ao campo das suas relações com a Administração, mas pouco adiantaram quanto ao exacto alcance da lei, neste particular.

Afirmou-se, no debate em plenário, que se consagrava o “alargamento do âmbito material de protecção dos consumidores aos serviços prestados, a título oneroso, pelos organismos da Administração Pública, pessoas colectivas públicas ou maioritariamente detidas pelo Estado, regiões autónomas e autarquias locais e empresas concessionárias de serviço público”⁴ (destacado nosso).

⁴ Intervenção do Deputado Nuno Baltazar Mendes no debate na generalidade da Proposta de Lei n.º 17/VII, in D.A.R., I Série, n.º 56, de 12 de Abril de 1996, pág. 1800.

Ora, independentemente do preciso significado jurídico que a inovação tenha, sempre se pode afirmar que se trata de um importante reforço da protecção do cidadão, designadamente na sua veste de utente de serviço público, uma das situações em que se mostra mais dependente do fornecedor pela impossibilidade de opção decorrente do carácter habitualmente monopolista da actividade desenvolvida.

Contudo, por outro lado, suscita dificuldades consideráveis no campo da indagação de quais as actividades da Administração Pública central, regional ou local aptas a gerar relações de consumo.

A) Numa das interpretações possíveis, o nº 2 do artigo 2º será interpretado à luz do nº 1 do mesmo artigo, no sentido em que a Administração se apresente no exercício de uma actividade económica a que, além da satisfação de necessidades colectivas, não seja desprezível a obtenção de benefício económico.

A Administração há-de apresentar-se ao cidadão como pessoa que exerça uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios e, nessa qualidade, forneça bens, preste serviços ou transmita direitos. Tal como acontece, por exemplo, com empresas públicas - a venda de livros pela Imprensa Nacional, a venda de habitação pela E.P.U.L.-, ou com as concessionárias de serviços públicos - as empresas de telecomunicações, de transporte, etc.

Nesta interpretação, a escassez de situações em que a Administração efectua, em regra através de institutos públicos, a prestação de serviços ou fornecimento de bens como actividade económica - a aquisição de reproduções de peças nas lojas de um museu público, a aquisição de publicações na livraria da Imprensa nacional -, poderá não justificar a sua inclusão no elenco dos agentes que estabelecem relações de consumo, designadamente face às dúvidas de interpretação que o preceito pode, neste particular, provocar.

De facto, a venda em repartição pública de um impresso que corresponde a um modelo oficial, o ingresso em museu público, o pagamento da utilização de piscinas públicas sob a tutela do Instituto do Desporto corresponderão, em princípio, a actividades de interesse público, em que a quantia devida se destina apenas a contribuir para os custos do papel, da manutenção da piscina ou do museu. São actos que visam a satisfação de necessidades públicas; não pretendem a obtenção de benefícios económicos para o fornecedor do bem ou serviço.

Contudo, a definição em concreto da natureza da actividade e dos seus fins poderá não ser tão evidente; uma piscina pública que funcione de acordo com uma gestão idêntica a instalações desportivas similares privadas e que pratique preços de utilização de nível aproximado dificilmente se qualificará como uma actividade não económica (embora em cumprimento de um imperativo constitucional e legal de acesso ao desporto) para a qual a obtenção de um valor económico superior ao valor dos custos é desprezível.

B) Noutra perspectiva, o legislador quis ir mais longe e incluir toda a actividade que a Administração exerça ou possa exercer a par de entes privados, fora do exercício do seu poder de autoridade.

A prestação dos serviços de ensino público, de cuidados médicos e hospitalares em unidades do serviço nacional de saúde, de fornecimento de gás por serviços municipalizados constitui actividade incluída na Lei de Defesa do Consumidor.

Tal já não acontece com a actividade policial, de justiça, relacionada com a cobrança de impostos - elas decorrem do *ius imperium* exclusivo do Estado, insusceptível de apropriação pelo sector privado.

C) O texto da norma parece apontar no sentido desta última interpretação. O nº 2 do artigo 2º não se refere, em nenhum momento, ao nº 1; pelo contrário, e reportando-se sempre ao objecto mediato da relação de consumo (os bens, serviços ou direitos), estabelece que estes se incluem no âmbito da Lei de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido se orienta o cotejo entre a proposta de lei, o debate parlamentar e o texto final aprovado; na redacção inicial e na apresentação da proposta em sede de debate na generalidade, consideravam-se incluídos os bens, serviços ou direitos, fornecidos, prestados ou transmitidos “a título oneroso” e “que não resultem do cumprimento de obrigações legais”. Estas expressões que, relevantemente, balizavam as relações estabelecidas com a Administração susceptíveis de serem abrangidas pela LDC “caíram” na versão final aprovada.

No debate parlamentar, não se encontra contribuição para o esclarecimento da ratio da alteração introduzida; contudo, não pode deixar de lhe ser atribuído algum valor pelo intérprete - no sentido do afastamento das restrições a uma maior abrangência do diploma.

Aliás, logo na intervenção de apresentação da proposta, a titular da pasta do Ambiente afirmava: “o alargamento do âmbito material de protecção dos consumidores aos bens e serviços prestados pelos organismos da Administração Pública - esta é talvez a inovação de melhor alcance e profundidade da nova lei, e que cria à Administração a responsabilidade da sua modernização no sentido do respeito e da consideração devidos aos direitos dos consumidores”.

A declaração, neste particular, da responsável pelo projecto de lei, a alteração do texto da proposta e a redacção final fornecem elementos de interpretação indicadores de uma intenção de fazer incluir no âmbito da lei de defesa do consumidor a generalidade das situações em que a Administração fornece bens, presta serviços ou transmite direitos.

Teresa Oliveira de Almeida

Assessora do Gabinete do Procurador-Geral da República