

A (RE)NORMATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS DIREITOS DIFUSOS*

Fábio Guedes de Paula Machado

Resumo: *A dogmática jurídico-penal, desde seu surgimento no final do século XIX, na Alemanha, até o presente momento, ultrapassou algumas metodologias, cada qual em obediência a uma determinada filosofia. Neste aspecto, o positivismo naturalista de Franz Von Liszt, Ernst Beling, Karl Binding e outros, desenvolveu-se a partir da regra de causa e efeito, atribuindo grande importância às regras da causalidade da conditio sine qua non. Seguiu-se o neokantismo com a sua filosofia dos valores culturais, sociais, morais e jurídicos, tendo em Edmund Mezger seu maior expoente. Hans Welzel, motivado com a proposta de superação do positivismo jurídico, estruturou a filosofia finalista a partir da base ontológica e das estruturas lógico-objetivas. Contra essas, Claus Roxin elabora o funcionalismo racional desde a concepção da ordem constitucional peculiar a um Estado Social e Democrático de Direito, buscando aproximar o Direito Penal da sociedade contemporânea, de risco, a propósito. Por fim, atrelado à sociologia de Luhmann e ao normativismo de Hegel, Günther Jakobs elabora um sistema penal inerente a esta concepção. Não obstante a estas contribuições, e inerente ao uso dos recursos naturais pelo homem, somados os riscos da sociedade contemporânea, conforme lição de Ulrich Beck, formula-se o denominado direito de terceira geração, que é o direito difuso. Neste sentido caminhou a Constituição Federal em vigor, detalhando diversos bens difusos e coletivos, recepcionando, também, antigas leis, tais como a do parcelamento e uso do solo, n. 6.766/76.*

* Artigo confeccionado por Fábio Guedes de Paula Machado (Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia – MG, Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia, Doutor em Direito Penal pela USP, Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP, Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – Espanha, ex-Investigador Científico no Max-Planck-Institut, em Freiburg im Breisgau – Alemanha), Bruno de Oliveira Moura e Wesley Miranda (acadêmicos de Direito da UFU e estagiários do Ministério Público).

No âmbito penal, para a persecução da justiça criminal em consonância com a tutela difusa, é indispensável reconfigurar o tipo penal descrito no art. 50, da Lei n. 6.766/76, estabelecendo-o como crime permanente, o que equivale a dizer que o início da contagem do prazo prescricional somente começa a contar do instante em que, v.g. as obra necessárias de infra-estrutura sejam realizadas nos loteamentos clandestinos ou irregulares.

Este artigo, então, detalha este direito difuso, e analisa o tipo penal em questão, para ao final compreendê-lo como sendo integrante do rol dos crimes permanentes, pois somente assim é que se tornará possível promover a justiça social.

Palavras-chave: *Teoria do delito. Loteamento. Crime permanente. Tipicidade. Classificação do tipo. Prescrição penal.*

Abstract: *Since its sprouting in the end of XIX century, in Germany, until the present moment, the legal-criminal dogmatic exceeded some methodologies, each one in obedience to one determined philosophy. In this aspect, the naturalistic positivism of Franz Von Liszt, Ernst Beling, Karl Binding and others developed from the cause and effect rule, attributing great importance to the conditio sine qua non causality rules. Followed the neokantis with its cultural, social, moral and legal philosophy values, having in Edmund Mezger its greater illustrious representative. Hans Welzel motivated with the proposal of overcoming the legal positivism, having an ontology base and the logical-objective structures, structuralized the finalist philosophy. Against these theories, Claus Roxin elaborates the rational bureaucracy, starting from the conception of the constitutional order that is peculiar to a Social State and Democratic of Right, attempting to approach the Criminal law to the contemporary society, and finally, linking it to Luhmann sociology theory and the normative perception of Hegel. Günther Jakobs elaborates a criminal system that is inherent to this conception. Not obstructive to these contributions, and inherent to the use of the natural resources by mankind, added the risks of the contemporary society, as lesson from Ulrich Beck, is formulated the third generation right, that represents the diffuse legal right. In this direction the Federal Constitution in vigor walked, detailing diverse diffuse and collective goods,*

receiving also, old laws, such as the fragmentation and use of the soil, n. 6.766/76. In the criminal scope, for the persecution of criminal justice in accord with the diffuse guardianship, it is indispensable to reconfigure the described criminal type in art. 50, of Law n. 6.766/76, establishing it as a permanent crime, what is equivalent to say that the limitation counting only starts from the instant where, v.g. the necessary infrastructure workmanships are carried through in the clandestine or irregular land divisions. This article, details this diffuse legal right, and analyzes the criminal type in question, by the objective to understand it as being integrant of the roll of the permanent crimes; therefore it is the only way that it will become possible to promote social justice.

Keywords: *Theory of the delict. Land division. Permanent crime. Vagueness doctrine. Criminal type Classification. Criminal lapsing.*

Desde que surgida a dogmática jurídico-penal no final do século XIX, na Alemanha, verificamos ao longo de seu desenvolvimento epistemológico diversas influências teóricas, e estas permitiram a formação de inúmeros conceitos, notadamente os pertinentes aos elementos do delito e sua estrutura, e sempre em manifesto emprego de coerência metodológica.¹

Apenas a título de citação, primeiramente, o sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito ou sistema Liszt-Beling, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Em suma, são conceitos avalorados e, por serem empíricos, estão sujeitos à classificação. Nas categorias do delito ocorre a classificação das elementares em objetiva e subjetiva e descritivas ou valorativas.

Aqui, tudo que for ligado ao injusto (tipicidade e antijuridicidade) será objetivo. A antijuridicidade será valorativa. Já o subjetivo vai para a culpabilidade, sendo que tipo e culpabilidade serão puramente descritivos.

¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, n. 9, out. 2000.

Esta metodologia foi alvo de críticas insuperáveis. No âmbito metodológico, não há como o Direito, enquanto sistema de valores, contentar a solução de seus casos unicamente com o emprego da causalidade, e aqui aproxima-se do *regressus ad infinitum* através do emprego da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Note-se que é inerente ao Direito valorar o objeto de consideração e, em decorrência, o ponto central se desloca do campo do naturalismo e ingresso no mundo jurídico. O caráter classificatório e formalista desse sistema construído desde a subsunção formal do fato à norma impede qualquer valoração superveniente pelo aplicador do Direito.

Em resumo, esta primeira etapa do desenvolvimento da teoria do delito limitava-se a explicar os fatos pela regra da relação de causalidade.

Com a ascensão do pensamento advindo da filosofia de valores (Windelband e Lask) e seu ingresso no Direito, particularmente na teoria do delito, estabeleceu-se o método referido a valores, vez que as questões da vida em sociedade não conseguem ser plenamente solucionadas pelas regras da natureza, além do que o Direito não é uma ciência da natureza, ao contrário, é uma ciência humana. Esta mudança metodológica denominou-se “sistema neoclássico ou neokantismo”. Por ser ciência fruto do espírito, ou, se preferirmos, da cultura, quer-se compreender os fatos, atribuindo finalidades e valores. Originou-se, então, a formação de um sistema teleológico referido a valores.

Ao buscar compreender os fatos, estabeleceu-se que cada qual possui fundamentação material, o que acarretou a (re)classificação do delito em categorias sistemáticas de maneira a permitir que cada qual atendesse à sua finalidade.

Com o escopo de superar o modelo neokantiano, inicialmente nos anos 30, e posteriormente com grande repercussão no pós-guerra, surge o finalismo welzeniano arrimado na lógica da coisa, no sentido de que o direito deve estudar a realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, para somente depois tecer consideração jurídica. Aqui depara-se com considerações antropológicas próprias do ser, no sentido de que o homem só age em busca de um fim, que aliás é fruto da natureza humana, o que se convencionou chamar de estrutura lógico-real. O homem, por ser inteligente, dirige o seu saber causal, sendo a ação que realiza desde logo intencional, e por consequência dolosa ou culposa. Isto acarreta a relocação do dolo e da culpa no tipo penal, transformando-se a culpabilidade em

exclusivo juízo de reprovação pelo livre arbítrio e o poder-agir-de-outra-maneira.

Fincado o Estado Democrático de Direito, particularmente no ocidente, nos anos 70, Roxin elabora o Direito Penal desde a função político-criminal, em particular pelos fins da pena, arrimando a estrutura dogmática na teoria da imputação objetiva e de responsabilidade. Busca o autor aproximar o Direito Penal da realidade, afastando da sua aplicação conceitos não demonstráveis ou que não se insiram no conteúdo da legalidade estrita.

Paralelamente, Günther Jakobs elabora um modelo de Direito Penal a partir da filosofia de Hegel e da teoria dos sistemas de Luhmann. A norma e sua obediência pela pessoa fiel garantem o cumprimento das expectativas normativas depositadas sobre cada um, ao passo que, negado o papel e, por conseguinte, violada a norma, nasce a necessidade desta ser revitalizada ou recuperada, atestando a todos a sua vigência, que assim se realiza através da aplicação da pena.

Muito mais deveria ser dito para cada etapa do desenvolvimento epistemológico², porém o escopo deste momento é o de apenas inserir o leitor em um outro contexto de compreensão dogmática, justamente a partir da introdução de aspectos inerentes aos direitos fundamentais do cidadão e exemplificados ao longo da Carta da República, também denominados de direitos difusos ou de terceira geração.

Neste trabalho, o direito fundamental à moradia e suas implicações na seara dogmática jurídico-penal serão apreciadas, notadamente no que tange ao parcelamento e uso do solo e sua previsão penal.

A moradia

Havido grande crescimento da população urbana no país, somando-se ainda o êxodo rural, o certo é que as cidades cresceram sem a devida e prévia projeção e preparação para atender à demanda das mais diferentes classes sociais.

² Neste sentido: Fábio Guedes de Paula Machado. O desenvolvimento epistemológico do direito penal. **Boletim do IBCCRIM**, n. 79, jun. 1999.

Isto proporcionou a formação de bolsões de miséria e desordem urbanística, notadamente em face dos altos custos da implementação dos equipamentos urbanos indispensáveis à sadia qualidade de vida, obrigações essas que são originariamente dos empreendedores imobiliários, sendo, outrossim, solidário o Poder Público se não implantado, conforme entendimento pacífico dos tribunais.³

Destarte, com a inclusão da habitação e urbanismo no rol dos direitos a serem tutelados através da propositura da ação civil pública art. 1.º, inciso VII, da Lei n. 7.347/85, e da moradia no elenco dos direitos sociais exemplificados no texto constitucional, art. 6.º, *caput*, afirma-se que diplomas normativos inerentes a esta temática foram revigorados em face das mudanças havidas, notadamente a Lei 6.766/76, e particularmente no que tange às figuras penais nela inseridas.

Assim, e tomando-se por base o tipo penal do art. 50, da Lei n. 6.766/76, dúvidas acerca de sua classificação dividiram os tribunais, ora por reconhecerem tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, ora por firmarem entendimento de ser crime permanente. Não obstante à discussão entorno da tipicidade seja por si só importante desde o âmbito dogmático, certo é que o dissenso tem efeito evidente sobre a punibilidade dos sujeitos envolvidos, em especial quanto à declaração da prescrição ou não. Isto porque, se se entender que este crime é instantâneo e de efeito permanente, tem-se o início da contagem do prazo prescricional com o dar início a loteamento em desacordo com as disposições normativas próprias, ainda que todos os equipamentos públicos não estejam em pleno funcionamento, como a drenagem pluvial, v.g. (Código Penal, arts. 107, IV, 109, IV e 111, I). Conseqüentemente, os administradores públicos competentes que não destinaram esforços pautados nos mecanismos extrajudiciais ou judiciais para garantir o cumprimento das normas pertinentes ao parcelamento do solo, portanto, titulares de condutas omissivas, ver-se-ão beneficiados com a extinção da punibilidade.

³ REsp. nº 124.714/SP, 2.ª Turma, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 22.08.2000; REsp. nº 194.732/SP, relator Ministro José Delgado, julgado em 32.02.1999, Diário de Justiça de 32.02.1999, p. 00083; RESP 448216/SP; Rel. Ministro Luiz Fux – T1 – PRIMEIRA TURMA – julgado em 14/10/2003 – publicação DJ 17.11.2003 p. 00204; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela 6.ª Câmara Cível, (Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70.002.222.891, relator Desembargador Antônio Guilherme Tanger Jardim, julgado em 09.04.2003”).

Diante da apresentação da polêmica e suas implicações, e tendo a questão contorno constitucional, mister é que a discussão seja retomada, partindo-se desta concepção para iniciar-se a análise do novo papel do Direito Penal.

Direito Constitucional: a garantia fundamental do cidadão à moradia

Habitação e urbanismo são conceitos intimamente ligados à qualidade de vida do homem. Por isso mesmo são temas de preocupação constitucional, e vêm-se destacados em diversas normas federais, estaduais e municipais.

De modo implícito e explícito, o direito à habitação está contemplado na Carta da República. Preliminarmente, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), e esse valor tão abrangente tem por suposto, como uma de suas manifestações, o direito à habitação. Trata-se de garantia constitucional do cidadão.

Em seguida, e no mesmo âmbito, o disposto no art. 3º, III, afirma que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais,⁴ objetivo esse passível de ser alcançado, dentre múltiplas vias, pela garantia de habitação a todos.

Explicitamente, a habitação ganhou especial proteção no ordenamento constitucional através da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou o art. 6º para incluir dentre os direitos sociais justamente o direito à moradia.

Também o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, ao contemplar o salário-mínimo como direito de todos os trabalhadores, urbanos e rurais, atesta-o como sendo aquele suficiente às necessidades vitais básicas do indivíduo e da família, inclusive quanto à moradia, alimentação etc.

⁴ Também o art. 23, em seu inciso X, estatui ser competência comum das pessoas políticas “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

O texto fundamental estatui, outrossim, ser competência da União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX), bem como ser competência comum, de todas as pessoas políticas, “[...] promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX).

Também referem-se a este tema as disposições constitucionais relativas à função social da propriedade (arts. 5.º, XXIII e 170, III) e à política urbana (art. 182).

Estabelecido o patamar constitucional deste direito da cidadania, e buscando adentrar no campo de sua efetividade, conceitua-se urbanismo como sendo “[...] o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”. (MEIRELLES, 1977, p. 585). Em outras palavras, consiste na ciência e na técnica de ordenar os espaços habitáveis, visando o bem-estar geral.⁵

Vinculando esta conceituação ao Direito, temos que Direito Urbanístico é o “[...] conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale a dizer: conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística”. (SILVA, 1981, p. 21).

Dentre os diversos princípios de Direito, sobressai à espécie o princípio maior da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, verdadeiro axioma de nosso ordenamento jurídico, a significar que o interesse coletivo deve prevalecer sobre interesses individualmente considerados.⁶ Ainda, podemos apontar para os princípios da função social da propriedade, da função pública do urbanismo, da subsidiariedade da intervenção administrativa em matéria urbanística, e por fim, a afetação das mais-valias ao custo da urbanificação.

A função social da propriedade está contemplada em oito dispositivos

⁵ COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. In: **Temas de Direito Urbanístico**, p. 11-19.

⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que tal princípio, também chamado princípio da finalidade pública, “[...] inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”. **Direito administrativo**, p. 62-64.

arts. 5.º, XXIII (rol dos direitos individuais); 156, § 1º (IPTU progressivo); 170, II (princípio geral da atividade econômica); 182, *caput* e § 2º (política urbana); 184, *caput*; 185, parágrafo único (desapropriação para fins de reforma agrária) e 186 (propriedade rural).

Tem-se que o princípio da função social da propriedade é uma limitação ao direito de propriedade, no sentido de que compõe o próprio perfil desse direito. O proprietário deve usar e desfrutar do bem, exercendo esse direito em prol da coletividade. Significa que, num plano ideal, a sociedade deve extrair benefícios do exercício desse direito, e que o interesse coletivo não pode ser restringido pelo individual. Temos aqui, uma socialização deste princípio.⁷

Em prosseguimento, a definição do conteúdo da função social a ser cumprida pela propriedade imóvel faz remeter ao plano urbanístico, que é o instrumento do planejamento urbanístico, assim entendido como o meio pelo qual o Poder Público pode orientar e racionalizar a atuação urbanística, direcionando-a às áreas consideradas prioritárias. Exemplo típico de plano urbanístico é o plano diretor qualificado constitucionalmente como instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, §§ 1º e 2º, CR).

Sob o segundo princípio, afirma-se que o Urbanismo é função pública. Isto significa que o Urbanismo é poder-dever da Administração Pública voltado, evidentemente, à concretização do interesse público. Se o Urbanismo é o conjunto de medidas destinadas a organizar os espaços habitáveis, constitui, sem dúvida, uma função pública, visto estar-se diante de um poder voltado para o atendimento do interesse coletivo e cujo exercício consubstancia-se num dever jurídico.⁸ Sobre esta afirmativa, tem-se que ela é decorrência direta do princípio maior da supremacia do interesse público sobre o particular.⁹

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a função social da propriedade vincula a propriedade não só ao destino produtivo do bem, mas, outrossim, a objetivos de justiça social. Novos aspectos da função social da propriedade. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 39.

⁸ COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. **Temas de Direito Urbanístico**, p. 11-19.

⁹ Nestes sentido: art. 21, incisos IX e XX; art. 23, inciso IX; art. 30, inciso VIII, todos da Constituição Federal.

Pelo terceiro princípio, o da subsidiariedade, significa que a iniciativa privada pode implantar planejamento urbanístico, desde que de maneira adequada e suficiente tendo preferência, inclusive, sobre o Poder Público. Ou seja, sendo eficaz a participação privada a atender as necessidades públicas, deverá a administração pública abster-se de intervir. Neste sentido, incide-se o disposto no art. 173 da Constituição Federal.

Quarto princípio, o da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação, entende-se como o processo de correção da urbanização, fenômeno de concentração urbana, onde os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes, dentro dos limites do benefício por eles obtido.

Estabelecidos que os princípios urbanísticos decorrem da necessidade de obediência aos direitos humanos, preleciona Chaïm Perelman, que a “[...] noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada ser humano como tal, que esses direitos são vinculados à qualidade de ser humano, não fazendo distinção entre eles e não se estendendo a mais além. (PERELMAN, 1996, p. 400).

Posto isto, os direitos fundamentais do homem compreendem os direitos individuais e políticos (direitos de 1ª geração), os direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª geração) e os direitos difusos e coletivos (direitos de 3ª geração). Ainda sobre o tema, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior salientam que a qualificação de direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhes outorgou, traduzido, essencialmente, pelo nível singular de proteção de suas normas, por constituírem os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, VI, C.R.), e pela aplicabilidade imediata de seus preceitos (art. 5.º, § 1º, CF).¹⁰

Em sendo assim, temos que a habitação, como direito social expressamente contemplado na Lei Maior (art. 6.º) é direito fundamental. Logo, não pode ser suprimido por constituir-se em cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV). Em conse-

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 64.

quência, esta norma tem aplicação imediata (art. 5.º, § 1º), devendo o Poder Público propiciar o exercício desse direito a todos os seus cidadãos, sob pena de ser responsabilizado por omissão.

Enfim, quanto ao tema urbanismo, parcelamento do solo e outros, concluímos que o legislador outorgou-lhe o nível constitucional, e o estabeleceu como sendo uma garantia fundamental do cidadão, e desta maneira deve ser interpretado. E em se tratando de garantia fundamental do cidadão, equivale dizer que se permite a interpretação extensiva.

Direito Penal: a reinterpretação do tipo penal do art. 50, da Lei n. 6.766/76

Em razão da importância do tema, e da polêmica jurisprudencial havida, faz-se necessário abordarmos a dogmática jurídico-penal do caso em questão, o que significa discorrer sobre a classificação do crime em instantâneo, instantâneo de efeito permanente e permanente.

A priori, crime instantâneo é aquele que se consuma em um único momento. Sua consumação ocorre em determinado instante e não mais prossegue.¹¹ A consumação do delito se dá em um momento determinado temporalmente. Exemplo: homicídio. O delito permanente se esgota, se exaure, com a ocorrência do resultado previsto no tipo penal.¹²

Parte da doutrina concebe o delito instantâneo, ou delito de estado, como

¹¹ Nesse sentido JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. v. I, p. 170; MIRABETE, Júlio F. **Manual de Direito Penal**. v. I, p. 125; PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. I, p. 210; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral, tomo II, p. 220; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. I, p. 147; HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. v. I, tomo I, p. 128; MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. v. I, p. 107; PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Parte general – Tomo I, p. 304; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho penal**, p. 116.

¹² Assim, BITENCOURT, op. cit., p.147; NORONHA, op. cit., p. 107. HUNGRIA, Nélson. **Comentário ao código penal**. v. I, p. 220, MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. v. II, p. 107. Se a realização do resultado (seja naturalístico, seja normativo) é, em última análise, a consumação do tipo penal, pode-se chegar à conclusão de que o delito instantâneo é aquele cuja consumação coincide temporalmente com seu exaurimento.

sendo aquele que se conclui “[...] com a provocação de um determinado estado, em regra o resultado no sentido dos delitos de resultado, que é insuscetível de manutenção do autor, ou dela não necessita.” (ROXIN, 1997, p. 329). A situação típica criada não se mantém no tempo, tem conclusão imediata. Exemplos: homicídio, dano e lesões corporais.

Já o delito instantâneo de efeitos permanentes, para aqueles que sustentam a sua existência, é aquele cujo resultado é duradouro e sua manutenção independe da vontade do sujeito. Consumado em um dado momento, seus efeitos permanecem independentemente da vontade do sujeito ativo.¹³ Os efeitos da ação do agente perduram, “[...] sem que ele os possa fazer desaparecer.” (ROXIN, 1997, p. 329) A permanência dos efeitos, não depende da “[...] continuidade da ação do agente.” (CIRINO, 2005, p. 36). Exemplos: homicídio, roubo, furto.

Por sua vez, no crime permanente, primariamente, o momento consumativo se protraí no tempo. Ou seja, a consumação do delito se prolonga no tempo em virtude da atuação do agente. Cria-se “uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo.”¹⁴ Durante todo este período, o fato está em fase de consumação. Ex: seqüestro ou cárcere privado. No seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação. Ou ainda, enquanto não cessar a atividade do agente e, conseqüentemente, a situação antijurídica por ele criada, o delito está em fase de consumação (há um período consumativo). Geralmente apresenta duas fases:

- 1) fase de realização do comportamento previsto na lei, de natureza comissiva;
- 2) fase de manutenção do estado antijurídico criado (estado danoso ou perigoso), de natureza omissiva.

Todavia, adverte-se que nem os crimes permanentes obedecem a tais fases. Alguns são puramente omissivos, inexistindo, pois, fase inicial comissiva.

¹³ Nesse sentido, JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. v. I, p. 171; MIRABETE, Júlio F. **Manual de direito penal**. v. I, p. 125; PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. I, p. 210; BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral – Tomo II, p. 220; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. I. p. 147; HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. v. I. Tomo I, p. 128; MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. v. I, p. 107.

Ex: deixar de pôr em liberdade um doente ou louco reestabelecido. A fase de manutenção da situação antijurídica pode assumir também feição comissiva (ex: prática de atos de vigilância no sentido de impedir a fuga da vítima).¹⁵

Noutro sentido, há autores que caracterizam o delito permanente não pela manutenção de sua consumação, mas pela permanência da situação antijurídica lesão ou perigo de lesão por ela criada.¹⁶

Segundo a lição de Eugênio Cuello Calón, delitos permanentes são aqueles em que após sua consumação, a violação jurídica realizada no momento da consumação não se extingue com essa. Ou seja, “[...] após sua consumação, a violação jurídica nela contida continua ininterruptamente”. (CALÓN, 1951, p. 298).

Para Claus Roxin, delito permanente é aquele que “[...] não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor tanto tempo quanto subsista o estado antijurídico por ele criado”. (ROXIN, 1997, p. 329). O crime, embora consumado, existe enquanto a situação antijurídica criada com a consumação perdurar.

Segundo Diego Manuel Luzón Peña, catedrático espanhol e tradutor do tratado de Roxin, nesta classe de crime “[...] se cria, com a consumação, uma situação antijurídica duradoura (de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico) que se mantém ou pode cessar pela conduta do autor”. (PEÑA, 1996, p. 315). Enquanto se mantém a situação antijurídica criada e até que esta cesse, “[...] não

¹⁴ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 171.

¹⁵ JESUS, op. cit., p. 171; MARQUES, op. cit., p. 277.

¹⁶ Nesse sentido, CUELLO CALÓN, Eugênio. **Derecho penal**. Tomo I. Parte General. v. I. p. 298; POLAINO NAVARRETE. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica do delito; ROXIN, op. cit., p. 329; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte general. v. I. p. 315; JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 237; JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. p. 207. Antolisei também corrobora esta tese: “[...] chamam-se permanentes os crimes em que, segundo a figura abstrata delineada em lei, o fato correspondente dá origem a um estado de dano ou perigo que se protraí no tempo e pode cessar pela vontade do agente”. ANTOLISEI, F. **Principii di Diritto Penale**. v. I. p. 156. MARQUES, José Frederico Marques, op. cit., p. 277.

começa a contar o prazo de prescrição do delito, pois do contrário poderia ocorrer o absurdo de que prescrevesse sem que se tenha cessado os autores sua atuação antijurídica.” (PEÑA, 1996, p. 315).

Para Jescheck, e no mesmo sentido de Roxin e Luzõn Pena, no delito permanente “[...] a situação antijurídica criada pelo autor se prolonga” (JESCHECK, 1993, p. 237). A ação cria um estado antijurídico cuja manutenção “[...] depende da vontade do autor, de modo que, de certa maneira, o fato se renova constantemente.” (JESCHECK, 1993, p. 329 e 315).

Para o referido autor, constata-se no delito permanente um momento de terminação (no sentido de realização da intenção típica) diferente do momento de consumação. Esta é conceituada de modo puramente formal. Não é determinada pelo fato de ter o autor “[...] logrado seu propósito, senão que á alcançada já com a concorrência de todos os elementos do tipo.” (JESCHECK, 1993, p. 469).

Trata-se de hipótese de unidade típica da ação em sentido estrito. Sob a lição de Jescheck, a realização “[...] dos elementos mínimos do tipo penal é sempre uma ação única, mesmo que em uma contemplação puramente fenomenológica se possa decompor o comportamento típico em vários atos particulares.” (JESCHECK, 1993, p. 649). No delito permanente, há a criação de “[...] um estado antijurídico mantido pelo autor e através de cuja permanência se segue realizando ininterruptamente o tipo penal.” (JESCHECK, 1993, p. 649). Ex: invasão de domicílio. Nesta espécie de delito, a criação do estado antijurídico forma uma ação unitária com todos os atos encaminhados à sua manutenção.

Deslocando o campo de apreciação para o funcionalismo sistêmico, leciona Günther Jakobs, que nos delitos permanentes o estado criado com a consumação do delito deve ser mantido pelo autor.¹⁷ Para ele, em alguns delitos (delitos permanentes em sentido estrito), “[...] o injusto vai se intensificando ao aumentar a medida do ataque ao bem jurídico por meio de um agir ou omitir posterior do autor. O comportamento delitivo prolonga-se então na medida do comportamento subsequente, o que impede a prescrição.” (JAKOBS, 1995, p.

¹⁷ JAKOBS, op. cit., p. 207.

208). Nestes crimes, o injusto “[...] pode ir se acrescentando potencialmente com o decurso do tempo.” (JAKOBS, 1995, p. 208).

A desconstrução da classificação de que o crime do art. 50, da Lei n. 6.766/76, é instantâneo de efeitos permanentes

Embora partes da doutrina e da jurisprudência nacionais socorram-se da classificação de que o tipo penal do art. 50, da Lei n. 6.766/76 insere-se como sendo instantâneo de efeitos permanentes, tem-se que esta distinção é um despropósito diante da ordem constitucional que elenca a moradia como garantia fundamental do cidadão e, por conseguinte, em bem difuso a partir da dogmática jurídico-penal atual. Por conta disto, será rechaçada com os argumentos a seguir:

1) Conforme já assinalado, a dogmática jurídico-penal atual não reconhece a categoria de delito instantâneo de efeitos permanentes. Esses crimes se caracterizariam, segundo a doutrina nacional majoritária, pela índole duradoura de suas conseqüências independentemente da atuação do agente.

Décadas atrás, José Frederico Marques já observara que a distinção entre crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes é toda infecunda e inútil.¹⁸ De fato, tal classificação não obedece a nenhum critério científico, apresentando várias incongruências metodológicas.

Toda ação típica pode produzir conseqüências danosas mais ou menos irreparáveis, conforme o grau de lesão ao bem jurídico.¹⁹ Em alguns casos, a ação punível leva à supressão do bem jurídico, o que caracteriza uma situação de irreversibilidade e não de permanência. Por definição, o verbo permanecer significa persistir, continuar a ser, continuar existindo. Se o efeito da ação ilícita for a supressão do bem jurídico, não há lugar para um estado de permanência de efeitos. Por exemplo é o que ocorre no homicídio. Nele, o bem jurídico vida, deixa de existir com a morte, sendo impossível permanecer os efeitos da ação homicida, que se exauriu. Isso caracteriza uma situação de irreversibilidade e não de permanência.

¹⁸ MARQUES, op. cit., p. 281

¹⁹ ANTOLISEI, F. **Manual de derecho penal**, p. 196, e Damásio E. de JESUS, op. cit., p. 195.

Ademais, mesmo nos delitos de conduta permanente a lesão ao bem jurídico é de certa forma, irreversível. Toda causa, uma vez atuante no mundo fenomenológico, produz efeitos que, pelo menos relativamente ao tempo em que teve incidência, é irreversível. No caso do delito de seqüestro, por exemplo, não é possível restituir ao sujeito passivo do delito o tempo de liberdade que lhe foi retirado.

Diante desta explanação, não pode existir a categoria delito instantâneo de efeitos permanentes. Os crimes são instantâneos ou permanentes. Em ambos os casos, os efeitos, são reversíveis ou não, e dessa constatação não podemos inventar, sem maior rigor científico, uma subcategoria de crime.

2) Ainda na lição de José Frederico Marques, advinda no momento metodológico do positivismo italiano da *Scuola Positiva*, *ad argumentandum*, existem na doutrina três posições a respeito da consumação do delito permanente. A primeira situa a consumação no ato que inicia a permanência. Para a segunda, há a consumação no instante em que a permanência cessa. E de acordo com a terceira corrente, a consumação se protraí, se estende no tempo, já que persiste desde o momento em que se integram os elementos constitutivos do crime até que cesse a atuação do delinqüente.²⁰ Diga-se, a propósito, que é esta última posição que prepondera na doutrina nacional.²¹

A segunda teoria é insustentável em razão do inciso III, do art. 111 do Código Penal brasileiro. Se a consumação do crime ocorresse no instante da cessação da permanência, ele cairia na regra do inciso I, do referido artigo (a prescrição começa a correr a partir da consumação).

²⁰ MARQUES, op. cit., p. 280.

²¹ São partidários desta posição, entre outros: JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. v. I, p. 170; MIRABETE, op. cit., v. I, p. 125; PRADO, op. cit. p. 210; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral – Tomo II, p. 220; BITENCOURT, op. cit., p. 147; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I, tomo I, p. 128; NORONHA, E, op. cit., p. 107; PUIG PEÑA. op. cit., p. 304; REYES ECHANDÍA, Alfonso. op. cit., p. 116; CIRINO DO SANTOS, Juarez. **Moderna teoria do fato punível**, p. 37.; JESCHECH, Hans Heinrich. op. cit., p. 469.; ANTOLISEI, F. op. cit. p. 156, apud José Frederico Marques, op. cit., p. 273.; Nesse sentido, CUELLO CALÓN, Eugênio. op. cit., p. 298; ROXIN, Claus. op. cit., p. 329. LUZÓN PEÑA. op. cit., p. 315; JESCHECH, Hans-Heinrich. op. cit., p. 469; JAKOBS, Günther. op. cit., p. 207.

Também a terceira corrente é, outrossim, insustentável. Como exposto alhures, a consumação do delito é conceito puramente formal. Dá-se com a realização integral ou completa das elementares descritas no tipo penal. É a “[...] concorrência de todos os elementos do tipo penal”. (JESCHECK, 1993, p. 469). Francesco Antolisei assinalou que a verificação de que um delito se consumou se resume apenas em certificar se “[...] está realizada por completo a figura que o legislador descreveu na norma”. (ANTOLISEI apud MARQUES, 1952, p. 156). E a realização total ou integral dos elementos do tipo penal é alcançada em um instante, um momento, determinado ou determinável temporalmente. Há, sempre e tão somente, um momento de consumação, nunca um período de consumação.

A consumação não se protraí no tempo, como quer a doutrina nacional preponderante. No momento em que ocorrer os elementos da definição legal do crime, o tipo penal encontra-se plenamente realizado e o delito consumado. A realização da totalidade dos elementos da definição legal do delito só pode acontecer em um momento único, certo. O instante em que for total a realização do tipo penal, será o instante de consumação.

Sendo, pois, igual para todos os delitos, não pode a consumação ser erigida a critério diferenciador. A classificação arrimada neste caso é em virtude da inaptidão do critério, equivocada. O critério a ser utilizado não é a consumação (sua permanência ou não), mas a permanência ou não, após a consumação formal do delito, da situação antijurídica criada pelo autor, i.e., a manutenção, pelo autor, da situação de ofensa ao bem jurídico que perdura após a consumação do delito. Por isso, a doutrina penal mais atual há de ser prestigiada, ainda que autores do passado já tivessem avistado a problemática em apreciação.²² Neste sentido, é o ensinamento de Biagio Petrocelli. Segundo o autor, há crime per-manente

[...] quando em um dado momento, o crime se completa e se realiza em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha a ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito”. (PETROCELLI apud MARQUES, 1955, p. 311)

²² Nesse sentido CALÓN, op. cit., p. 298; ROXIN, op. cit., p. 329. LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 315; JESCHECK, op. cit., p. 469; JAKOBS, op. cit., p. 207.

Luzón Peña, conforme visto anteriormente, indica que, nos delitos permanentes

[...] se cria, com a consumação, uma situação antijurídica duradoura (de lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico) que se mantém ou pode cessar pela conduta do autor. [Ainda] a consumação cria uma situação antijurídica duradoura cuja manutenção depende da vontade do autor. (PETROCELLI apud MARQUES, 1955, p. 315).

Assim, o que caracteriza o delito permanente não é a permanência de sua consumação, mas sim a permanência, em virtude da atividade do agente, da situação antijurídica originada pela consumação do delito.

Tal como já citado, sustenta Claus Roxin quanto ao crime permanente, que “[...] o delito não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor enquanto subsista o estado antijurídico por ele criado”. (ROXIN, 1997, p. 329). A situação antijurídica iniciada com a consumação do delito vai além desta; perdura depois da consumação do delito, impedindo que ele se conclua.

Nos crimes instantâneos, o estado de antijuridicidade criado pelo autor do delito cessa, imediatamente, no momento da consumação, posto que o interesse tutelado pela norma não continua sendo agredido.

Nos crimes permanentes, a consumação ocorre, igualmente, a partir do momento em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal, mas, diversamente do que ocorre nos delitos instantâneos, o estado antijurídico criado pelo agente persiste, pois o bem jurídico tutelado continua sofrendo agressão em virtude de permanência da conduta antijurídica.

A conclusão penal

Diante da dogmática jurídico-penal contemporânea, e que tem em Claus Roxin, o seu maior expoente – ao idealizar o funcionalismo racional-teleológico – e discípulos, tais como Luzón Pena, e também pelas considerações de Günther

Jakobs, e seu funcionalismo sistêmico, amparado ainda em tradicionais lições de Direito Penal de Frederico Marques e Petrocelli, mais acertada é a doutrina que distingue a consumação do delito de sua terminação. Aqui, define-se o crime permanente como sendo aquele em que a situação antijurídica criada pelo autor prolonga-se indefinidamente, por sua vontade, depois da consumação do tipo penal. Nele, o delito não está concluído ou terminado com a realização integral do tipo penal (consumação), mas se mantém (permanece) pela atividade delitiva do autor que pode cessá-la. A permanência decorre “[...] de um *non facere quod debetur*, pelo que o agente está, sem sombra de dúvida, desobedecendo a norma que manda remover a situação antijurídica que criou”. (MARQUES, 1954, p. 281). O agente deve ter, assim, a possibilidade de alterar a situação ilícita por ele criada.

E, conforme Luzón Peña, enquanto se mantém a situação antijurídica criada e até que esta cesse, “[...] não começa a contar o prazo de prescrição do delito, pois do contrário poderia ocorrer o absurdo de que prescrevesse sem que se tenha cessado os autores sua atuação antijurídica.” (LUZÓN PEÑA, 1996, p. 315)

Com efeito, o fundamento da prescrição, como causa extintiva de punibilidade, reside no fato de que, tendo a sociedade absorvido a lesão por ela sofrida, a ordem jurídica violada foi restabelecida. Logicamente, esse fenômeno não pode ocorrer enquanto persista a conduta ilícita e o bem jurídico continua sendo agredido.²³

A necessidade de reinterpretarmos o Direito Penal (tipos penais da Lei n. 6.766/76) conforme a Constituição Federal

Ademais, e talvez o mais importante, é preciso não olvidar a necessidade de (re)interpretarmos as leis conforme a Constituição Federal, e de forma harmônica e sistemática (interpretação sistemática).

²³ Em minha obra, **Prescrição penal – prescrição funcionalista**. São Paulo: RT, 2000, p. 184-188, ao referir-me às modernas dogmáticas penais, considerei outros fundamentos teóricos para embasar a prescrição, em especial enumerei as posições de Roxin e Jakobs. Em Roxin, estaria ausente a necessidade punitiva, em obediência aos ditames da política criminal. Já para Jakobs, havendo o restabelecimento da confiança e vigência da norma, desaparece a razão comunicativa de aplicação da pena.

E como ponto de partida, cabe à Constituição, como preceito fundamental, traçar o conteúdo e os limites da ordem jurídica.²⁴ Quanto ao caso em análise, a Constituição Federal estabelece a ordem urbanística como direito social, e assim deve merecer a tutela através do Direito, e notadamente do Direito Penal em face da magnitude do bem protegido.

Tal como apresentado anteriormente, o art. 6.º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu a moradia como direito social, e isto em verdade é exemplificação dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, cfe. art. 1.º, II e III.

Portanto, compreendido este direito à moradia, na mesma categoria de outros direitos difusos, tais como o meio ambiente, o patrimônio público, histórico, artístico e outros, decorre que eles devem, necessariamente, receber do Estado atenção suficiente para implementação de políticas públicas, indispensáveis, a propósito, para a obtenção da desejada eficácia na consecução destes direitos supra-individuais.

E ainda, partindo do reconhecimento de que o Direito é um grande sistema, e que permite o relacionamento harmônico entre os seus ramos, implica afirmar que o Direito Urbanístico e o Direito Penal se entrelaçam, notadamente quando a tipicidade penal se mostra como sendo a hipótese de lesão do bem jurídico ordem urbanística.

Nesse sentido, o texto constitucional passou a “[...] nortear toda a legislação subjacente, e a dar uma nova conotação de todas as leis em vigor, no sentido de favorecer uma interpretação coerente com a orientação político-institucional então inaugurada” (FERREIRA, 1995, p. 9).

No aspecto da matéria aqui tratada, a interpretação sistemática impulsiona a dogmática jurídico-penal, no sentido de ajustá-la aos ideais político-criminais insculpidos na Constituição Federal. “A dogmática penal será o modo pelo qual as finalidades político criminais serão transferidas para o modo da

²⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**, 2001, p. 227.

vigência jurídica”. (ROXIN, 1997, p. 82). Deveras, conforme assinala Roxin, “[...] quando as finalidades reitoras se convertem diretamente em configuradoras do sistema, fica de antemão garantida a justiça do caso concreto”. (ROXIN, 1997, p. 203).

Os conceitos doutrinários não positivados, tais como os apresentados nesta análise, representam uma zona de indeterminação jurídica. É justamente nessas áreas que a política criminal atua com mais expressividade, pois, passa a oferecer aos operadores do direito os elementos necessários para a melhor escolha das opções valorativas que estejam em função do sistema. A construção das categorias da dogmática penal não deve ser feita sobre uma realidade previamente dada, ou por supostas estruturas lógico-objetivas, tal como sustentava Hans Welzel ao construir a sua filosofia jurídico-penal, mas devem sim atender às exigências de operacionalização e funcionalização de todo sistema.

Se o que se quer é a salvaguarda do bem difuso, a existência de conceitos abertos ou áreas cinzentas na dogmática penal deve ser resolvida na direção que melhor satisfaça a realização dos valores e bens maiores consagrados na Constituição Federal. Insistir em uma interpretação que desfavoreça o atendimento das exigências impostas pela Magna Carta é laborar contra a efetividade de suas normas. É envilecer seu valor normativo. É remeter à lixeira sua função de vetor interpretativo das normas infraconstitucionais e de vértice de toda a construção conceitual.

Conforme se demonstrou sobejamente o critério arrimado pela doutrina clássica para classificar os delitos em instantâneos, instantâneos de efeitos permanentes e permanentes, não resiste a uma análise crítica mais acurada. Mais: a distinção entre crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes além de infecunda e inútil, tal como observado por notáveis autores, não obedece ao menor rigor científico exigido pela dogmática jurídica.

O elemento que distingue os crimes instantâneos e os crimes permanentes não é a consumação, que é igual para todos e, portanto, não pode diferenciá-los, mas a permanência ou cessação da situação antijurídica criada com a consumação. Nos crimes permanentes, esta situação persiste em virtude da permanência da conduta do agente, que continua lesando o interesse que a norma tutela.

Assim, o crime do art. 50, I e II, da Lei 6.766/79, é de natureza permanente, já que o estado antijurídico de lesão ao bem jurídico ordem urbanística se prolonga no tempo, pelo desdobramento, em fases, de toda atividade delitiva dos agentes, cujos efeitos somente se estancam com a recomposição da ordem jurídica, que na hipótese significa a realização de obrigações de fazer, tais como apresentadas no início deste arrazoado. Isso quer dizer que o protraimento do evento somente cessará quando os agentes promoverem a regularização do parcelamento do solo urbano, ou o município vier a fazê-lo, como recomenda a norma do art. 38 da Lei 6.766/79.

No sentido do que aqui foi exposto, transcrevemos os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

RECURSO EM HABEAS CORPUS – CRIME INSTANTÂNEO –
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO RETROATIVA –
DATA DOS FATOS E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA –
INOCORRÊNCIA

- A implantação de loteamento clandestino (art. 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/79), contrariamente ao que pretende o paciente não é crime instantâneo, mas sim, permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, pelo desdobramento, em fases, de toda a operação, cujos efeitos somente se estancam com a recomposição da ordem jurídica.
- Não havendo data do início da ação tida por delituosa, mas o dia do término, não há se falar em prescrição, de vez que é desta data em que ela começa a fluir.
- Recurso conhecido, mas improvido. (STJ, RHC nº 5.410/SP (96/0015485-6), rel. Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, DJ. 05.08.96)

O delito do art. 50 da Lei 6.766/79 é de natureza permanente. A extinção de sua punibilidade é regida, pois, pelo art. 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr “do dia em que cessou a permanência. (TJSP – HC – Rel. Corrêa Dias – RT 614/300).

Trata-se de delito de natureza permanente o previsto no art. 50, I, c.c o parágrafo único, I, do mesmo dispositivo da Lei 6.766, de 19.12.79, razão pela qual o prazo prescricional, no caso, conta-se a partir do momento em que cessou a permanência. (TJSP – AC 123.248-3 – Rel. Dirceu de Mello – j. 27.10.93).

Ainda nesse sentido se manifestou o Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação n.º 135076-8, tendo como Relator o Desembargador Mercêdo Moreira, que reconheceu a natureza permanente do crime capitulado no art. 50 da Lei 6.766/79. Assim se pronunciou o Desembargador Relator:

Primeiramente é de se anotar que o crime é de perigo abstrato, não dependendo, portanto, de prejuízo efetivo, seja para a Administração Pública, seja para o comprador ou promitente comprador do lote. Consuma-se, portanto, com a prática da ação de dar início ao loteamento e se feita por meio de venda ou promessa de venda (forma qualificada) com a assinatura do primeiro instrumento. **Registro, porém, que o crime de parcelamento irregular do solo tem natureza permanente.** Ele se consuma com a ação de dar início ao loteamento irregular, mas essa consumação se prolonga no tempo, enquanto ações decorrentes do loteamento irregular estiverem sendo praticadas e os contratos de venda ou promessa de vendas de lotes estiverem em execução. Donde se conclui que a prescrição relativamente a esse crime se regula pelo disposto no artigo 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr “do dia em que cessou a permanência.

O delito do art. 50 da Lei n. 6.766/79 é de natureza permanente . A extinção de sua punibilidade é regida, pois, pelo art. 111, III, do CP, que estabelece que a prescrição dos delitos permanentes começa a correr “do dia em que cessou a permanência”. (RT 614/300).

Ao se entender que o crime do art. 50, I e II da lei 6766/789 seja instantâneo de efeitos permanentes, não apenas fere a dogmática jurídico-penal, dada à insuficiência científica dos critérios aduzidos para sustentar tal categoria, mas também ruma em desencontro com os valores constitucionalmente

consagrados. Tal concepção serve ou potencializa a impunidade daqueles que violam os interesses da cidadania, que, gratificados com a indiferença de alguns Tribunais, se vêem acobertados pela extinção da punibilidade pela prescrição, ainda que a conduta ilícita insista em lesar o bem jurídico tutelado. Orientada nesse sentido, a dogmática penal não se encontra em função do sistema.

Em verdade, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que se direcionaram à classificação deste tipo penal como sendo instantâneo de efeitos permanentes, não analisaram a questão frente às garantias fundamentais do cidadão, tampouco manusearam aspectos dogmáticos da moderna teoria do delito, que embora vinda da Alemanha e Espanha, tornou-se produto de globalização. Isto não é novidade, posto que uma gama imensa de autores italianos, alemães e mais recentemente os espanhóis prestaram enormes contribuições à dogmática brasileira.

Certo é que não podemos manusear a dogmática penal concebida sob outras bases metodológicas, ou noutras configurações políticas de Estado, que não esteja em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Nesta concepção, a dogmática penal deve adequar-se com o Estado Democrático de Direito, e no que tange à defesa dos interesses difusos, seja na jurisdição civil ou na jurisdição penal, deve-se maximizar ou potencializar seus conceitos de modo a garantir a efetividade destes novos direitos, que por excelência são dos cidadãos.

Acerca deste apontamento, vale dizer que o ponto de partida de uma ciência penal tem que ser a sua compreensão e inclusão como ciência social, até porque as normas jurídicas não têm de ser contempladas como conceitos lógicos desprovidos de sentido social. Ao contrário, a ciência do Direito deve estar inserida entre aquelas que se ocupam dos fenômenos sociais, e que pretendem cumprir uma determinada função social. Isto acarreta que a interpretação dos preceitos jurídicos-penais e a elaboração dos conceitos dogmáticos devem se guiar pela função social perseguida pelo Direito Penal.

Por sua vez, uma dogmática penal que pretenda ser realista deve admitir desde logo que só será válida se servir, adequadamente, à finalidade de aplicação da lei, o que lhe revela um caráter pragmático, e não exclusivamente teórico.

Considerações finais

Embora não se neguem as inúmeras contribuições dadas pelas metodologias à dogmática jurídico-penal, é certo que elas não são suficientes para atribuir maior efetividade à proteção de direitos difusos e coletivos.

A tutela dos direitos difusos e coletivos foi levada ao âmbito constitucional, o que quer dizer que a lei deve se harmonizar com o sistema de proteção. Para que isto verdadeiramente ocorra, é fundamental, senão indispensável, que vários tipos penais sejam revisitados desde a concepção estrutural, alterando sua classificação, momento consumativo etc., sem o que a desejada proteção pelo Direito Penal será desprovida de conteúdo.

Como já dissemos em momento anterior,

[...] a interpretação funcional do Direito Positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional, isto é, deve-se partir metodologicamente da existência de um sistema político e social. Do exposto, sendo o Brasil um país elencado no rol seletivo dos Estados Democráticos de Direito, não pode o seu Direito Penal desempenhar a mesma função que desempenhava no Estado totalitário ou ditatorial, especialmente no que se refere às teorias do crime e da pena. (BOLETIM DO IBCCRIM, 1999).

Na seara da moradia, enquanto direito fundamental do cidadão, o tipo penal capitulado no art. 50, da Lei n. 6.766/76, merece ser interpretado como permanente, o que quer dizer que a contagem prescricional somente será iniciada com a cessação da permanência, que no caso é a irregularidade documental que recai sobre a fração do solo, ou notadamente pela realização das obras de infraestrutura restantes, tais como saneamento básico, fornecimento de água potável e rede de esgoto, rede de drenagem pluvial, fornecimento de energia elétrica, pavimentação asfáltica, e serviços públicos irrenunciáveis, tais como saúde, segurança pública etc.

Manter-se a interpretação clássica sobre este tipo penal, significa negar vigência aos ditames de um Constituição Federal promotora do Estado Democrático de Direito.

Referências

ANTOLISEI, F. **Principii di Diritto Penale**. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1952.

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. I. 4. ed., (revista, ampl. e atual.) São Paulo: RT, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, Tomo II, 1984.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na constituição de 1988. **Temas de Direito Urbanístico**. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo, co-edição do Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado, 1999.

CUELLO CALÓN, Eugênio. **Derecho penal**. Parte General. 10. ed., v. I. Barcelona: Bosch: Casa Editorial, Tomo I. 1951.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela do patrimônio cultural**. São Paulo: RT, 1995.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. (rev. e atual.) v. I. Rio de Janeiro: Forense, Tomo I. 1955.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. – *parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Direito penal – parte geral. v. I. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte general. v. I. Madrid: Universitas, 1996.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O desenvolvimento epistemológico do direito penal. **Boletim do IBCCRIM**, n. 79, junho de 1999.

_____. A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, n. 9, outubro de 2000.

_____. **Prescrição penal – prescrição funcionalista**. São Paulo: RT, 2000.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1954.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 39. out./dez. 1987.

MERILELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, 3. ed. São Paulo: RT, 1977.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2. ed., (rev., atual. e ampl.). São Paulo: RT, 2001.

MIRABETE, Júlio F. **Manual de Direito Penal**. v. I. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETROCELLI, Biagio. **Principi di diritto penale**. v. I. Napoli: Eugenio Jovene, 1955.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

POLAINO NAVARRETE. **Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica do delito.** Barcelona: Bosch, Tomo I. 2000.

PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro.** v. I. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Parte general. 4. ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I. 1955.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho penal.** Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2. ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal.** Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** São Paulo: RT, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.